

Roj: **STS 1802/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1802**Id Cendoj: **28079120012016100350**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/04/2016**Nº de Recurso: **713/2015**Nº de Resolución: **350/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 224/2015,**
STS 1802/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 713/2015 interpuesto por **Amador y Borja** representados por las procuradoras Sras. Sánchez Fernández y Sanz Estrada, contra sentencia de fecha 26 de enero de 2015 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenó a los recurrentes como responsables de un delito de estafa con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y absolvió a Eduardo de cooperador necesario de los delitos de estafa o subsidiariamente de un delito de apropiación indebida. Ha sido parte recurrida **la Compañía Mercantil INMOGUSCOA, S.A.**, representada por la procuradora Sra. Quintero Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Diego López Marco. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Diez de los de Zaragoza incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1477/2012, contra Amador, Borja, y Eduardo. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Sexta que con fecha veintiséis de enero de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<1°.- *INMOGUSCOA S.L., cuyo representante legal era D. Nazario, había construido el Edificio Calandria, sito en La Puebla de Alfinden (Zaragoza), en el que restaban por vender 27 viviendas con sus trasteros y plazas de aparcamiento, que junto a otras formaban el total del referido edificio.*

Para la compra del terreno y posterior construcción de la edificación citada, INMOGUSCOA S.A. tenía concedido un préstamo hipotecario por la entidad Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos, Sociedad Cooperativa de Crédito, en virtud de escritura de 7 de Julio de 2005; la hipoteca fue ampliada en la escritura de 26 de Julio de 2006, siendo de la misma fecha un documento privado en el que se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre los diversos departamentos del edificio, novada después el 17 de Julio de 2009. Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos, Sociedad Cooperativa de Crédito pasó después a formar parte de MULTICAJA, actualmente BANTIERRA. El comprador de las viviendas aún no vendidas en 2011 había de subrogarse en la hipoteca, y aunque en la escritura de su constitución no se exigía la autorización de la prestamista para ello, la representación de INMOGUSCOA S.A. solicitaba esa autorización que le había sido denegada en alguna anterior ocasión.

2°.- El acusado Amador, mayor de edad, entró en contacto con D. Nazario para la compra de las 27 viviendas indicadas, si bien en un primer momento no se acordó la operación dado que la escasa solvencia económica del acusado y de sus empresas no daban confianza a la entidad bancaria titular del préstamo hipotecario.



Ante esto, Amador , que en ningún momento pensaba satisfacer las contraprestaciones a las que se resultara obligado, buscó en el también acusado **Eduardo** el respaldo económico que le permitiera acreditar solvencia frente a terceros a los efectos de poder llevar a cabo la operación de compraventa de los inmuebles. Eduardo conocía de antes a Amador , aunque nunca había hecho operaciones con él porque no le habían interesado, y además D. Luis María , Presidente de CAIXABANK, en una ocasión le indicó que Amador era una persona de confianza suya y que se alegraba de que colaborase con él, lo que inspiró en Eduardo la creencia de que Amador era persona de una solvencia importante. Éste manifestó a Eduardo que podrían comprar unas viviendas que después alquilarían con unas empresas que conocía, por lo que se recuperaría el dinero invertido ya que se cubriría con los alquileres. Además, le indicó que tenía otras operaciones en perspectiva y que esperaba recibir dinero para invertir en la sociedad. Amador se ofreció a intermediar en diversas operaciones que podían interesar a Eduardo , entre ellas la de adquisición del inmueble que había sido la clínica del Doctor Lozano en Zaragoza y era propiedad de la Caixa, gestión para la que incluso se desplazó a Barcelona con Eduardo .

Amador , ganada la confianza de Eduardo , convino con él la compra de la mercantil ASTEVI, S.L., para la operación aquí enjuiciada y otras que pudiera tener Amador . Esa sociedad había sido constituida el 15 de febrero de 1994 por Ezequiel y Coro , que en su momento fueron nombrados administradores solidarios, y se encontraba inactiva. De igual forma Amador dada su situación de insolvencia no deseaba aparecer como administrador de la mercantil a comprar e indicó a Eduardo que el tercer acusado, Borja , mayor de edad y licenciado en Derecho, desempeñaría tal cargo en la mercantil adquirida, a lo que accedió Eduardo . Amador y Eduardo convinieron igualmente que sería el primero quien se hiciera cargo de todas las gestiones relativas a la compraventa, gestiones bancarias, etc. indicando Eduardo que habría que hacer los arrendamientos con opción de compra.

En ejecución de este plan, el 16 de marzo de 2011 Ezequiel , Coro y Borja en la escritura pública otorgada ante el Notario de Logroño D. Víctor Manuel de Luna Cubero, con número de protocolo 557, elevaron a públicos los acuerdos de la Junta General de ASTEVI S.L. celebrada el mismo día y por los que se cesaba a los dos primeros como administradores solidarios, se nombraba administrador único al acusado Borja y se modificaba el objeto social que pasó a ser la compraventa de todo tipo de inmuebles y terrenos, tanto rústicos como urbanos, así como la construcción y promoción de edificaciones. El objeto social anterior era la venta de accesorios para el automóvil.

En el mismo día, el citado acusado Eduardo , en nombre y representación de ARLADI S.L. de la que era administrador único, adquirió para esta sociedad 495 de las 500 participaciones sociales de ASTEVI S.L. a sus titulares Ezequiel y Coro , otorgándose la escritura pública correspondiente ante el Notario de Logroño D. Víctor Manuel de Luna Cubero, con número de protocolo 555. El también acusado Borja adquirió cinco de esas participaciones en nombre y representación de SAMOA BUSSINES S.L. de la que era administrador único.

Por último, con la misma fecha 16 de marzo de 2011, Borja , en su condición de Administrador Único de ASTEVI S.L., ante el mismo notario y con el número de protocolo 556, otorgó en una escritura pública un Acta de manifestaciones dejando constancia de que la titularidad real de dicha mercantil correspondía a ARDALI S.L., de la que sus titulares reales eran Luis Pedro y Adela .

3°.- Esgrimiendo Amador el respaldo económico de la familia Luis Pedro Adela Eduardo y de Eduardo , así como la relación personal con Luis María , de la que fue informado D. Nazario por un tercero de su confianza, consiguió convencer a éste y a la entidad bancaria para que accediesen a la compraventa de las viviendas y a la subrogación del préstamo hipotecario, habiendo llevado Amador todas las gestiones necesarias personalmente, sin que conste que informara a Eduardo de todas ellas.

Amador hacía creer a Eduardo y a Nazario que podía arrendar esas viviendas, lo que le permitiría abonar la hipoteca, y alardeaba de poder obtener esos contratos de alquiler con diversas empresas, como Gas Natural, Abertis, etc. debido a la proyectada construcción de un gasoducto en la provincia de Zaragoza, arrendamiento que generaría la devolución/compensación del IVA ingresado por la compraventa.

Amador , no obstante no tener intención ni posibilidad de negociar los contratos de alquiler, convenció a Nazario de la necesidad de que las viviendas fueran amuebladas para así poder concertar mas fácilmente dichos contratos de arrendamiento, remitiéndole algunos modelos de contrato sin firma alguna, amueblamiento para el que se necesitaba dinero adicional. Como la entidad bancaria se negó a ampliar el préstamo para ese amueblamiento, Nazario , guiado por el deseo de terminar con la operación, accedió a prestar a ASTEVI S.L. la suma de 220.000 euros pactándose para el reintegro de la misma la compensación con la devolución del IVA que ASTEVI S.L debía abonar por la adquisición de los inmuebles. Amador no tenía intención alguna de firmar esos contratos de arrendamiento ni de amueblar las viviendas ni de amortizar el préstamo de otra forma.



Con fecha 19 de mayo de 2011, Nazario , en nombre de INMOGUSCOA S.A., y Borja en nombre de ASTEVI S.L. otorgaron escritura pública de compraventa con subrogación de hipoteca de 27 plazas de aparcamiento con trastero y la 27 viviendas por el precio total de 641.210,45 euros, más 371.296,84 euros por Impuesto sobre el Valor Añadido -IVA- precio a satisfacer mediante la cancelación del préstamo hipotecario en cuyas obligaciones se subroga ASTEVI S.L. La parte vendedora reconoce en la escritura haber recibido el 8% del valor de la venta en concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido para ingresar en el Tesoro Público. La hipoteca se amplió para satisfacer el importe del IVA.

El mismo día 19 de mayo de 2011, y a consecuencia del contrato de compraventa, se otorgó un contrato privado entre Nazario , en nombre de INMOGUSCOA, S.A. y el acusado Borja en nombre de ASTEVI S.L., en virtud del cual la primera mercantil prestaba a la segunda la suma de 220.000 euros para que se destinaran única y exclusivamente a amueblar las 27 viviendas adquiridas por ASTEVI S.L. con objeto de que las arrendara; y así en el Expositivo II se dice que la mencionada compraventa de las viviendas se realizó con la intención de que ASTEVI S.L. pudiera arrendar las referidas viviendas ya amuebladas. Y en la cláusula Cuarta se conviene que todos los arrendamientos que realice de las 27 viviendas descritas en el expositivo I serán arrendamientos con opción de compra u otras operaciones que generen el pleno derecho a la devolución del IVA.

En el contrato se pacta que la devolución del préstamo tendrá lugar dentro del plazo de los tres días hábiles siguientes a la fecha en la que la prestataria obtenga la devolución del derecho de crédito que ostenta y ostentará frente a la Hacienda Pública en concepto de IVA a compensar/devolver correspondiente al ejercicio fiscal 2011, sea por el importe que sea y en cualquier caso no más tarde del día 31 de Julio de 2012. Se pacta que ASTEVI S.L. se obliga a realizar un encargo irrevocable a favor de los miembros del Área Fiscal del Despacho de Abogados LACASA ABOGADOS, PALACIOS & PARTNERS hasta que se obtenga la devolución del IVA para que puedan realizar todas las gestiones fiscales y presentar declaraciones tributarias de ASTEVI S.L. actuando como apoderados/mandatarios de la misma en las cuestiones fiscales, representando la defensa de esa prestataria en la tramitación del procedimiento de devolución del IVA, y a otorgar un poder en favor de aquellos miembros citados en los términos que constan en el contrato, poder que se dio el 19 de mayo de 2011 al igual que el encargo profesional.

Ni en la firma de la escritura ni en la del préstamo estuvo presente Eduardo , que no consta que estuviera enterado del otorgamiento de ambos contratos. El de préstamo fue redactado por el despacho de abogados del Sr. Nazario y su firma fue imposición de éste.

4º.- Ese mismo día 19 de mayo, tras la firma del contrato de préstamo, se transfirieron los 220.000 a una cuenta de ASTEVI S.L. que entonces tenía saldo cero. Conseguido su propósito de hacerse con el dinero, de manera inmediata se detrajeron de la cuenta 30.075 euros por comisión de subrogación en el préstamo y 46.412,10 euros por "provisión de fondos compraventa 1a transmisión", quedando el resto para la libre disposición de Amador . En ejecución del plan de hacerse con el dinero, entre el 19 de mayo y el 9 de junio de 2011, por Borja , sabiendo que sus importes no iban a ser destinados para el amueblamiento de las viviendas sino para uso personal de Amador , se libraron cheques contra la cuenta de ASTEVI S.L. para que fueran cobrados por el citado Amador por las siguientes cantidades de euros: 21.000, 10.000, 25.000, 8.325,75, 3.525, 8.658, 3.825 y 3.825. Se cobraron por compensación y se ingresaron en una cuenta de Amador . La única persona autorizada para emitir pagarés, cheques y ordenar transferencias contra la cuenta de ASTEVI S.L. era el acusado Borja que también emitió dos cheques contra la cuenta de ASTEVI S.L. por importes de 4.000 euros cada uno cobrándolos él personalmente.

5º.- El 26 de mayo de 2011, Eduardo , tras conocer que se había otorgado el contrato de compraventa y el del préstamo sin su conocimiento y desconociendo su contenido, en nombre y representación de ARLADI S.L. vendió todas las participaciones sociales que tenía esa entidad en ASTEVI S.L. adquiriendo Amador 248 de esas participaciones y SAMOA BUSINESS, S.A. 247 participaciones. El precio total de la compraventa fue de cien mil euros de los que se pagaron 4.000 euros mediante cheque librado contra la cuenta de Amador número NUM000 y seis mil euros en otro cheque librado contra la cuenta de la Caixa NUM001 . Los restantes noventa mil euros se dieron mediante pagaré a vencimiento 30 de junio de 2012 que no pudo ser hecho efectivo.

ASTEVI S.L. no abonó ninguna de las cuotas del préstamo hipotecario ni ha reintegrado el importe del préstamo de 220.000 euros.

Borja , licenciado en Derecho, era conocedor del estado de insolvencia de Amador y de sus intenciones de no devolver el préstamo ni de alquilar las viviendas, a pesar de lo cual firmó todos los documentos dichos para que Amador pudiera lograr su propósito>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< **FALLO** .- **ABSOLVEMOS** al acusado **Eduardo** , de los delitos que se le imputan por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, declarando de oficio la tercera parte de las costas causadas con inclusión de la parte



correspondiente de las de dicha Acusación Particular, dejando sin efecto las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar sobre la persona o bienes del citado.

CONDENAMOS al acusado Amador , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **multa de nueve meses** con una cuota diaria de siete euros y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al abono de la tercera parte de las costas causadas.

CONDENAMOS al acusado Borja , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como responsable de un delito de estafa a título de cooperador necesario, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de un año de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **multa de seis meses con una cuota diaria de siete euros** y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al abono de la tercera parte de las costas causadas.

CONDENAMOS a Amador y Borja a indemnizar conjunta y solidariamente a INMOGUSCOA S.A. en la suma de doscientos veinte mil euros más los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Casación a resolver por el Tribunal Supremo, recurso que podrá prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los dos condenados, recursos que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Amador .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 248 LECrim . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim : falta de claridad y contradicción. **Motivo quinto** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º LECrim : incongruencia omisiva.

Motivos aducidos en nombre de Borja .

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 248 , 249 y 250 CP . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim (falta de claridad).

4.- El recurso anunciado por ASTEVI SL conjuntamente con Amador fue declarado desierto: los profesionales designados adujeron que tal entidad carecía de todo gravamen.

5 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos, **impugnando todos sus motivos** ; la representación legal de la parte recurrida la **Compañía Mercantil INMOGUSCOA, S.A. igualmente los impugnó** ; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiuno de abril de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Amador .

PRIMERO .- El primer motivo de este recurso busca cobijo en el derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE), pero lo hace desbordando totalmente los márgenes a los que ha de ajustarse esta Sala a la hora de fiscalizar una sentencia en casación desde esa óptica. No se denuncia que la prueba sea insuficiente; o ilegítima; o inexistente; o que no esté motivada: sencillamente se elabora



otro relato de hechos favorable al acusado valorando *pro domo sua* el conjunto del material probatorio. No es eso armonizable ni con el carácter extraordinario del recurso de casación ni con el contenido del derecho a la presunción de inocencia.

El recurrente trata de cargar la responsabilidad en el representante legal de quien en calidad de perjudicada ha ejercido la acusación particular. Para ello examina la prueba (la que podría favorecerle, prescindiendo de la que no lo es propicia) y defiende que lo expuesto por el testigo no es creíble, frente a sus alegaciones que sí se ajustarían a la verdad. Entresaca de aquí y allá elementos que a su juicio avalarían la versión sostenida por él en el juicio oral (no anteriormente, lo que no deja de ser significativo) y la inexistencia de un engaño **idóneo** para defraudar a la víctima.

Un motivo por presunción de inocencia no ha de guardar fidelidad al hecho probado como insinúa la acusación particular al impugnar el recurso: es de esencia de un motivo de esa naturaleza que ataque la valoración probatoria. No juega aquí la causa de inadmisión del art. 884.3 LECrim . Ahora bien, eso es muy diferente a convertir un motivo de casación basado en la presunción de inocencia en la plataforma para una revaloración global de toda la actividad probatoria transformando la casación en un recurso de apelación.

Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo , en continuidad con cientos de precedentes, que la **presunción de inocencia** , además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de un delito no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria que solo procederá cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales, pueda entenderse de cargo. Reitera así de forma abreviada una doctrina tan añeja como consolidada.

Los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia de instancia detallan y glosan con oportunas apreciaciones la consistente actividad probatoria que ha fundado el pronunciamiento condenatorio. Los hechos plasmados documentalmente no son objeto de discusión: constitución de la sociedad, compra de los pisos, obtención del préstamo -operación ésta sobre la que la sentencia hace pivotar la defraudación- y destino de su importe a una finalidad distinta de la que se había hecho plasmar en el documento (amueblar los pisos para su alquiler). Lo que cuestiona el impugnante es que actuase con dolo antecedente, que la perjudicada ignorase su insolvencia, así como que se defraudase expectativa alguna al no destinar el dinero -220.000 euros- al amueblamiento. Pero todos y cada uno de esos elementos, básicos desde luego para la estafa, cuentan con respaldo probatorio suficiente. No solo porque concuerden con la secuencia objetiva, sino especialmente porque están avalados por las declaraciones tanto de Nazario , que han merecido mayor crédito a la Audiencia que las cambiantes e interesadas declaraciones del acusado (su versión en fase de instrucción fue muy diferente), como de otros testigos. El aducido elevado nivel del despacho jurídico de Nazario , el prestigio de sus asesores fiscalistas, los antecedentes del acusado, el interés de aquél en la venta de las viviendas... son elementos que la Sala de instancia pudo evaluar y que carecen de fuerza concluyente para desmentir la convicción expuesta de forma razonada y suasoria en la sentencia. Se apoya la deducción en cuatro consistentes pilares convincentemente expuestos.

Aducir que el recurrente había sido ya condenado otras veces por delitos de estafa y que eso obligaba al testigo a estar alerta por lo que el engaño no habría sido suficiente es argumento que causa perplejidad y que cuando menos puede ser calificado de pintoresco.

No basta negar la propia responsabilidad penal para que deba prevalecer la presunción de inocencia. Esto es una obviedad. Frente al razonamiento fundado de la Sala explicando la valoración del material probatorio, testifical y documental, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que intenta el recurrente que en último término pretende dotar de mayor credibilidad a su propia versión interesada (desacreditada por la Sala y desmentida por múltiples datos objetivos). El dolo antecedente fluye de toda la secuencia, así como de las actitudes del recurrente aparentando tanto un inexistente propósito de cumplir sus compromisos como blasonando del apoyo de personas prestigiosas que rodearían de seriedad sus ofertas. La pretensión de obtener en el préstamo mayor cantidad, finalmente reducida, abunda en la presencia de un ánimo de lucro, ilegítimo.

No es la casación marco apto para una revaloración de las declaraciones personales (testigos como Nazario , o las del coacusado absuelto) para lo que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia). No podemos adentrarnos en el debate a que quiere arrastrarnos el recurrente: análisis pormenorizado de la prueba, volcando largos, plurales y densos argumentos, a veces de matiz y siempre sesgados. No se trata de minusvalorar o menospreciar el esfuerzo argumentativo del recurrente, sino sencillamente de respetar la naturaleza y características del recurso de casación. La discusión que el recurrente pretende introducir en casación es temática ya zanjada: es propia de la instancia



y no de la casación. No podemos situarnos en la posición de la Audiencia sustituyéndola en unas labores de valoración de la prueba que la ley residencia en ella. Ese debate está ya concluido.

El motivo decae.

SEGUNDO.- El segundo motivo acude al art. 849.1 LECrim , formato que exige el más exquisito respeto al hecho probado. No se atiende a esa disciplina la argumentación desarrollada más propia del motivo anterior. Respecto de esos aspectos incompatibles con la naturaleza de este motivo hay que remitirse a lo razonado en el anterior fundamento de derecho. En buena medida se reiteran y se repiten machaconamente las mismas ideas ya vertidas en el primer motivo, reconstruyendo los hechos según el propio interés del impugnante.

En lo más nuclear el motivo cuestiona que exista engaño *bastante* insinuando, en contradicción con la sentencia, que Nazario no pudo ser engañado por el recurrente, sino que mas bien fue él quien se aprovechó del acusado para zanjar una perjudicial situación económica derivada de la dificultad de venta de los pisos sujetos a hipoteca y propiedad de la entidad querellante.

Ni los condicionantes del art. 849.1 ° (art. 884.3 LECrim) ni la naturaleza de la casación nos permiten - otra vez hay que insistir en ello- acompañar al recurrente en su desarrollo argumental o entablar un diálogo sobre esos temas ajenos a su motivo de casación. Será suficiente destacar como el hecho probado describe un acto de disposición patrimonial que indudablemente perjudicó a la entidad INMOGUSCOA S.A. (salen de su patrimonio 220.000 euros que presta con la finalidad de ser invertidos en habilitar unos pisos para su alquiler), con independencia (eso incluso sería indiferente) del beneficio mayor o menor o lo ventajosa que le fuese la operación de venta de los pisos (cuestión a ventilar con la entidad bancaria). Aunque fuese de esa manera, no queda legitimado el recurrente para embolsarse 220.000 euros a cambio de nada, cantidad que ha obtenido aparentando solvencia y creando unas expectativas (compromiso de amueblar para arrendamientos posteriores) que no estaba en absoluto dispuesto a atender (dolo antecedente).

Nazario fue objeto de un engaño que le llevó a disponer en perjuicio de Inmogusco, a la que representaba, de 220.000 euros. Estamos ante una estafa descrita en el art. 248. El **engaño** (apariencia de solvencia conseguida a través de diversos medios que identifica la sentencia, así como hacerle creer su inexistente propósito de arrendar los pisos) es suficiente y típico.

Embolsarse 220.000 euros sustrayéndolos del fin expresamente pactado hasta el punto de destinar parte a abonar deudas personales es **ánimo de lucro** .

La pérdida de ese numerario es **perjuicio** . No es correcto tratar de compensarlos con el carácter supuestamente ventajoso de la operación conexas por la que se vendieron los pisos (cuyo precio tampoco ha percibido la Sociedad). Lo cierto es que la Sociedad perdió ese dinero en favor de Astevi S.L. sin que se cumpliera lo pactado en el préstamo.

Es preciso deslindar el préstamo -según se preocupa de subrayar tanto la sentencia como el informe de la acusación particular- que es donde se sitúa la estafa, de la operación de venta de los pisos. Ésta no desvirtúa ni justifica aquélla.

No es posible atender al motivo.

TERCERO.- Bajo la fórmula casacional del *error facti* (art. 849.2 LECrim), el motivo tercero invoca una pluralidad de documentos. Su contenido no está contradicho por la sentencia. El recurrente los utiliza como excusa para debatir de nuevo sobre valoraciones de la prueba personal. Los documentos carecen de literosuficiencia: por sí mismos no demuestran que no hubiese engaño, ni que el recurrente tuviese intención de cumplir. El recurso desatiende las exigencias del art. 849.2° LECrim .

Los documentos aludidos no contienen afirmación ninguna incompatible con lo que la Sala de instancia declara acreditado; o que cuestione ninguno de los datos contenidos en los hechos probados. Constituyen esos documentos un mero intento de avalar la versión del recurrente con elementos accesorios. No son demostrativos de nada contradictorio con la valoración probatoria efectuada por la sentencia de instancia.

El motivo está por ello desenfocado. Deforma la estructura del art. 849.2 LECrim . Éste exige identificar unos documentos -no pruebas personales-, que **a)** o acrediten directa e inequívocamente hechos erróneamente no dados por probados; o **b)** que desacrediten de forma incontestable hechos que se han dado por probados. Desde el artículo 849.2 LECrim se han de introducir certezas y no dudas. Tal precepto no sirve para cuestionar los medios de prueba utilizados sino para reivindicar el potencial probatorio equivocadamente soslayado de una prueba documental.

Lo que persigue el recurrente no es ese objetivo connatural al art. 849. 2° LECrim , sino desacreditar prueba testifical (lo que es incompatible con este motivo según su propio tenor literal: los datos fácticos que se quieren



introducir no pueden estar contradicho por otros elementos de prueba) o avalar la propia versión con aspectos muy accesorios, o debilitar las deducciones efectuadas por la Sala de instancia. Nada de eso constituye el objetivo legal de un motivo por *error facti*.

El motivo es igualmente desestimable.

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto introducen formalmente alegatos de quebrantamiento de forma: falta de claridad, contradicción e incongruencia omisiva. Pero tampoco su contenido argumental se ajusta a la etiquetación: vuelve el recurrente a discutir la valoración probatoria.

Con la base del art. 851.1 LECrim se dice que la sentencia no es **clara** en algunos puntos, y que en otros es **contradictoria**, así como que el hecho probado **predetermina** el fallo, o que existe silencio sobre algunos aspectos (**incongruencia omisiva**).

Ninguno de esos vicios está correctamente dibujado.

a) El ánimo de lucro surge de la recepción de un metálico que no se piensa devolver ni destinar al fin a que obedecía su préstamo. El perjuicio del prestamista es patente. Los hechos no son confusos tal y como se describen y narran.

b) No es contradictorio afirmar que no existía intención de devolver el préstamo con las circunstancias que rodean la firma del contrato. La contradicción a que alude el art. 851.1 es la interna del hecho probado, la gramatical; no supuestos antagonismos probatorios.

c) No se acierta a señalar dónde hay predeterminación en sentido jurídico-penal.

d) No es incongruencia omisiva (motivo quinto) no conceder a determinados datos la trascendencia probatoria que pretendía otorgarle la defensa (trayectoria profesional de Nazario, condición y situación personal del recurrente, hipotético conocimiento por parte del perjudicado de la imposibilidad real de promover los arrendamientos...). Lo que sanciona con la nulidad el art. 851.3 LECrim es que alguna pretensión jurídica articulada formalmente no haya sido contestada pro el Tribunal; no que determinados argumentos no hayan sido atendidos.

Los dos motivos analizados están condenados al fracaso.

Recurso de Borja .

QUINTO.- También la **presunción de inocencia** constituye el nervio del primero de los motivos articulados por Borja, que no puede tener otro destino que el que han seguido los anteriores: **su desestimación**.

La intervención en los hechos del recurrente no es discutible. Sobre esa base objetiva la deducción que hace la audiencia en cuanto a su conocimiento de que estaba prestando su colaboración para una operación defraudatoria pilotada por el otro condenado es razonable y está suficientemente motivada en la sentencia de instancia. No se cuestiona que el otro acusado fue el protagonista principal de los hechos, ni que los contactos del recurrente con la víctima no fueron relevantes. Pero eso ni excluye ni es incompatible con la inferencia de la Sala: debía saber que se trataba de una maniobra fraudulenta.

"Concerniente al acusado Borja, -explica el fundamento octavo de la sentencia- *queda probado plenamente que el mismo fue y es el administrador único de ASTEVI S.L. y como tal debía ejercer las actividades propias de ese cargo. Las respuestas de este acusado solo tienen como misión hacer patente un desconocimiento absoluto de todas las actuaciones que son objeto de enjuiciamiento, lo cual no resulta en modo alguno verosímil. Firmó la compraventa de ASTEVI S.L., otorgó la escritura pública de modificación del sistema de administración y del objeto social de esa mercantil, así como la del acta de manifestaciones haciendo constar quienes eran los reales titulares de ARLADI S.L., firmó después la escritura pública de compraventa de las viviendas adquiridas por ASTEVI S.L. así como el contrato de préstamo subsiguiente, y por último tomó parte en la venta de participaciones sociales de ASTEVI, S.L., siendo él además uno de los adquirentes de algunas de esas participaciones en nombre de SAMOA BUSINESS, S.A. de la que también era administrador. Frente a todo esto insiste en tener un completo desconocimiento de lo acontecido, aunque al menos reconoce haber visitado las viviendas. Además, como administrador único era quien debía firmar los cheques o pagarés contra la cuenta de ASTEVI S.L. y dos de esos pagarés de 4.000 euros cada uno fueron cobrados por el citado Borja, habiendo sido librados por él contra la cuenta de ASTEVI S.L. y a cargo de los fondos del préstamo (folio 315); sobre esto, el acusado, en su postura procesal de alegar desconocimiento, dice que si firmó los documentos es porque se lo dijeron, pero la realidad es que fue el destinatario de los fondos que sabía que eran de un préstamo dado con una finalidad que, desde luego, no era la de engrosar su cuenta corriente*".

Prestarse a aparecer como administrador de Astevi S.L. y seguir las indicaciones del otro recurrente no le exime de responsabilidad si era consciente o asumía con indiferencia que el propósito de Amador fuera la



obtención de dinero (para lo que debió contar con la colaboración como administrador de Astevi) eludiendo el cumplimiento del fin pactado con la entidad prestataria (adquisición de muebles) que también conocía. También él personalmente se benefició con el cobro de unas cantidades".

El elemento subjetivo o interno de su responsabilidad se puede inferir con carácter suficientemente concluyente de la secuencia de los hechos por lo que hay que respetar la decisión del Tribunal e instancia.

El motivo decae.

SEXTO.- El segundo motivo ataca la subsunción realizada por la sentencia a través del art. 849.1º LECrim . De una parte se insiste en que el recurrente desconocía las intenciones del coacusado, en lo que es alegato incompatible con el mentado cauce casacional que exige fidelidad al hecho probado. Y ese conocimiento se da por acreditado en la sentencia (párrafo final del *factum*) en deducción razonable que cuenta con respaldo suficiente.

De otra parte se invoca, en argumento también insinuado por el anterior recurrente y que ahora contestamos con más detenimiento, que no estamos ante un **engaño bastante** : el perjuicio sería no tanto fruto de la maniobra engañosa (aparentar solvencia y propósito de cumplimiento inexistentes) como de la indolencia o falta de autoprotección de la víctima.

-Se evoca con alguna cita la doctrina esta Sala Segunda a tenor de la cual el **engaño** característico de la estafa precisa de un mínimo de idoneidad para integrar la tipicidad definida por el art. 248 CP : ha de ser "**bastante**" en la terminología legal.

En el contexto que describe la sentencia no puede negarse la concurrencia de un engaño suficiente y capaz de provocar, como provocó, el error en el disponente. No era exigible al "estafado" una *autoprotección superlativa* que, de imponerse como condición de la estafa, no solo vaciaría de contenido tal tipo penal, sino que degradaría el marco de confianza en que ha de desenvolverse la vida social y mercantil. No era anómalo o fruto de una intolerable desidia fiarse de ese compromiso al que se dotaba de una apariencia clara de seriedad y que además la entidad perjudicada quiso revestir de garantías que luego resultaron inútiles ante la absoluta y preexistente voluntad de no cumplir de la sociedad que era representada por este recurrente.

En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza. La atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no pueden perturbar esa atmósfera, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal.

La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta inaplicable al supuesto ahora contemplado que guarda disimilitudes esenciales con los analizados en los precedentes de esta Sala que enlazan con la citada sentencia.

Una cosa es la maniobra engañosa burda y absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de éste (es el caso del cobro de cheques en una entidad bancaria en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica) y otra extraer del tipo de estafa perjuicios ocasionados mediante engaños dirigidos a quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo, incluida la averiguación de los antecedentes penales de cada interviniente (como parecía imponer el otro recurrente), sería escenario apropiado para un negocio o una transacción (STS 319/2013, de 3 de abril). Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que sólo se podrán relajar una vez comprobada exhaustivamente y acreditada su buena fe, su carencia de antecedentes penales y su plena solvencia.

La sentencia de instancia evoca con rigor algunas sentencias que fijan las pautas en las que se mueve esta Sala Segunda al interpretar la necesidad de que el engaño sea "bastante", lo que en términos plásticos ya apuntaba un clásico tratadista ("*no hay estafa cuando el error más que del engaño procede de la estúpida credulidad del sujeto pasivo*").

La STS 271/2010, de 30 de enero contiene una extensa y precisa panorámica de la evolución e hitos de esa doctrina: "*Se añade -explica, refiriéndose al art. 248 CP - que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude,*



no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la insidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparenta la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo – SSTS 11169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6 –, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser mas sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003)...

... Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiendo aplicable el principio de auto responsabilidad, en virtud del cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en sí mismo, sino por su censurable abandono y ambición, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto



particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado .

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección .

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa".

La STS 243/2012, de 30 de marzo contiene una oportuna llamada de atención para soslayar los peligros de una concepción deformada, por expansionista, de esa doctrina. Ha de manejarse con cautela.

"... una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, como se señala en la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, **exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.**



Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo , se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo , " el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, y se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo , "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas ", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio , que señala, con buen criterio, que " La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa".

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008 , el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

No resulta pertinente en consecuencia la invocación aquí de esa doctrina que, como se ha visto, debe ser objeto de una ponderada aplicación para no incurrir en despropósitos punitivos. Nótese, por ejemplo, que la no devolución por parte de quien recibió una cantidad en virtud de un error del transmitente es constitutiva de un delito de apropiación indebida (art. 254 CP). Sin embargo si en ese error ha influido también el beneficiario con una actividad engañosa "no idónea", la conducta, pese a aparecer como más grave, quedaría absurdamente al margen del derecho penal, si dotamos a la doctrina comentada de esa inmatizada aplicación generalizada. Este argumento sistemático y de coherencia interna ha sido manejado en alguna ocasión por la jurisprudencia.

El recurrente contribuyó conscientemente a la perpetración de un delito de estafa, perfectamente definido en el hecho probado donde se reflejan todos los elementos de ese tipo penal.

**El motivo fracasa.**

SÉPTIMO.- Tampoco presenta consistencia el siguiente motivo que se intenta abrir paso a través del art. 849.2 LECrim : la invocación indiscriminada de documentos no para acreditar un hecho que se desprenda inequívocamente de ellos y entre en flagrante contradicción con lo afirmado por la sentencia, sino sencillamente como punto de partida para reiterar un razonamiento probatorio, no respeta la naturaleza de este motivo de casación tal y como se trató de explicar con anterioridad.

El motivo que no debería haber traspasado el trámite de admisión en este momento procesal ha de ser desestimado.

OCTAVO.- El cuarto y último motivo de este segundo recurrente busca el abrigo también del art. 851.1, en concreto de una hipotética falta de claridad.

No es así: el relato de hechos es cristalino. Si el recurrente considera que no se describe una conducta delictiva el cauce para la impugnación es el art. 849.1 (ya utilizado). Pero no es falta de claridad la ausencia en la descripción de algún elemento típico.

Tampoco ha lugar a esta queja.

C) Costas.

NOVENO.- Habiéndose desestimado íntegramente ambos recursos cada uno de los recurrentes deberá asumir el pago de las respectivas costas. (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- **DECLARAR NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Amador y Borja** contra sentencia de fecha 26 de enero de 2015 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenó a los recurrentes como responsables de un delito de estafa.
- 2.- **IMPONER** las **COSTAS** a cada uno de los recurrentes por sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.