

Roj: **STS 2779/2002 - ECLI:ES:TS:2002:2779**Id Cendoj: **28079120012002104352**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/04/2002**Nº de Recurso: **2351/2000**Nº de Resolución: **686/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular constituida por Constantino , Inmaculada , Lorenza , Juan Francisco , Ramón , Daniel , Luis Pedro , Marcelino , Blas , Carlos Francisco , María Rosa , Alejandra , Constanza , Roberto , Evaristo y Juan Miguel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, que absolvió a Jose Miguel del delito de estafa por el que venía siendo acusado; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representados los recurrentes por la Procuradora Doña María Dolores de la Rubia Ruiz, siendo parte recurrida Jose Miguel , representado por la Procuradora Doña María Jesús González Díez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 13 de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado nº 5463/94 contra Jose Miguel , por delito de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, que con fecha dos de marzo de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"HECHOS PROBADOS: Jose Miguel , actuando como administrador único de la entidad " PLAZA000 .", compró mediante documento privado, a la mercantil "DIFER TRES, S.A.", en fecha 8 de agosto de 1991, 38 parcelas de la urbanización "Finca el Castejón", en el municipio segoviano de Otero de los Herreros. La entidad vendedora era la dueña en pleno dominio y la titular registral, teniendo parte de dicha finca urbanizada, no así las parcelas vendidas, sin que se especificase en tal contrato a quien correspondía la urbanización de estas últimas. El comprador tomó inmediata posesión de dichas parcelas, con el beneplácito de los vendedores, en virtud del contrato firmado.- Sin haber pagado más que una parte del precio pactado, Jose Miguel comenzó a vender las parcelas, desde días después a la firma de aquel contrato, a distintas personas, que los visitaron previamente, sin que estos hayan logrado que sus respectivos contratos de compraventa se hayan elevado a escritura pública, tal y como preveían los mismos. Por esas mismas fechas el acusado entró en discusión con Difer Tres, S.A. sobre por cuenta de quién corrían los gastos de urbanización de las parcelas que Jose Miguel creían que debían correr de cuenta de la sociedad vendedora, lo que negaba ésta. El acusado sólo vendía las parcelas, poniendo a los compradores en contacto con constructores, para caso de que quisiesen construir. Estos compradores afirman que entre el contrato que, por parte de " PLAZA000 ." una vez informados y vistas las parcelas, se les ofrecía para leer y firmar, y el que realmente firmaron, existían modificaciones que afectaban a la obligación de hacer frente al pago de los gastos de urbanización de las parcelas, por incluirse en estos últimos las cláusulas 10 y 11, que no aparecían en los anteriores, y cuyo contenido es el siguiente: 10ª.- <<De todos los elementos y servicios de la urbanización de uso común (viales, zonas verdes, jardines, captación saneamiento, instalaciones de distribución de aguas, alumbrado público, redes eléctricas de alta y baja tensión, transformadores, recogida de basuras, limpieza, etc.), cuya propiedad o conservación no deban o no convengan cederlos al ayuntamiento afectado, compañías suministradoras o cualquiera otros organismos



competentes, corresponderá el disfrute, y sus gastos de conservación, entretenimiento, vigilancia y reposición, a los propietarios de los terrenos por sí o a la colaboradora que se constituya. Con carácter transitorio y mientras la comunidad de propietarios o entidad urbanística colaboradora sea constituida el comprador se obliga a pagar al vendedor la cantidad que le corresponda por gastos comunes conforme a los cálculos que efectuó esta última. E igualmente, por la posesión de la parcela que hoy adquiere, el comprador se obliga a contribuir a los gastos de urbanización en la proporción que corresponda desde la fecha de la firma del presente documento.>>; 11ª.- <<El paso de aguas fluviales por el terreno, en la forma que resulte de los trabajos de urbanización, será forzosa para el comprador con la condición de servidumbre. Los servicios de agua, electricidad y alcantarillado, crearán con su paso necesario la servidumbres correspondientes sobre terreno.>> Esta inclusión subrepticia de dichas cláusulas no se ha acreditado".

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

"FALLO: En atención a todo lo expuesto este Tribunal HA DECIDIDO: ABSOLVER a Jose Miguel del delito de estafa por el que venía siendo acusado.- Se declaran de oficio las costas del juicio".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la Acusación Particular constituida por Constantino y quince recurrentes más, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., al considerar indebidamente aplicados los artículos 528 y 529, apartados 7 y 8, del Código Penal de 1973, actualmente artículos 248 y 249, en relación con el 250 del vigente Código Penal de 1995. SEGUNDO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 LECrim.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de abril de 2002.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formulan dos motivos de casación cuyo orden de examen debe ser invertido atendiendo razones sistemáticas y de método. Así, nos ocuparemos en primer lugar del segundo, que denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 LECrim., aunque es cierto que en su desarrollo incide también en denunciar el error de subsunción por inaplicación indebida de los artículos 528 y 529.7 y 8 C.P. 1973, que constituyen el primer motivo.

Se afirma como causa del error que "el Juzgador no ha tenido en cuenta que en todos y cada uno de los contratos firmados por mis representados (los querellantes) y el acusado se indican que dichas parcelas son urbanas si bien finalmente resultó que las fincas estaban completamente sin urbanizar". Igualmente se alega que la inclusión de la cláusula décima del contrato de compraventa se produjo subrepticamente una vez que a los compradores se les había exhibido el contrato sin la inclusión de dicha cláusula, todo ello para justificar el engaño bastante que constituye el elemento básico de la estafa.

Como documentos casacionales demostrativos del error los recurrentes designan los propios contratos firmados por ellos, los informes técnicos obrantes en los autos (folios 267 y siguientes, 290 y siguientes y 293 y siguientes), el contrato firmado por el querellado y la sociedad vendedora de las parcelas y, sustancialmente, la prueba testifical practicada en el juicio, además del folleto de publicidad obrante al folio 246 de la causa.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio. También la Jurisprudencia es categórica cuando excluye las pruebas personales de relevancia casacional a estos efectos, pues no se trata de documentos "literosuficientes", sino de actas donde se documentan las mismas, no siendo posible que el Tribunal de Casación pueda valorar tales medios probatorios, los personales, sin presencia del principio de inmediación.

Si examinamos en su conjunto los argumentos vertidos en el recurso, hay que llegar a la conclusión que no se trata de evidenciar sobre la base documental designada en sentido estricto (los contratos señalados) el error,



sino hacer una nueva valoración de los medios probatorios (documentales y personales) que la Audiencia ha tenido en cuenta para dictar su fallo absolutorio. En relación con la existencia del engaño lo cierto es que las parcelas tienen la calificación de urbanas y cuestión distinta es que en el momento de la compra no estuviesen urbanizadas, pero ello no puede evidenciar error alguno cuando los recurrentes visitaron el lugar donde se encontraban las parcelas. Los contratos, aún admitiendo su rango casacional, no desvirtúan la afirmación de la Audiencia relativa a no haberse acreditado la inclusión subrepticia de la cláusula décima en los mismos, y ello porque tal conclusión pretenden extraerla los querellantes, para modificar el "factum", de la prueba testifical. Por otra parte, la Audiencia no ha desconocido ninguno de los medios probatorios citados, sino que teniéndolos en cuenta ha razonado su conclusión sin que pueda tacharse el hilo argumental empleado de arbitrario, ilógico o absurdo.

El motivo, por ello, debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El primero de los motivos formalizados se endereza ex artículo 849.1 LECrim. a denunciar la inaplicación de los artículos relativos a la estafa, 528 y 529.7 y 8 C.P. 1973, actualmente 248 y 249, en relación con el 250, C.P. 1995.

Naturalmente, este motivo, por ello lo hemos tratado en segundo lugar, es subsidiario del primero, y permaneciendo intangible el hecho probado la subsunción del mismo en aquel delito no es posible porque falta su sustrato fáctico esencial cual es la existencia del engaño bastante. La Audiencia afirma expresamente que la cláusula décima no se ha acreditado que fuese incluida subrepticamente en los contratos, limitándose a relatar lo que es afirmación de los compradores.

El tipo de estafa, como señala la Jurisprudencia de la Sala Segunda, está integrado por la existencia de un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; a consecuencia de ello el sujeto pasivo, relación de causalidad señalada, realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, necesariamente despliega una suerte de cooperación, que debe ser entendido en sentido amplio, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero; por último, el tipo subjetivo conlleva la existencia del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro. Por lo que hace al primero de los elementos señalados, el engaño calificado de "bastante", tanto por el Legislador de 1973 como por el de 1995, debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros tanto objetivos como subjetivos, siendo trascendental su entidad para definir la clase de responsabilidad exigida (S.S.T.S., entre otras de 2/3, 28/3, 19/5 o 5/6/00 o 22/1 y 14/5/01).

Es evidente que no puede suscitarse engaño alguno en relación con la falta de urbanización de las parcelas por cuanto dicha realidad fue percibida directamente por los compradores. En relación con la controvertida inclusión de la cláusula décima, que hacía pesar sobre los mismos la carga de la urbanización, ya hemos señalado que no forma parte del "factum" su inclusión con posterioridad a la lectura del documento contractual por aquéllos, y teniendo en cuenta que el motivo debe respetar la intangibilidad del hecho probado (artículo 884.3 LECrim.), el motivo deviene improsperable, quedando la controversia, como señala la Audiencia, dentro de los límites de una cuestión civil.

TERCERO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas del recurso deben ser impuestas a los recurrentes.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley dirigido por la Acusación Particular constituida por Constantino , Inmaculada , Lorenza , Juan Francisco , Ramón , Daniel , Luis Pedro , Marcelino , Blas , Carlos Francisco , María Rosa , Alejandra , Constanza , Roberto , Evaristo y Juan Miguel frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, en fecha 2/3/00, en causa seguida por estafa, con imposición a los referidos de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ