



**T.S.J. CASTILLA Y LEON SALA CIV/PE
BURGOS**

SENTENCIA: 00081/2023

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

ROLLO DE APELACION NUMERO 77 DE 2023
AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA
ROLLO NUMERO 6 DE 2023
JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 1 DE SORIA
PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUMERO 610 DE 2021

- SENTENCIA Nº 81/2023-

Señores:

EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ
ILMO. SR. D. CARLOS JAVIER ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
ILMA. SRA. D^a. BLANCA ISABEL SUBIÑAS CASTRO

En Burgos, a once de octubre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados arriba expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Soria seguida por un delito de estafa contra S , cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Mata Gallardo y defendido por el letrado Sr. Soto Vivar; en virtud de recurso de apelación interpuesto por el acusado; en la que ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal, y la acusación particular personificada en D^a. A y D^a.

I , representadas por el Procurador Sr. López de Rodas Gregorio y con la defensa letrada del Sr. Matías Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Soria de que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

“**ÚNICO.** – Resulta probado y así se declara que D^a. A y D^a. I , siendo que ninguna de las cuales residía en Soria, en fecha no precisada, contactaron con el arquitecto técnico D. L para la realización de ciertas reformas en una vivienda de su propiedad sita en la calle número , de la localidad de Herreros, provincia de Soria, que al parecer habían heredado de su padre. Dicho arquitecto técnico les puso en contacto con el acusado D. S , mayor de edad y sin antecedentes penales, que era albañil, y a quien había conocido de forma casual en la consulta del dentista.

El día 10 de abril de 2021, se firmó un contrato de obra entre D. S y las señoras , para la realización de la reforma, consistente en la división de la casa original en dos viviendas independientes, y por un importe total de 132.000 €, si bien la propiedad asumiría el pago de determinados gremios, como los correspondientes a electricidad, carpintería metálica y fontanería.

A requerimiento del Sr. s. , D^a. A y D^a. I , hicieron un pago inicial de 11.000 €, para el comienzo de las obras, enviando el acusado fotos y videos de que la misma había comenzado el 8 de abril de 2021, ganándose de esta manera la confianza de las propietarias.

Poco más de una semana después, las señoras abonaron la suma de 5.800 € al acusado, por un problema de pocería, que al parecer quedó solucionado, siendo esta suma fuera de presupuesto.

El 6 de mayo de 2021, el acusado volvió a pedir dinero para ir avanzando en la obra, abonando la propiedad 10.000 €, en dos pagos de 5.000 € cada uno.

Posteriormente el acusado les dijo que debían ir a elegir los suelos, y así lo hicieron ambas hermanas, ofreciéndose a pagar el

material ellas directamente, a lo cual se negó rotundamente el Sr. S. . Por tal motivo hicieron un nuevo pago de 10.000 €.

No obstante lo anterior, el acusado, olvidando que ya les había solicitado dinero para la instalación del suelo, volvió a pedirselo por el mismo concepto, lo que ocasionó la lógica suspicacia de las propietarias, por lo que consultaron con el aparejador, quien les dijo que pagaran, que esa vez sí iba a comprar el suelo, abonando la suma de 10.000 €.

Posteriormente les urgió para que abonaran un dinero para la escalera, 3.100 €, por lo que ambas nuevamente pagaron la cantidad exigida. También les instó para abonar los gastos de la instalación de “pladur”, otros 10.000 €, y así lo hicieron. Para entonces el acusado había dejado de enviar fotos y videos de cómo iba la obra, y dejó de contestar al teléfono y los mensajes que le enviaban las señoras al respecto, ni tampoco atendió a las llamadas del arquitecto técnico.

En total, D^a. A y D^a. I , abonaron a D. S la cantidad de CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA EUROS (59.140€),

Sin embargo, el acusado nunca adquirió el material para el suelo, ni, por tanto, lo instaló. Tampoco instaló la escalera de hierro, ni el pladur, entre otros trabajos.

Es decir, habiéndose ganado la confianza de las propietarias, les fue solicitando diversas cantidades que no empleó en lo que les decía que iba a ser su destino, sino que se las apropió; y para evitar que pudieran recuperar lo entregado, el acusado inmediatamente después de recibir las correspondientes transferencias retiraba lo percibido de la cuenta corriente, dejando está sin apenas saldo.

La obra quedó por tanto inacabada y abandonada, sin instalación de suelo, ni alicatados, ni aislante, ni “pladur”, entre otros conceptos, pese a haber pagado las propietarias por ello, habiéndose realizado únicamente una parte de la misma, valorada pericialmente en VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS TRENTA Y SEIS EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (26.336,06€), por lo que el total apropiado por D. S asciende a la suma de 32.803,94 €”.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 28 de junio de 2023, dice literalmente:

“FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a D. S , como autor responsable de un delito de estafa antes descrito, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a D^a. A y a D^a. I en la suma de 32.803,94 €, más los intereses legales.

Notifíquese a las partes la presente resolución, indicándoles que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 10 días, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Una vez firme esta resolución, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.

TERCERO.- Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de S expresando como fundamento el error en la valoración de la prueba y la infracción de ley.

CUARTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las restantes partes personadas que lo impugnaron, y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 10 de octubre del presente año, en que se llevaron a cabo.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez, Presidente del Tribunal, quien expresa el parecer del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.-

A) La sentencia que ahora examinamos en apelación condenó al recurrente como autor de un delito de estafa a la pena de seis meses de

prisión y a la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de dicha condena. En último extremo condenó al acusado al pago de las costas, en las que se incluirán las correspondientes a la acusación particular, y a que indemnice a D^a. A _____ y a D^a. I _____ en la suma de 32.803,94 €, más los intereses legales.

B) El relato de hechos probados tiene por cierto que, con objeto de hacer unas obras en una vivienda de su propiedad, sita en la calle de n^o _____ de la localidad soriana de Los Herreros, D^a. A _____ y D^a I _____ contactaron con el arquitecto técnico D. L. _____ quien les puso en contacto con el acusado, que es de profesión albañil.

Que con objeto de dividir la casa original, que habían heredado de su padre, en dos viviendas independientes, los antedichos firmaron un contrato de obra con fecha 10 de abril de 2021 cuyo importe ascendía a la suma de 132.000 euros -aunque la propiedad asumía el pago a determinados gremios, entre los que estaban la electricidad, la carpintería metálica y la fontanería-, de los que fueron adelantados 11.000 para el comienzo de las obras.

Al cabo de un mes y a requerimiento del acusado las propietarias - que no residían en la localidad en la que se ejecutaban las obras- abonaron 5.800 euros para resolver un problema de pocería que había surgido y que no estaba contemplado en el presupuesto y 20.000 euros más, la mitad de ellos para el pago de parte de material -los suelos- que las dos hermanas se ofrecieron a elegir personalmente, negándose a ello el acusado.

Cuando hubieron abonado 10.000 euros más para comprar mas material, 3.100 euros para la escalera y otros 10.000 para los gastos de instalación de “pladur”, el acusado dejó de remitirles fotos y vídeos de la obra y dejó de contestarles el teléfono y los mensajes que le enviaban, así como las llamadas del arquitecto técnico referido anteriormente.

Concluye diciendo el citado antecedente de hechos probados que con los 59.140 euros que las denunciantes desembolsaron, el acusado nunca adquirió ningún tipo de material ni realizó ninguno de los trabajos que afirmaba estar haciendo, habiendo realizado solamente parte de la obra que ha sido valorada en 26.336,06 euros, embolsándose el resto de aquella cantidad.

C) El recurrente hace girar su recurso alrededor de la ausencia de los elementos del tipo penal de la estafa, dada la inexistencia de engaño alguno por su parte, y lo enlaza con el principio de intervención mínima del derecho penal.

SEGUNDO.-

A) Aunque no emplea el recurso la mejor de las técnicas para impugnar la sentencia dictada por la Audiencia, toda vez que mezcla motivos que podrían incardinarse tanto en el error en la valoración de la prueba -al refutar la declaración testifical efectuada por las denunciantes-, o, incluso, en la quiebra de la presunción de inocencia, al sugerir la inexistencia de prueba de cargo alguna, lo que late en definitiva en la esencia de la reclamación no es otra cosa que la falta de intención de engañar en la conducta profesional que desplegó el recurrente en torno al contrato de obra litigioso.

En la declaración que vertió el acusado en el plenario ya avanzó que había ejecutado la mayor parte de la obra y que lo que no pudo concluir fue por haberse quedado sin dinero para comprar más material, ya que se “pilló los dedos” con el presupuesto que pactara con las arrendadoras y que perdió dinero con la obra encargada por ellas.

La sentencia, por contra, ha estimado probado que el acusado, ganándose inicialmente la confianza de aquéllas mediante la remisión de fotos y vídeos del inicio de la obra, les fue solicitando distintas cantidades *a sabiendas de que no las iba a destinar a la realización de los trabajos*, faltando a la verdad sobre el destino que iba a dar a dichas cantidades e, incluso, incrementando el valor real de los materiales.

B) No vamos a reiterar en esta resolución los requisitos del delito de estafa que, por otra parte, reseña de manera óptima la sentencia impugnada y discutiéndose tan solo la concurrencia del engaño como factor nuclear y sustancial del delito, nos limitaremos a examinar la concurrencia de las circunstancias descritas en el *factum* en orden a la presencia o no del mismo en el supuesto enjuiciado.

La más reciente Jurisprudencia (por todas, STS 261/2021, de 22 de marzo) nos dice que el engaño como elemento configurador del delito de estafa, *espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la misma*, puede ser precedente o concurrente y debe ser fruto *del ingenio falaz* y

maquinador, de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. Y que dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

Por lo demás, el tipo subjetivo en esta clase de delito conlleva la existencia del dolo defraudatorio lo que se suele llamar “intención de estafar”.

El autor debe conocer que ofrece o presenta a un tercero una realidad distorsionada; que, con ello, en un grado de alta probabilidad le impulsa a realizar un acto de disposición que no realizaría de conocer la distorsión, y que con ese acto de disposición se causa un perjuicio a sí mismo, o a un tercero. Y debe querer, en fin, la utilización de esos elementos engañosos cuya existencia conoce, aceptando, al menos, el probable resultado.

C) Por otra parte, las SSTs 1998/2021, de 29 de octubre y la 261/2022, de 17 de marzo, al hablar de los negocios jurídicos criminalizados, refieren la conducta de quien simula un propósito serio de contratar y en realidad sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio.

Y es que la diferencia entre el negocio incumplido y el delito de estafa o, si se quiere, entre el dolo civil y el penal no es otra que la conformada por la tipicidad, de manera que solamente si la conducta del sujeto puede subsumirse en el tipo penal que describe el delito resultará punible su acción desde un punto de vista penal, quedando ajenos al

reproche penal el resto de conductas que merecerán otro tipo de respuesta.

Ésta y no otra es la filosofía del principio de intervención mínima del derecho penal y su función como última ratio del sistema.

D) No ha quedado probado en el supuesto enjuiciado si el recurrente, guiado por una inicial intención defraudatoria, concertó el arrendamiento de obra con el solo propósito de apoderarse de las cantidades que para financiar la misma habrían de entregarle las denunciadas o si, por el contrario, el ánimo surgió en él con posterioridad.

Lo que si resulta evidente es que hubo un momento en el que seguía interesando la entrega de cantidades, incluso negándose a que los suministros de material los adquiriesen personal y directamente las dueñas de la obra, y que en ese momento ya no ejecutaba los encargos ni se comunicaba, incluso, con aquéllas a fin de no tener que ofrecerles explicación alguna del desarrollo de las mismas. E, incluso, que retiraba inmediatamente las cantidades recibidas de su cuenta corriente, dejando la misma sin numerario. O que trataba de devolver los materiales adquiridos, tal y como declaró la testigo D^a. A

, trabajadora de la empresa en la que adquirió hierro para la realización de una escalera.

No cabe admitir, tal y como él mismo sostiene, que habiendo pactado un precio determinado, la adquisición de materiales y el pago a los operarios que trabajaban para él, se quedase sin dinero –“me he pillado los dedos con el presupuesto”- y que por ello decidiese no acabar la obra, por cuanto en este caso lo correcto hubiera sido comunicárselo a la contraparte pidiendo la correspondiente ampliación de obra o, simplemente, no proseguir con la ejecución de la misma abocándose a afrontar el correspondiente pleito civil por su incumplimiento, que es donde, curiosamente, pretende situar ahora el conflicto.

Como poco, a partir de ese momento en el que fue consciente de que no podía cumplir con su compromiso y pese a ello siguió aparentando ficticiamente la realidad de la ejecución del contrato su actuación debe reputarse fraudulenta y no puede quedar amparada por el mencionado principio de intervención mínima del derecho penal; por lo que cumple confirmar la sentencia dictada por la Audiencia, que por lo

demás, aparece oportunamente razonada y da respuesta a todas las cuestiones que surgieron en el debate.

TERCERO.- Las costas procesales.-

Al desestimarse en su integridad el recurso principal procede hacer expresa imposición a la recurrente de las costas causadas con ocasión de la apelación.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás aplicables al caso,

FALLAMOS

Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de S contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2023 dictada por la Audiencia provincial de Soria a que este rollo se refiere, debemos confirmar y confirmamos la misma, condenando al recurrente al pago de las costas causadas en la presente instancia.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos.

E/