

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065247

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 684/2020, de 11 de diciembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 336/2019

SUMARIO:**Delito de estafa. Engaño bastante. Sujetos activos. Negocios jurídicos criminalizados. Delito por omisión en posición de garante.**

Venta de piso de copropietarios sobre el que pesa una orden de legalización de obras realizadas sin licencia y con aviso de demolición, lo que ocultan al comprador a sabiendas que vendría obligado a soportar la carga de la legalización de las obras, o en su caso de la demolición.

Quien omite en un negocio jurídico un elemento sustancial que es, o puede ser, definitivo, para conseguir el consentimiento de la otra parte y por ende, verificar el correspondiente desplazamiento patrimonial, comete un delito de estafa, caracterizada por una estafa omisiva.

Quien despliega el engaño, activo u omisivo, en un delito de estafa, es el sujeto activo del mismo, no un tercero, salvo que se encuentre en connivencia con el vendedor. La estafa puede tener una estructura triangular: uno engaña, otro es el engañado y un tercero el perjudicado. Pero aquí el tercero no sería el perjudicado, sino el beneficiado, por lo que tampoco es posible aplicar esta construcción. La diferencia entre el ilícito civil y el penal, radica en la tipicidad, y aquí precisamente no concurre tal tipicidad, porque no es el acusado quien ocasiona el error en el sujeto pasivo, mediante una información deformada, y obtiene el desplazamiento patrimonial para sí o para un tercero.

De lo que antecede, hemos de deducir lo siguiente: a) que la conducta de quien omite un elemento esencial en la contratación, originando, en consecuencia, un error en el sujeto pasivo, y a consecuencia del mismo, se produce el desplazamiento patrimonial, constituye un delito de estafa; b) que el sujeto activo tiene que ser quien despliega el artificio engañoso; c) que la posible construcción omisiva se origina al estar constituido en garante el sujeto activo que omite la información debida, y que produce el error en el sujeto pasivo; d) la estructura triangular que en ocasiones ha dibujado El Tribunal Supremo, produce que existe un tercero perjudicado, que es distinto del sujeto engañado.

En este caso, el acusado (presidente de la comunidad en propiedad horizontal que recibe la orden municipal de legalización de obra y no la comunica al comprador) no está constituido en garante y desde el plano de la posición de garante, fundamento en que descansa la omisión impropia, no podemos deducir que le obligue tal mecanismo a proporcionar una información a quien todavía no es propietario, y por ende, no forma parte de la Comunidad de Propietarios. La iniciación del expediente urbanístico en cuestión, la debía transmitir a la Comunidad de Propietarios, pero no al querellante perjudicado, puesto que éste aún no formaba parte de la misma (comunidad de propietarios), y en consecuencia, nada le obligaba a prestar una información de las características señaladas y como tal mecanismo del engaño no se ha puesto en marcha por el acusado frente al sujeto pasivo, pues no ha intervenido en la venta, debe estimarse su recurso al no poder constituir el delito de estafa por el que había sido condenado .

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 11, 53, 248, 249 y 250.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 684/2020

Fecha de sentencia: 11/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 336/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 18/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 17ª Audiencia Provincial de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 336/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Victorio contra Sentencia núm. 473/2018, de 22 de junio de 2018, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 785/2017 dimanante de las Diligencias Previas de P.A. núm. 1628/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, seguidas por delito de estafa contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para ver y decidir el presente recurso, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrente, el acusado Don Victorio, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar Rico Cadenas y defendido por el Letrado Don Manuel Gómez-Villaboa Mandri; y como recurrida la Acusación particular Don Luis Alberto representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana Leal Labrador y defendida por el Letrado Don Gustavo Galán Abad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 38 de los de Madrid incoó Diligencias Previas de P.A. núm. 1628/2015 por delito de estafa contra DON Victorio , y una vez concluidas las remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 22 de junio de 2018 dictó Sentencia 473/2018, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- En la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios del edificio de la CALLE000 N° NUM000 de Madrid, celebrada el día 06.06.2006 se acordó por los propietarios, realizar las siguientes operaciones: por un lado la desafectación de los elementos comunes del último piso destinado al cuarto de maquinaria del ascensor y el pasillo, luego su cesión a los propietarios de las buhardillas. NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006 así como la autorización a estos para que desvincularan estas buhardillas del piso al que correspondían y agregarlas entre sí y a los elementos comunes desafectados, para construir un piso nuevo independiente (el NUM007).

Entre estos propietarios se encontraba el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta quienes estaban representado en dicha junta por su hijo el acusado D. Victorio mayor de edad sin antecedentes penales arquitecto de profesión.

La intención final tras las obras necesarias eran que los 3 propietarios resultantes, (la entidad Africa Balear Confort y Diseño SL, el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta y Dña. Martina) pudieran vender este piso nuevo y repartirse el precio en función del porcentaje de sus cuotas sobre dicho piso.

Estas obras se realizaron sin la correspondiente licencia urbanística y supusieron la construcción con un exceso de cabida sobre la superficie registral.

Para poder inscribir este exceso de cabida, el día 24.04.2009 se realizó un acta notarial para registrar el exceso de cabida, donde D. Victorio acompañó al Sr. Notario y hace entrega de un plano de la vivienda en la que se indica la verdadera y real extensión superficial de la finca.

El 11.05.2009 presidida por D. Victorio se realizó una Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios, para que esta autorizara a los copropietarios del piso NUM007 a inscribir en el registro de la propiedad el referido exceso de cabida.

Segundo.

El día 05.06.2009 D. Victorio en su condición de presidente de la comunidad de propietarios recibió una notificación del servicio de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Madrid, en el que instaba a la comunidad de propietarios a solicitar licencia para la modificación de la cubierta, con el levantamiento de esta, la construcción de la terraza y las instalaciones del aire acondicionado, correspondiente a las obras descritas de creación del piso del NUM007.

Concretamente era una orden de legalización de obras en el expediente de denuncia NUM008/ de modificación de cubierta sin licencia; donde se daba un plazo de dos meses para solicitar la oportuna licencia que ampare dichas obras, o en su caso ajustar las mismas a la licencia u orden de ejecución, con la expresa advertencia de que en caso de incumplimiento o si fuese denegado la licencia, podría disponerse la demolición de lo abusivamente construido.

D. Victorio hizo caso omiso a este requerimiento y no lo comunicó a la comunidad de propietarios, con el propósito de no perjudicar la venta del piso NUM007 del que se iban a beneficiar económicamente sus padres como vendedores, aun a sabiendas que el futuro comprador vendría obligado a soportar la carga de la legalización de las obras, o en su caso de la demolición.

El día 06.10.2009 por medio de escritura pública, los copropietarios del piso NUM007 (la entidad Africa Balear Confort y Diseño SL, el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta y Dña. Martina) vendieron este a D. Luis Alberto por un precio de 400.000 euros.

Concretamente conforme sus porcentajes de propiedad el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta recibieron 40.500 euros cada uno de ellos, cantidad a la que hay que añadir la cantidad de 8.325 euros recibidos previamente por D. Fabio en el contrato de reserva que se había realizado el 22.09.2009

D. Luis Alberto adquirió el piso para que fuera su vivienda habitual.

Como se ha establecido D. Luis Alberto no fue avisado por D. Victorio, de la comunicación del servicio de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Madrid para la legalización de las obras de piso NUM007.

Tercero.

Ante el caso omiso por parte de la comunidad de propietarios los expedientes de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Madrid, siguieron su curso.

En el expediente NUM009 de fecha 08.02.2010 a la vista que no se había legalizado las obras referidas se acordó la orden de demolición de obras.

En el expediente NUM010 de fecha 11.022011 a la vista que no se había ejecutado la demolición de las obras referidas se acordó el expediente de ejecución sustitutoria.

No consta que estos expedientes fueran notificados a la comunidad de propietarios o a D. Luis Alberto, quien sí tuvo conocimiento de estos expedientes en Abril del año 2011.

D. Luis Alberto presentó un proyecto de legalización de la obra del piso NUM007, que fue denegada por el Área de Urbanismo el 26.12.2011 porque la superficie edificada excedía de la edificabilidad máxima permitida para la parcela y no respeta la distancia mínima de retranqueo con relación con la fachada, dictándose otra orden de demolición.

Tras diversos recursos administrativos y en la jurisdicción contenciosa administrativa contra esta orden de demolición, que han sido desestimados, la demolición del exceso construido en el piso NUM007 del N° NUM000 de la CALLE000 ha sido realizada por el Sr. D. Luis Alberto en Mayo de 2016 con un coste de 37.026 euros".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Victorio como autor responsable de un delito de estafa agravada previsto y penado en los artículos 248, 249 y 250.1.1° del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y MULTA DE 8 MESES con una cuota de 5 € por día, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago; y a que indemnice como responsabilidad civil del delito cometido a D. Luis Alberto en la cantidad de 47.036 con el interés legal del artículo 576 LEC y costas.

Notifíquese esta Sentencia a los acusados, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que cabe interponer Recurso de Casación, para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el término de 5 días y de la que se llevará Certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación legal del acusado D. Victorio, que se tuvo 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.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado D. Victorio, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Se interpone por infracción de Ley y de Doctrina legal, al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal.

Segundo motivo.- Se interpone por infracción de Ley y de Doctrina legal, al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 11 del Código Penal.

Tercer motivo.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con lo establecido por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el precepto constitucional que consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con lo dispuesto en los tratados ratificados por España en la materia (tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) conforme a lo prevenido en el artículo 10.2 de nuestra Constitución.

Cuarto motivo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 y 9 CE), en su dimensión de derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes.

Quinto.

Es recurrido en el presente procedimiento la Acusación particular DON Luis Alberto, que impugna el recurso por escrito de fecha 12 de marzo de 2019.

Sexto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, y solicitó su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, por las consideraciones que se expresan en su informe de fecha 1 de abril de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por Providencia de esta Sala de fecha 23 de octubre de 2020, se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de noviembre de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Victorio como autor criminalmente responsable de un delito de estafa agravada, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

Estudiaremos conjuntamente los motivos primero y segundo de su recurso, ambos planteados por la vía de la pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el primer motivo se denuncia la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal, y en el siguiente, la falta de constitución de garante, a los efectos del art. 11 del propio texto legal.

Dado el cauce que alumbramos ambos motivos, hemos de partir de los hechos probados de la sentencia recurrida, los cuales tienen que ser acatados y respetados en toda su integridad y significación.

En ellos, se narra la operación de desafectación de unos trasteros en un inmueble en régimen de propiedad horizontal, pertenecientes a tres grupos de propietarios, uno de los cuales pertenece precisamente a los padres del acusado, arquitecto de profesión, actividad profesional que valora especialmente la Sala sentenciadora de instancia, y una vez desafectados por la junta general de propietarios, y salvadas ciertas dificultades, como a continuación veremos, se vende a un tercero, que es aquí el querellante, el cual desconocía que el Ayuntamiento había requerido a la Comunidad para que llevaran a cabo la legalización de la terraza, bajo pena de demolición, aspecto éste que es el que origina la presentación de la querrela, al tener que llevar obras en la cantidad que seguidamente expondremos.

En concreto, la intención final tras las obras necesarias, eran que los tres propietarios resultantes (la entidad África Balear Confort y Diseño SL, el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta y Dña. Martina) pudieran vender este piso nuevo y repartirse el precio en función del porcentaje de sus cuotas sobre dicho piso. Y aunque las obras se realizaron sin la correspondiente licencia urbanística y supusieron la construcción con un exceso de cabida sobre la superficie registral, se autorizó notarialmente tal exceso, ratificándolo la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios.

La cuestión medular radica en que el día 05.06.2009, el acusado, D. Victorio, en su condición de presidente de la comunidad de propietarios recibió una notificación del servicio de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Madrid, en el que instaba a la comunidad de propietarios a solicitar licencia para la modificación de la cubierta, la construcción de la terraza y las instalaciones del aire acondicionado, correspondiente a las obras descritas de creación del piso del NUM007.

Concretamente era una orden de legalización de obras en el expediente de denuncia NUM008, de modificación de cubierta sin licencia, en donde se daba un plazo de dos meses para solicitar la oportuna licencia que ampare dichas obras, o en su caso ajustar las mismas a la licencia u orden de ejecución, con la expresa advertencia de que en el caso de incumplimiento, o si fuese denegada la licencia, podría disponerse administrativamente la demolición de lo abusivamente construido.

Se dice también en los hechos probados "D. Victorio hizo caso omiso a este requerimiento y no lo comunicó a la comunidad de propietarios, con el propósito de no perjudicar la venta del piso NUM007 del que se iban a beneficiar económicamente sus padres como vendedores, aun a sabiendas que el futuro comprador vendría obligado a soportar la carga de la legalización de las obras, o en su caso de la demolición".

Así las cosas, el día 06.10.2009, por medio de escritura pública, los copropietarios del piso NUM007 (la entidad Africa Balear Confort y Diseño SL, el matrimonio formado por D. Fabio y Dña. Jacinta y Dña. Martina) lo vendieron a D. Luis Alberto por un precio de 400.000 euros, que lo adquirió para que fuera su vivienda habitual.

Como se ha dejado constancia, D. Luis Alberto no fue avisado por D. Victorio, de la comunicación del servicio de disciplina urbanística del Ayuntamiento de Madrid para la legalización de las obras de piso NUM007.

El Ayuntamiento siguió con el expediente urbanístico, aunque no consta que tal expediente fuera notificado a la comunidad de propietarios o a D. Luis Alberto, quien sí tuvo conocimiento de estos expedientes más tarde, en abril del año 2011.

Tras diversos recursos administrativos y en la jurisdicción contenciosa administrativa contra la orden de demolición, que han sido desestimados, la demolición del exceso construido en el piso NUM007 del nº NUM000 de la CALLE000 ha sido realizada por el Sr. D. Luis Alberto en mayo de 2016 con un coste de 37.026 euros.

Tercero.

Debemos partir por señalar que quien omite en un negocio jurídico un elemento sustancial que es, o puede ser, definitivo, para conseguir el consentimiento de la otra parte y por ende, verificar el correspondiente desplazamiento patrimonial, comete un delito de estafa, caracterizada por una estafa omisiva.

Hemos declarado con reiteración (ad exemplum, STS 229/2007, de 22 de marzo), que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito.

También hemos dicho que las relaciones comerciales y en general, los negocios jurídicos, se rigen por el principio general de confianza, de manera que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Y también hemos proclamado con reiteración que el engaño no tiene solamente una significación positiva, sino igualmente omisiva, de forma que el deber de proporcionar toda la información que sea debida al caso, en orden a la valoración de los riesgos de las operaciones mercantiles, pertenece a quien posee tal información, cualquiera que sea su posición en el contrato, máxime si tales riesgos afectan al cumplimiento principal del vendedor que lo es el poner a disposición del comprador el objeto del negocio jurídico celebrado, sin ocultarle nada.

Ordinariamente, en el delito de estafa, el engaño es antecedente a la celebración del contrato, y el sujeto activo del delito conoce de antemano que no podrá (o no querrá) cumplir con su prestación, y simulando lo contrario, origina un error en la contraparte, que cumple con su prestación, lo que produce el desplazamiento patrimonial que consume el delito. La modalidad fraudulenta atribuida es la de los denominados "negocios jurídicos criminalizados", en los que el señuelo o superchería que utiliza el defraudador es el propio contrato, con apariencia de regularidad, a través del cual y previamente el estafador piensa aprovecharse económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento (STS 684/2004, de 25 de mayo).

Pero bien mirado, el engaño antecedente en el delito de estafa no es propiamente al concierto contractual, sino previo al error que produce el desplazamiento patrimonial. Es por ello que en los contratos de tracto sucesivo, todavía es posible el dolo penal, una vez concertado el contrato que inaugura tal relación obligacional.

Por consiguiente, tanto si la ideación criminal que el dolo representa surge en momento anterior al concierto negocial, como si surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato, es suficiente para integrar el delito.

Como ya ha dicho esta Sala en numerosas ocasiones -"ad exemplum" SSTS de 17 de noviembre de 1997 y 20 de julio de 1998-, la línea divisoria entre el dolo penal y el civil en relación a los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente cuando la conducta del infractor realiza el tipo penal descrito, es punible la acción, lo que con respecto al delito de estafa existe en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar que actúa como engaño precedente, cuando en realidad sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de lo pactado por la parte contraria, y de su propio incumplimiento del que se deriva el enriquecimiento obtenido o intentado, con el consiguiente empobrecimiento del perjudicado.

En muchos casos, la normalidad, inicial, en el cumplimiento de sus obligaciones, genera una expectativa de seriedad en las relaciones comerciales que constituye el engaño determinante de las transmisiones patrimoniales efectuadas a su favor por una de las partes, y finalmente perjudica a la contraria como consecuencia del ardid desplegado (STS 688/2003, de 9 de mayo).

Hemos repetido en nuestra STS 324/2008, de 30 de mayo, que el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar, pero, en realidad, solo 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 para instrumentalizarlas al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de contraprestaciones previamente asumidas con regularidad negocial. Se trata de la defraudación de una expectativa contractual, otras veces denominada negocio jurídico criminalizado. Por consiguiente, cuando ello ocurre, y se incurre en delito, no puede

hablarse de resolución contractual, actos de intimación, requerimientos de pago o de ejecución, etc. porque nos encontramos ante un actuar no solamente ilícito, sino delictivo, en donde no tienen cabida tales resortes contractuales, propios de una relación obligacional, regulada en las leyes civiles.

Como ya tiene declarada la doctrina científica y reconocida la jurisprudencia de la Sala, en relación al delito de estafa, se pueden distinguir dos situaciones:

-La primera es aquella en la que el sujeto pasivo de la estafa, es decir el que sufre el engaño originado por el sujeto activo -estafador- coincide con el perjudicado por ser el engañado quien efectúa el acto de disposición en su propio perjuicio por el engaño sufrido.

-La segunda, es aquella en la que existe una estructura triangular: el estafado, el sujeto engañado y aquél que sufre en su patrimonio la desposesión por obra del engaño, esto es el perjudicado (un tercero).

Típico supuesto de esta estructura triangular del delito de estafa en el que no coincide el sujeto pasivo con el perjudicado, como ocurre en la estafa procesal, en la que el sujeto pasivo en el Juez o Tribunal que cae en el error por el engaño que se le ha inducido en el marco de un proceso iniciado por el sujeto activo, y dicta una resolución en el que el sujeto perjudicado es el particular perjudicado por la resolución judicial dictada por el sujeto engañado -el Juez o Tribunal-.

Cuarto.

De lo que antecede, hemos de deducir lo siguiente: a) que la conducta de quien omite un elemento esencial en la contratación, originando, en consecuencia, un error en el sujeto pasivo, y a consecuencia del mismo, se produce un desplazamiento patrimonial, constituye un delito de estafa; b) que el sujeto activo tiene que ser quien despliega el artificio engañoso; c) que tal construcción omisiva se origina al estar constituido en garante el sujeto activo que omite la información debida, y que produce el error en el sujeto pasivo; d) la estructura triangular que en ocasiones ha dibujado esta Sala Casacional, produce que existe un tercero perjudicado, que es distinto del sujeto engañado.

En el caso enjuiciado, el acusado ni desplegó maniobra alguna defraudatoria frente al sujeto pasivo, ni le correspondía en concepto alguno ser garante de la operación.

Lo primero queda demostrado a través de los hechos probados, pues el ahora recurrente no intervino para nada en la venta, de la que el denunciante resultó comprador, y subsiguientemente, ningún engaño ni activo ni omisivo puso en marcha con respecto al mismo. No figura en los hechos probados ninguna aseveración en este sentido. No consta que ni siquiera se conocieran en ese momento.

Lo segundo porque, aunque se declara que el acusado era el presidente de la comunidad de propietarios, y en tal condición, omitió la información que le llegaba del Ayuntamiento de Madrid relativa a la iniciación del expediente urbanístico en cuestión, es lo cierto que tal información la debía transmitir a dicha Comunidad de Propietarios, pero no al querellante perjudicado, puesto que éste aún no formaba parte de la misma, y en consecuencia, nada le obligaba a prestar una información de las características señaladas. De los hechos probados resulta que, ni siquiera a la Comunidad de Propietarios, le trasladó tal información.

La diferencia entre el dolo civil y el penal radica precisamente en la tipicidad. De forma que solamente cuando los hechos enjuiciados resultan típicos, desde la perspectiva de la correspondiente norma penal, pueden ser sancionados.

En este caso, es necesario que sea el sujeto activo del delito quien intencionadamente deforme la realidad, bien de manera activa, o de forma omisiva, al sujeto pasivo, para originar en este un error de donde resulte el desplazamiento patrimonial. Y ya hemos comprobado que tal mecanismo del engaño no se ha puesto en marcha por el acusado frente al sujeto pasivo, pues no ha intervenido en la venta.

Desde el plano de la posición de garante, fundamento en que descansa la omisión impropia, tampoco podemos deducir que le obligue tal mecanismo a proporcionar una información a quien todavía no es propietario, y por ende, no forma parte de la Comunidad de Propietarios.

Tampoco podemos entender que la estructura triangular del delito de estafa se ha conformado al resultar beneficiados los padres del acusado al vender su proporción en el piso nuevamente creado, por cuanto tal estructura triangular abre la posibilidad a que un tercero, que resulta perjudicado, sea un sujeto diferente al engañado, pero no, como aquí ocurre que ese tercero sea un beneficiado por la operación, cuando es precisamente quien ha concertado como vendedor el contrato, sin ocultar ningún aspecto al comprador. Nada se les puede achacar a los vendedores, pues desconocían el vicio citado.

En consecuencia, al no concurrir el requisito de la tipicidad, el comportamiento desplegado por el acusado, ahora recurrente, aún reprochable en otras esferas de actuación, no puede constituir el delito por el que ha sido condenado el recurrente por la Audiencia "a quo", razón por la cual esta censura casacional ha de ser estimada, y absuelto en la segunda Sentencia que hemos de dictar al efecto.

Quinto.

Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Victorio contra Sentencia núm. 473/2018, de 22 de junio de 2018 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- En consecuencia, CASAR Y ANULAR en la parte que le afecta la Sentencia de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 336/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Andrés Palomo Del Arco
Dª. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Victorio , sin antecedentes penales, contra Sentencia núm. 473/2018, de 22 de junio de 2018 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al estimar el recurso de casación interpuesto. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de hecho y Fundamentos de derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a Victorio del acusado delito de estafa, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ABSOLVER al acusado DON Victorio del delito de estafa por el que venía acusado, con declaración de oficio las costas procesales de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.