

## EDJ 2009/13366

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 6-2-2009, nº 101/2009, rec. 1199/2008

Pte: Monterde Ferrer, Francisco

Comentada en "Determinación exacta del orden jurisdiccional donde tramitar los incumplimientos contractuales"

### Resumen

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues además de la indeterminación del perjuicio, presuntamente producido y de su evaluación económica, se constata la falta de expresión por la sala "a quo" de en qué consistió el engaño, y de la suficiencia de éste. Tan sólo se describe un incumplimiento contractual parcial, pero no una maniobra torticera determinante del desplazamiento patrimonial relatado.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.248 , art.249 , art.623.4

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	7
SEGUNDA SENTENCIA .....	7

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ESTAFA

##### CUESTIONES GENERALES

- Conceptuación general
- Contratos privados criminalizados

##### ELEMENTOS

- Conducta engañosa: concepto

##### DOLO

- Diferencia del dolo civil

#### PROCESO PENAL

##### PRUEBA

- Medios
  - Prueba documental
    - Documentos a efectos casacionales
      - Demostrativos de la equivocación del juzgador

##### RECURSOS

- Casación
  - Infracción de ley
    - Error de hecho en la apreciación de la prueba
      - Se estima el error

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado; Desfavorable a: Acusación particular

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.248, art.249, art.623.4 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.74, art.131, art.132, art.623 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Cita art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.1108 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita art.849.1, art.849.2, art.852, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

## Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Lugo de 9 mayo 2008 (J2008/192051)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 18 junio 2009 (J2009/168703)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 28 septiembre 2009 (J2009/273681)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 9 julio 2010 (J2010/165369)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 30 julio 2010 (J2010/191519)  
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 30 junio 2010 (J2010/275990)  
Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 14 diciembre 2010 (J2010/315131)  
Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 20 noviembre 2010 (J2010/319201)  
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 25 marzo 2010 (J2010/64398)  
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 26 marzo 2010 (J2010/64405)  
Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 1 julio 2011 (J2011/200311)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 10 noviembre 2008 (J2008/209740)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Conceptuación general STS Sala 2ª de 26 enero 2005 (J2005/11862)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Conceptuación general STS Sala 2ª de 28 enero 2005 (J2005/6988)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 12 marzo 2003 (J2003/6641)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 2 enero 2003 (J2003/2096)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO PENAL - RECURSOS - Casación - Infracción de ley - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Se estima el error STS Sala 2ª de 14 octubre 2002 (J2002/44050)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 11 junio 2002 (J2002/23946)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto ATS Sala 2ª de 8 marzo 2002 (J2002/23343)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 12 abril 2002 (J2002/10010)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 24 septiembre 2001 (J2001/30370)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 17 septiembre 1999 (J1999/25788)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO PENAL - RECURSOS - Casación - Infracción de ley - Error de hecho en la apreciación de la prueba - Se estima el error STS Sala 2ª de 5 abril 1999 (J1999/5997)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 1 marzo 1999 (J1999/987)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 12 mayo 1998 (J1998/2550)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 23 enero 1998 (J1998/357)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto STS Sala 2ª de 8 mayo 1996 (J1996/2417)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 5 diciembre 1986 (J1986/7988)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 11 diciembre 1985 (J1985/6501)  
Cita en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados STS Sala 2ª de 21 mayo 1983 (J1983/3043)

## Bibliografía

Comentada en "Determinación exacta del orden jurisdiccional donde tramitar los incumplimientos contractuales"

Versión de texto vigente null

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
FRANCISCO MONTERDE FERRER  
LUCIANO VARELA CASTRO  
SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ  
SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de febrero de dos mil nueve

En el recurso de casación que ante Nos pende con el núm. 1199/2008, interpuesto por la representación procesal de D. Ricardo, contra la sentencia núm. 83 dictada el 9 de mayo de 2008, en el Rollo de Sala 4/08, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, correspondiente al Procedimiento Abreviado núm. 21/2007 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Lugo, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de estafa, habiendo sido parte en el presente procedimiento como recurrente D. Ricardo, representado por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez; como recurrida, la acusación particular, GARRIDO CARROCERÍAS, S.L., representada por el Procurador D. Fernando Díaz- Zorita Canto; y, el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Lugo incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 21/2007, en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 9 de mayo de 2008 EDJ 2008/192051, que contenía el siguiente Fallo:

"Que debemos de condenar y condenamos a D. Ricardo, como autor de un delito continuado de estafa, a la pena de UN AÑO Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil, a la entidad GARRIDO CARROCERÍAS, S.L., en la cantidad de TRES MIL EUROS (3000 €), con aplicación de los intereses previstos en los artículos 1108 del Código Civil EDL 1889/1 y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ; asimismo, el aquí acusado, deberá abonar las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular".

2º.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"La entidad Garrido Carrocerías, S.L., cuya representante legal es Dª Gabriela, contrató en el año 1989 los servicios de la asesoría denominada LEDO Y OSORIO, S.L., después denominada AMILSA y más tarde AMIGAL XXI, ésta con domicilio en la calle Anduriñas número cuatro de esta ciudad de Lugo, de la que es representante legal el aquí acusado D. Ricardo, persistiendo dicha relación comercial hasta el mes de septiembre de dos mil tres, consistiendo los servicios contratados, en la realización de toda clase de gestiones, tales como las relativas a asuntos laborales, fiscales y contables de la empresa, así como la presentación ante la Agencia Tributaria, de declaraciones y liquidaciones de impuestos, gestiones ante el Registro Mercantil, relativas a cuentas anuales, llevanzas de libros y cualesquiera otras relativas al funcionamiento de la empresa.

Si bien en un principio el acusado cumplió con las obligaciones derivadas del contrato en el año 2004, se detectó que el acusado no había confeccionado ni legalizado los libros de cuentas referentes al año 2000 y siguientes dando lugar a que por el Registrador Mercantil a fecha 23-1-04 acordase lo siguiente "queda cerrada la Sociedad de esta Hoja al haber transcurrido un año desde la fecha de cierre del ejercicio social sin haberse practicado el depósito de cuentas anuales, ni acreditarse la falta de aprobación de las mismas", igualmente el acusado no presentó la Declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 2002, de la Sociedad Garrido Carrocerías lo que dio lugar a un requerimiento a la Sociedad Garrido Carrocerías por parte de la Agencia Tributaria, que en la actualidad se encuentra en tramitación.

A pesar de no cumplir con sus obligaciones, el acusado guiado por el ánimo de obtener un beneficio económico injusto, continuó cobrando a la entidad Garrido Carrocerías, S.L., el importe de las cantidades, que mensualmente pasaba al cobro, y que eran abonadas por ésta a través de una entidad bancaria, unos meses incluyendo solamente los servicios ordinarios y otras mensualidades incluyendo, además gestiones específicas, como la confección y encuadernación de libros oficiales o elaboración y presentación de cuentas anuales; así, durante el segundo semestre del año 2000, le fue abonada la cantidad de 1.217,96 euros; durante el año dos mil uno, le fue abonada la cantidad de 2.497,53 euros, durante el año dos mil dos, le fue abonada la cantidad de 2.164, 04 euros por servicios ordinarios y la cantidad de 191,71 euros por confección y encuadernación de libros, ejercicio 2001 y por elaboración y presentación de cuentas anuales del año 2001, y en el año dos mil tres le fue abonada la cantidad de 1.258,89 euros por servicios ordinarios y la cantidad de 90,15 euros en concepto de confección y encuadernación de libros".

3º. Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Ricardo anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 4-6-08, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4º.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 30-6-08, el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en representación del acusado, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

- Primero, por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr. EDL 1882/1
- Segundo, por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr. EDL 1882/1
- Tercero, por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr. EDL 1882/1

Cuarto, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., por aplicación indebida del art. 248 y 249 CP EDL 1995/16398 y falta de aplicación del art. 623 CP EDL 1995/16398 .

Quinto, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., por aplicación indebida del art. 74 CP EDL 1995/16398 .

Sexto, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., por aplicación indebida de los arts. 131 y 132 CP EDL 1995/16398 sobre la prescripción de las faltas.

Séptimo, por infracción de precepto constitucional, ex arts. 852 LECr EDL 1882/1 . por inaplicación del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 sobre la tutela judicial efectiva.

5º.- La Acusación Particular y el Ministerio Fiscal, por medio de escritos fechados en 31-7 y 17-9-08, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por la razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

6º.- Por providencia de 19-12-08 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 28-01-09, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los tres primeros motivos se amparan en infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr. EDL 1882/1

1. Esta Sala ha repetido, respecto de los requisitos que han de cumplimentarse para el éxito del motivo (Cfr. SSTS de 14-10- 2002, núm. 1653/2002 EDJ 2002/44050 y núm. 496, de 5 de abril de 1999 EDJ 1999/5997 ):

"A) Que ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales, por más que estén documentadas-.

B) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

C) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

D) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo".

2. En nuestro caso, señala el recurrente, en primer lugar, que incurre la sentencia en error cuando declara probado que en 1989 fue contratada la entidad LEDO Y OSORIO, S.L. como asesora, pues en esa fecha no existía en el tráfico jurídico, habiendo nacido al tráfico jurídico el 3-4-2000.

Y como documento demostrativos de ello se cita:

- La certificación literal del Registro Mercantil de Lugo (fº 72 a 78).

Se considera también que se cometió error cuando se afirma que esta entidad se denominó posteriormente como AMILSA y después como AMIGAL, S.L., ya que pasó a denominarse "Intergestión Asesoría, S.L."

Lo demuestran las inscripciones 3ª a 8ª (fº 78 a 85).

Igualmente hubo error al afirmar que el representante legal de LEDO OSORIO, S.L., después denominada AMILSA y más tarde AMIGAL XXI, fue D. Ricardo. El mismo no ha sido en ningún momento representante legal de las citadas mercantiles, únicamente fue apoderado de la última. AMIGAL XXI tuvo siempre como administrador a D. Pedro Antonio (fº 66).

No obstante tales alegaciones, la relación del acusado con la empresa querellante queda fuera de toda duda, así como su intervención directa, cualquiera que fuera su posición formal en las empresas de referencia. En sus declaraciones en el juicio oral, reconoce que su padre inició los trabajos para ella bajo la denominación de AMILSA, posteriormente FISCO LUGO y luego AMIGAL, siendo el acusado el que trataba con los denunciantes.

Y, ya antes, en su primera declaración ante el Juez de Instrucción (fº 11 y ss) el propio acusado reconoció que fue el legal representante de Amigal XXI y tuvo una relación comercial de asesoramiento en general con Carrocerías Garrido, S.L. desde 1989 a 2003. Y en su declaración (fº y 299 y ss) sostuvo que la inicial relación con Garrido Carrocerías la mantuvo por medio de Ledo y Osorio de la que él no era socio, pero con la que trabajó, señalando que esa gestoría en la actualidad opera con el nombre de INTERGESTIÓN.

Ello es acorde con el informe de la Policía Local de Lugo (fº 86) sobre que LEDO Y OSORIO se disolvió en 25-6-02, derivando Osorio a la actual INTECESORIA; y LEDO como AMILSA y AMIGAL, que nunca tuvieron licencia municipal de actividad pero siendo su responsable D. Ricardo, y teniendo en su cartera de clientes a GARRIDO CARROCERÍAS, S.L.

Por su parte, en sus declaraciones en el juicio oral, tanto la denunciante, legal representante de Garrido Carrocerías, Dª Gabriela (fº 213) como el testigo D. Luis Antonio (fº 216), confirmaron tal relación e intervención personal, aunque formalmente en la escritura de la sociedad LEDO Y OSORIO, figurase como socio, Jesús Carlos, hermano del acusado.

Cabe concluir, por tanto, que la documentación en que se apoya el recurrente, por estar contradicha por el resto de la prueba practicada en las actuaciones no tiene virtualidad demostrativa del pretendido error facti.

3. Se estima por el recurrente, también, que la Sala de instancia cometió error cuando en el párrafo segundo de los hechos probados recoge que: "...se detectó que el acusado no había confeccionado ni legalizado los libros de cuentas referentes a los años 2.000 y siguientes...". Cuando en realidad las cuentas se depositaron el 30-7-2001, por lo que de faltar el depósito sería únicamente de las de los años 2001 y 2002, ya que las del año 2003, a presentar en 2004, correría por cuenta de la nueva asesoría que se hizo cargo en septiembre de 2003.

Y se afirma que ello se demuestra a través del documento incorporado en el acto del juicio consistente en nota simple informativa del Registro Mercantil de Lugo, de fecha 18-5-2007, lo que corroboraron los testigos D<sup>a</sup> Gabriela y Sr. Juan Alberto; y del doc. núm. 59 de las actuaciones de instrucción.

Ello es cierto, obra en las actuaciones certificación del Registro Mercantil de Lugo (f<sup>o</sup> 209-210) donde se hace constar que "se presentaron las cuentas de Garrido Carrocerías, S.L. con fecha 30-7-01, ocasionando el asiento 2/39/2771". Igualmente, en el mismo documento consta que se presentaron las cuentas en 26-7-2004, 27-7-2005 y 28-7-2006. Por lo tanto, la objeción habrá de ser aceptada.

4. Finalmente, sostiene el recurrente que hubo error al afirmar los hechos probados que: "...A pesar de no cumplir con sus obligaciones, el acusado guiado por el ánimo de obtener un beneficio económico injusto, continuó cobrando a la entidad Garrido Carrocerías, S.L. el importe de las cantidades que mensualmente le pasaba al cobro, y que eran abonadas por ésta a través de una cuenta bancaria... y que así, durante el segundo semestre del año 2000, le fue abonada la cantidad de 1.217'96; durante el año 2001 le fue abonada la cantidad de 2.497'53 euros; durante el año 2002, le fue abonada la cantidad de 191'71 euros, por confección y encuadernación de libros, ejercicio 2001 y por confección y elaboración de presentación de cuentas anuales del año 2001, y en el año 2003 le fue abonada la cantidad de 1258'89 euros por servicios ordinarios y la cantidad de 90'15 euros en concepto de confección y encuadernación de libros".

Y, afirma el recurrente, que sí se cumplieron las obligaciones derivadas del contrato de asesoramiento de manera inequívoca y abrumadora, antes, durante y después de los tres o cuatro hechos puntuales incumplidos a que hace referencia la sentencia incumplida.

Y que ello se demuestra a través de los folios 365 a 456 del trámite de la instrucción y 155 a 189 del trámite de la Audiencia, donde constan los trabajos y gestiones realizados por las mercantiles asesoras.

Igualmente, los folios 60 y 61 y 297 y 298 del trámite de instrucción, consistentes en requerimientos de la Hacienda Pública, donde sólo mencionan la falta de presentación del impuesto de sociedades del ejercicio 2002. Lo que ni siquiera es contradicho por la declaración de la representante de la entidad Garrido Carrocerías.

Por otra parte, el acusado nada cobró en ningún momento de Garrido Carrocerías, que ha pagado y abonado a las citadas mercantiles, y no a él los trabajos realizados. Así lo demuestran las facturas de f<sup>o</sup> 126 a 178, 187 a 238 de la instrucción, y 25 a 64 de la Audiencia.

La declaración de la representante de la empresa Garrido Carrocerías así lo pone de manifiesto, y también las cuentas bancarias de abono a nombre de las entidades, docs. obrantes a f<sup>o</sup> 94, 95, 96 y 100 de la Audiencia.

Sin embargo del alegato, en el supuesto que nos ocupa, la documentación que se invoca no es demostrativa del error facti que se pretende. Por el contrario, evidencia lo proclamado fácticamente la documentación que, a su vez, recoge el Tribunal de instancia (f<sup>o</sup> 6):

- Extractos bancarios acompañados (f<sup>o</sup> 101 y ss); facturas (f<sup>o</sup> 126 y ss); señaladamente facturas 39 de 30-4-2002 (f<sup>o</sup> 163); núm. 123 de 31-7-2002 (f<sup>o</sup> 166) y núm. 367 de 30-4-2003 (f<sup>o</sup> 175), en donde pasa al cobro servicios (encuadernación y confección de libros oficiales correspondientes a los ejercicios 2001 y 2002), así como presentación de cuentas del año 2001.

Además, carece de trascendencia, para modificar los hechos declarados probados, que el cobro se hubiere realizado en nombre de las correspondientes empresas, si el libramiento lo hizo el propio acusado y si tuvo disponibilidad de las cantidades de referencia.

Todo ello sin perjuicio de lo que diremos en cuanto a la subsunción de los hechos probados en los preceptos penales aplicados

Consecuentemente, sólo el segundo de los tres motivos formulados ha de ser apreciado, siendo desestimados los otros dos.

SEGUNDO.- Como cuarto motivo se invoca infracción de ley, al amparo del art. 849.1<sup>o</sup> de la LECr EDL 1882/1 ., por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 CP EDL 1995/16398 y falta de aplicación del art. 623.4 CP EDL 1995/16398 .

1. Para el recurrente en el caso, aun partiendo de los hechos declarados probados y no alterados según su pretensión, solo existe un incumplimiento contractual por parte de las asesorías que cobraron las cantidades que se dicen, pero no existe delito de estafa, ya que no existe ni comportamiento doloso, ni engaño inicial, ni ánimo de lucro en el sujeto activo, ni enriquecimiento injusto.

Por otra parte, la cuantía que se dice defraudada no alcanza los 400 euros para ser apreciado el delito, puesto que ninguno de los pagos efectuados por Garrido Carrocerías supera siquiera los 200 euros. En el final de los hechos probados se evalúan con precisión los casos en que han quedado sin hacerse los trabajos contratados y si cobrados: 191'71 euros en el año 2002 y 90'15 euros en el año 2003, por lo que no habría más que sendas faltas. Representando en todo caso hechos aislados e insignificantes en una relación que ha durado más de 15 años.

2. El delito de estafa se configura en la jurisprudencia (Cfr. STS núm. 47/2005, de 28 de enero EDJ 2005/6988 ) como un artificio creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro que, en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece ilícitamente, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo.

Hemos dicho en sentencias como la núm. 57/2005, de 26 de enero EDJ 2005/11862 , que "consiste este tipo de estafa en un desplazamiento patrimonial, generalmente en dinero, provocado, con voluntad de la víctima en virtud de una ficción, apariencia, falacia o mendacidad, que vicia su consentimiento, engaño que produce un perjuicio económico, en íntima conexión con él y todo ello presidido

por un ánimo de lucro o de enriquecimiento en el sujeto activo. Y que la aproximación de determinadas estafas a supuestos de ilícitos civiles, ha obligado a la doctrina legal a distinguir los ilícitos de una y otra clase.

En el ilícito penal de la estafa el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos".

Esta doctrina conocida como la de los contratos civiles o mercantiles criminalizados ha sido recogida en infinidad de sentencias de esta Sala (por ejemplo, sentencias de 2 de abril de 1982, 21 de mayo de 1983 EDJ 1983/3043 , 22 de octubre de 1985, 11 de diciembre de 1985 EDJ 1985/6501 y 5 de diciembre de 1986 EDJ 1986/7988 ).

Según ha repetido esta Sala frecuentemente (Cfr. STS de 10-11-2008, núm. 697/2008 EDJ 2008/209740 ), son elementos configurativos de este tipo penal los siguientes:

1) Un engaño precedente o concurrente, que constituye el eje del ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, pudiendo incardinarse en el seno de una relación contractual preparada con este fin defraudatorio.

2) El engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial.

3) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente.

4) Un acto de disposición patrimonial.

5) El nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido.

6) El ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial.

Y, ciertamente, el engaño, o utilización de medios engañosos, es el elemento básico y nuclear de la estafa. Ha de ser suficiente y eficaz para provocar el desplazamiento patrimonial consecuencia del error sufrido por el perjudicado, pero a su vez, tal desplazamiento debe entenderse con virtualidad para hacer propio el sujeto activo o un tercero con él concertado el objeto delictivo. Ha de ser antecedente al error producido al sujeto pasivo y estar preordenado a este fin de equivocar a la víctima.

En los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude (Cfr. SSTS de 12-5-98 EDJ 1998/2550 , 1-3-99 EDJ 1999/987 , 23-2-2001, 21-11-2001, 12-4-2002 EDJ 2002/10010 ).

3. La sentencia de instancia en su "factum" describe que la entidad Garrido Carrocerías, S.L., "...contrató en el año 1989 los servicios de la asesoría denominada LEDO Y OSORIO, S.L., después denominada AMILSA y más tarde AMIGAL XXI, ésta con domicilio en la calle Anduriñas número cuatro de esta ciudad de Lugo, de la que es representante legal el aquí acusado D. Ricardo, persistiendo dicha relación comercial hasta el mes de septiembre de dos mil tres, consistiendo los servicios contratados, en la realización de toda clase de gestiones, tales como las relativas a asuntos laborales, fiscales y contables de la empresa, así como la presentación ante la Agencia Tributaria, de declaraciones y liquidaciones de impuestos, gestiones ante el Registro Mercantil, relativas a cuentas anuales, llevanzas de libros y cualesquiera otras relativas al funcionamiento de la empresa".

Y siguen relatando los jueces a quibus que: "Si bien en un principio el acusado cumplió con las obligaciones derivadas del contrato, en el año 2004, se detectó que el acusado no había confeccionado ni legalizado los libros de cuentas referentes al año 2000 y siguientes dando lugar a que por el Registrador Mercantil a fecha 23-1-04 acordase lo siguiente "queda cerrada la Sociedad de esta Hoja al haber transcurrido un año desde la fecha de cierre del ejercicio social sin haberse practicado el depósito de cuentas anuales, ni acreditarse la falta de aprobación de las mismas", igualmente el acusado no presentó la Declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 2002, de la Sociedad Garrido Carrocerías lo que dio lugar a un requerimiento a la Sociedad Garrido Carrocerías por parte de la Agencia Tributaria, que en la actualidad se encuentra en tramitación.

A pesar de no cumplir con sus obligaciones, el acusado guiado por el ánimo de obtener un beneficio económico injusto, continuó cobrando a la entidad Garrido Carrocerías, S.L., el importe de las cantidades, que mensualmente pasaba al cobro, y que eran abonadas por ésta a través de una entidad bancaria, unos meses incluyendo solamente los servicios ordinarios y otras mensualidades incluyendo, además gestiones específicas, como la confección y encuadernación de libros oficiales o elaboración y presentación de cuentas anuales...".

Y en su fundamento de derecho segundo, el Tribunal de instancia simplemente viene a sostener que el acusado utilizó engaño respecto de la representante legal de Garrido Carrocerías, S.L., dada la larga relación comercial mantenida (desde 1987). Y luego ya pasa a afirmar que existe un desplazamiento patrimonial constituido por la diversas cantidades pagadas a través de ingresos efectuados por medio de entidad bancaria; y señala que por el acusado se pasaron al cobro servicios (encuadernación y confección de libros oficiales correspondientes a los ejercicios 2001 y 2002, así como presentación de cuentas del año 2001) que no fueron realizados; y que ello ha producido un perjuicio para la empresa, por el cierre de la Hoja del Registro Mercantil por la no presentación de las cuentas, lo que podría determinar no poder realizar ciertos acto como aumento de capital, y una sanción como consecuencia del expediente administrativo incoado. Y el perjuicio se fija -según dice-, "prudentemente", en el fundamento jurídico sexto, en la cantidad de 3.000 euros en concepto de cantidades indebidamente cobradas.

De todo ello destaca, además de la indeterminación del perjuicio, presuntamente producido y de su evaluación económica, la falta de expresión por la Sala a quo de en qué consistió el engaño, y de la suficiencia del engaño. Tan sólo se describe un incumplimiento

contractual parcial -debiéndose tener en cuenta, además los hechos que han de darse por probados tras el éxito del motivo segundo formulado por error facti- pero no una maniobra torticera determinante del desplazamiento patrimonial relatado.

En efecto, en el caso que nos ocupa tan sólo se da por probado el incumplimiento puntual de alguna de las obligaciones asumidas en la larga relación profesional mantenida por el acusado con la entidad querellante.

Se echa de menos la descripción de la intención engañosa que debe inspirar la conducta o actuación del sujeto activo ab initio, es decir, desde la iniciación del negocio fraudulento. El ardid, argucia o treta en que consiste el engaño y el correspondiente animo engañoso, han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter subsequens, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución (Cfr. SSTS 383/96, de 8 de mayo EDJ 1996/2417 ; 75/98, de 23 de enero EDJ 1998/357 ; 1083/2002, de 11 de junio EDJ 2002/23946 ; 59472002, de 8 de marzo EDJ 2002/23343 , ó 2202/2002, de 2-1-2003 EDJ 2003/2096 ).

Así, la jurisprudencia ha proclamado (Cfr. SSTS 1280/99, de 17 de septiembre EDJ 1999/25788 ; 1649/2001, de 24 de septiembre EDJ 2001/30370 ; 348/2003, de 12 de marzo EDJ 2003/6641 ), la imposibilidad de valorar penalmente el dolo subsequens, es decir el sobrevenido y no anterior al negocio de que se trate, el cual podrá dar lugar únicamente a la correspondiente reclamación en el orden civil.

Consecuentemente, no pudiendo compartirse la subsunción, efectuada en la instancia, de los hechos referenciados en la figura de la estafa apreciada, el motivo ha de ser estimado, resultando innecesario entrar en el estudio de los restantes motivos por infracción de ley y de precepto constitucional que igualmente se formulan por el recurrente.

TERCERO.- La estimación parcial del recurso del condenado supone la declaración de oficio de las costas de su recurso, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr EDL 1882/1 .

## FALLO

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación formulado por infracción de ley, y de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Ricardo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, el 9 de mayo de 2008 EDJ 2008/192051 , en causa seguida por delito continuado de estafa

Y declaramos de oficio las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales 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 D. Joaquín Giménez García D. Andrés Martínez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Siro Francisco García Pérez

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de febrero de dos mil nueve

En la causa correspondiente al Procedimiento Abreviado 21/07 incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Lugo, fue dictada sentencia el 9 de mayo de 2008 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo EDJ 2008/192051 , que, condenó al acusado D. Ricardo "como autor de un delito continuado de estafa, a la pena de UN AÑO Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil, a la entidad GARRIDO CARROCERÍAS, S.L., en la cantidad de TRES MIL EUROS (3000 €), con aplicación de los intereses previstos en los artículos 1108 del Código Civil EDL 1889/1 y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ; asimismo, el aquí acusado, deberá abonar las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular".

Dicha sentencia ha sido parcialmente casada y anulada EDJ 2008/192051 por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar segunda sentencia con arreglo a los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida EDJ 2008/192051 , incluidos sus hechos declarados probados, los cuales tan sólo se modifican puntualizando que: "se presentaron en el registro Mercantil las cuentas de Garrido Carrocerías, S.L., con fecha 30-7-01, ocasionando el asiento 2/39/2771".

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de nuestra sentencia anterior y los de la sentencia parcialmente rescindida EDJ 2008/192051 en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

En su virtud, los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de estafa continuada, por el que fue condenado en concepto de autor D. Ricardo, por lo que debemos absolverle y le absolvemos del referido delito, declarando de oficio la totalidad de las costas de la instancia, y dejando sin efecto, cuantas obligaciones, trabas y embargos se hubieren constituido en la causa y en sus piezas o ramos. Todo ello con reserva a la parte querellante de las acciones que en el orden civil le pudieran corresponder.

## FALLO

Debemos absolver y absolvemos a D. D. Ricardo del delito de estafa, por el que fue condenado, declarando de oficio la totalidad de las costas de la instancia, y dejando sin efecto, cuantas obligaciones, trabas y embargos se hubieren constituido en la causa y en sus piezas o ramos. Todo ello con reserva a la parte querellante de las acciones que en el orden civil le pudieran corresponder.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. Andrés Martínez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Siro Francisco García Pérez

Publicación.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012009100060