

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 320/2014

RECURSO CASACION N°:1511/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 15/04/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: ezp

Carátula: Delito continuado de estafa, agravado por recaer sobre viviendas y por la cantidad. Concurrió engaño bastante. No es aplicable el art. 74,1° Cpenal, para no incurrir en bis in idem.

Nº: 1511/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 08/04/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 320/2014

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Julián Sánchez Melgar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, el día 28 de marzo de 2013.

Han comparecido ante esta sala: José González Fernández, representado por la procuradora de los tribunales Sra. Ruiperez Palomino; y en calidad de acusación particular, Wilson Bay S.L., representado por la procuradora Sra. Beratriz Sordo Gutiérrez. Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona instruyó diligencias previas con el número 2545/2008, y concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Sexta dictó sentencia el día 28 de marzo de 2013, cuyos hechos probados son como sigue:

UNICO. - De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado y así se declara que:

A/

1.- El acusado, José González Fernández, mayor de edad, ejecutoriamente condenado como autor de delito de estafa en sentencias firmes de fechas:

1/ 5/11/01, dictada por la sección 7ª de la A.P. de Barcelona estimando en parte recurso de apelación frente a la dictada por el Juzgado de lo penal de Barcelona num. 13, por hechos cometidos el 27.05.1988, a la pena de prisión de 20 meses que fue declarada extinguida por prescripción por Auto de 11/03/09.

2/ 19/12/ 02, dictada por la sección 2ª de la A.P. de Tarragona confirmando recurso de apelación frente a sentencia dictada por el Juzgado de lo penal de Tarragona num. 4, por hechos cometidos entre

abril y junio de 1996, a la pena de prisión de 1 año y 6 meses, siendo declarada su remisión definitiva por Auto de 5/11/10.

3/ 20/03/03, dictada, de conformidad, por el Juzgado de lo penal num. 3 de Tarragona, por hechos cometidos en enero de 2002, a la pena de prisión de 2 años y 3 meses, pena suspendida condicionalmente por plazo de 2 años (en base al art. 80.4 CP : grave enfermedad y padecimientos incurables) por Auto de 26/01/06.

4/ 7/04/05 dictada, de conformidad, por la sección 2ª de la A.P. de Tarragona, por hechos cometidos a lo largo de 1.990, a la pena de prisión de 1 año y 6 meses.

5/ 10/03/06 dictada por el TS estimando en parte recurso de casación frente a sentencia dictada por la sección 2ª de la A.P. de Barcelona, por hechos cometidos a lo largo de 1995, a la pena de prisión de 6 años y multa de 12 meses, pena suspendida condicionalmente por plazo de 5 años (en base al art. 80.4 CP : grave enfermedad y padecimientos incurables) por Auto de 27/05/08, notificado al penado en fecha 24.07.08.

6/ 10/04/07 dictada, de conformidad, por el Juzgado de lo Penal de Reus num. 1, por hechos cometidos el 19.11.2001, a la pena de prisión de 1 año, pena suspendida por plazo de 4 años (en base al art. 80.4 CP) por Auto de 16/04/08, en situación de libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el 8.07.08 al 31.03.10 y desde el 8.07.11 al 10.10.11, en su calidad de administrador único de la entidad " WILSON BAY, S.L." y de apoderado de la entidad " BELLA DIRECT, S.L.", de la que " de facto" era su verdadero director y gestor; dedicadas ambas al tráfico inmobiliario y con sede social en C/ Riera d,Horta num. 52, bajos de Barcelona, movido por el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, urdió una trama consistente en el ofrecimiento al público de la adjudicación de viviendas de protección oficial (V.P.O.) en construcción, fingiendo tener capacidad para contratar como intermediario - en esa adjudicación- entre los interesados y las entidades públicas titulares de dichas viviendas y, afirmando, en la mayoría de las contrataciones, tener

contactos con una persona del Ayuntamiento. Trama que puso en práctica desde septiembre de 2007 hasta julio del 2008.

2.- Las V.P.O., ubicadas en la ciudad de Barcelona y ofertadas, en concreto, por el acusado eran las siguientes:

a.- Titularidad del Patronat Municipal d'Habitatge: C/ República Argentina nº 104 y C/ Vallcarca nº 99.

b.- Titularidad de INCASÒL: C/ Vía Favència num. 296 a 312.

c.- Titularidad de Fundación Familia y Bienestar Social: C/ Deià num. 31

d.- Titularidad de " Espais Catalunya Inversions Immobiliàries" en virtud de concesión administrativa para la promoción y construcción de VPO en régimen de compra-venta y a precio concertado: C/ Pallars num. 360.

3.- En el desarrollo de dicha trama, el acusado, parapateado en " sus sociedades mercantiles" antes nominadas, se anunciaba en el mercado a través de folletos de propaganda repartidos y/ o pegados en la vía pública o por sistema de " buzoneo" y a través de empleados y conocidos suyos que, creyendo en la capacidad de intermediación que afirmaba tener el acusado, difundieron la noticia entre familiares y amigos.

De esta forma, más de 50 personas, la mayoría jóvenes que deseaban adquirir su primera vivienda, contactaron con el acusado, generalmente en la oficina donde se ubicaba la sede social de las mencionadas empresas, acusado que revestía su afirmada capacidad autorizada para la intermediación con las distintos organismos públicos titulares de las V.P.O. ofertadas, de APARIENCIA DE LEGALIDAD al exigir a la mayoría de los interesados el cumplimiento de los requisitos normalmente exigidos para acceder a una vivienda de protección oficial y al concretar los acuerdos mediante la firma de contratos- tipo, bien de reserva, bien de mediación y gestión en la adjudicación, bien de guarda, cesión y custodia, bien de arras, apariencia de legalidad y realidad que despertó la confianza de los interesados quienes, convencidos de que iba a ser destinada a la reserva y ulterior compra de una V.P.O., entregaron al

acusado- personalmente o indirectamente a través de terceros empleados de aquél- la cantidad de dinero exigida por el acusado a cuenta del precio final de la compra y de los previsibles gastos notariales, ante la existencia, en la mayoría de los casos, de una cláusula que garantizaba la devolución de lo entregado para el supuesto de que fuera imposible la adjudicación de la correspondiente VPO.

4.-En concreto, valiéndose de la trama expuesta, el acusado consiguió que los interesados que a continuación se relacionan les hicieran entregas " a cuenta" de las siguientes cantidades en concepto de reserva para la adquisición y, en su caso, de parte del precio de una vivienda, vivienda que, para la inmensa mayoría de ellos iban a constituir su primera residencia:

(1) Jesús Linuesa Pérez e (2) Irene Pous de Haro: 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 3º, 2ª, en virtud de Contrato cesión de fecha 1.07.08.

(3) Jesús Pizarro González: 24.000 euros para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 4º 2ª, en virtud de Contrato cesion de fecha 12.06.08.

(4) Susana Ramos Gómez: 24.000 euros euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 4º, 2ª, en virtud de contrato cesión de fecha 24.06.08.

(5) Iván Romeu Castellanos: 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Pallars, 360, 4º, 1ª, en virtud de contrato cesión de fecha 1.07.08.

(6) Alberto Boderá Sampere: 12.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 4º, 2ª en virtud de paga y señal.

(7) Javier Boderá Sampere: 12.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 4º, 2ª, en virtud de paga y señal.

(8) Jorge Prellezo Brugue y (9) Beatriz Perelló Gonzalo: 24.000 euros menos cantidad reembolsada, para reserva de vivienda sita en Via Favencia, en virtud de contrato cesión de fecha

(10) Rubén Clergue Muñoz y (11) Susana Insua Blazquez: 24.000 euros para reserva de vivienda sita en C/ Deiá, 31, 3º. 1ª en virtud de contrato cesión de fecha 17.06.08.

(12) Segui Guillarte Oliva y (13) Jordina Plaza Villa: 24.000 euros menos cantidad reembolsada., para reserva de vivienda sita en Via Fabencia, en virtud de contrato cesión de fecha 30.06.08.

(14) Juan Antonio Plaza Vilay (15) Verónica Llovera Tomás: 20.000 euros menos cantidad reembolsada., para reserva de vivienda sita en Via Fabencia 298, en virtud de contrato de cesión de fecha 31.06.08.

(16) David Galán Guerra y (17) Maria del Carmen Mateo Mercader: 15.000 euros menos cantidad reembolsada., para reserva de vivienda sita en Via Fabencia 298, en virtud de contrato de cesión de fecha 30.06.08.

(18) José Ordoñez Serrano y (19) Elisabeth Casas González: 12.000 euros menos cantidad reembolsada., para reserva de vivienda sita en Via Favencia 298, en virtud de contrato cesión de fecha 30.07.08.

(20) Teodoro Mercader Mateo y (21) Lorena Cid Asensio: 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en Via Fabencia 298, en virtud de contrato de cesión de fecha 1.07.08.

(22) José María Moreno Roelas y (23) Laura Terrón Serrano. 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 4º, 3ª, en virtud de contrato de cesión de fecha 13.06.08.

(24) Olga Bolaño Serrano y (25) Pedro Martínez Martínez: 20.200 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina, en virtud de recibis de fechas 5.12.07 y 02.08.

(26) Javier Díaz Landeira: 20.200 euros., para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina, en virtud de recibí de fecha 17.01.08

(27) Oriol Velázquez Pérez y (28) Norma Moreno Cano: 15.000 euros, para reserva de vivienda sita en (VPO sin expedificar), en virtud de recibí de fecha 1.02.08

(29) Ana Isabel Carceller Rus: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, 4º 3ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(30) Natalia Escalona Rumi. 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca, 99, 5º, 3ª en virtud de Nota encargo de fecha 18.03.08.

(31) Encarnación Vinaixa Vinaixay (32) Javier Soler Moreno: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca 99, 5º, 3ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(33) Albert Truncal Estrada: 20.200 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca nº 99, 5º, 2ª, en virtud de recibí de fecha 25.01.08.

(34)Jaime Truncal Estrada: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallarca, 99, 5º, 2ª, en virtud de Nota encargo de fecha 30.03.08.

(35) Ramón López Boguero: 17.000 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argenctina en virtud de Recibí de fecha 30.04.08.

(36) Ramón Avila Rodríguez: 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 3º, 3ª, en virtud de contrato cesión de fecha 13.06.08.

(37) Susana Falcon Nogales: 28.400 euros, para reserva de vivienda sita en (VPO sin determinar), en virtud de recibís de fechas 29.10.07, 14.11.07 y 26.02.08.

(38)Waldo Medina Bordall y (39) Maria Cristina Torremocha López: 23.200 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, en virtud de contrato de cesión.

(40) Javier Torremocha López. 23.200 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, en virtud de contrato de cesión y recibí.

(41) Alberto Ramos Peña y (42) Nuria Moliné Salvador: 21.200 euros,, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, en virtud de recibí de fecha 20.02.08

(43) Alberto Ernesto Salcedo Díaz y (44) Neus Gómez Segarra: 16.400 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, en virtud de recibí de fecha 21.02.08.

(45) Raquel Campo Moliner: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ DIRECCION003 NUM013, NUM015, NUM006, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(46) Ana María Garcés Pastor:20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca 99, 6º, 2ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(47) Alvaro Calvo Andres: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca, 99, 4º, 1º, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(48) Jorge David Sanhelli García: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina 104, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(49) Alejandra Sanhelli García: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca, 99, 3º, 3ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(50) Carlos López Riaño: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca, 99, en virtud de Nota encargo de fecha 19.03.08.

(51) Daniel

Boddy Sangros: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca 99, 4º, 2ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(52) Rubén Cuevas Rodríguez: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca, 99, 3º, 2ª, en virtud de Nota encargo de fecha 3.03.08.

(53) Daniel Morales Gómez: 24.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Deiá 31, 2º, 4ª, en virtud de contrato de cesión de fecha 24.06.08.

(54) Javier Sánchez Miró: 20.200 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina, en virtud de Nota encargo de fecha 26.03.08

(55) Luis Sanz López y (56) Ana Díaz Rodríguez: 15.000 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA , República Argentina 104, 2º, 2ª, en virtud de Nota encargo de fecha 12.03.08

(57) Antonio Javier Díaz Rodríguez y (58) María del Tiscar Muñoz Alcalá: 15.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallcarca 99, en virtud de de Nota encargo de fecha 12.03.08

(59) Miguel Angel Villanueva Carrillo (que puso el dinero de sus hijos:) Miguel Villanueva del Peral y Nieves Villanueva del Peral: 37.200 euros, para reserva de 2 viviendas sitas en Calle Vallcarca 99, en virtud de Nota encargo de fecha 2.03.08

(60) David Mari Contreras y (61) Gloria Giménez Gil: 20.200 euros, para reserva de vivienda sita en AVENIDA República Argentina- Calle Vallarca 99, en virtud de recibis de fechas 23.01.08 y 29.02.08.

(62) Laura Vázquez Presa: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallarca 99, en virtud de Nota Encargo de fecha 3.03.08

(63) Luis Navas Piñeiro: 20.000 euros, para reserva de vivienda sita en C/ Vallarca 99, en virtud de Nota Encargo de fecha 3.03.08.

De estas cantidades se recuperaron 44.000 euros que fueron repartidas entre los perjudicados 8 y 9 y 12 a 19.

No son perjudicados por los hechos: Patricio y Nuria; Gracia y Patricia y Anibal, puesto que el acusado les reintegró todas las cantidades por ellos entregadas en concepto de reserva de VPO.

B/ De la apreciación crítica de la prueba practicada no resulta acreditado que el acusado Raúl Christian Defoix Salinas, mayor de edad y sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional por esta causa, a pesar de su cargo meramente formal de administrador único de la entidad " BELLA DIRECT, S.L." en el periodo comprendido entre el 27.09.07 y el 26.02.08, participara de algún modo en la trama expuesta ideada por el acusado ni percibiera beneficio alguno en el desarrollo de la misma, siendo un mero empleado de dicha entidad que ejercía labores de comercial.>>

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

<<ABSOLVEMOS a Raúl Christian Defoix Salinas del delito continuado de estafa agravada por el que venía siendo acusado por sólo una de las acusaciones particulares, con declaración de las costas de oficio.

CONDENADOS a José González Fernández como autor penalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada previamente definido, concurriendo la agravante de multi-reincidencia, a la pena de Prisión de 7 años y 1 día con accesoria de inhabilitación especial para el

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de Multa de 22 meses a 2 euros la cuota diaria y a que, en concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, indemnice a los perjudicados en las cantidades que se indican:

(1) Jesús Linuesa Pérez e (2) Irene Pous de Haro: 24.000 euros

(3) Jesús Pizarro González: 24.000 euros

(4) Susana Ramos Gómez: 24.000 euros

(5) Iván Romeu Castellanos: 24.000 euros

(6) Alberto Boderá Sampere: 12.000 euros

(7) Javier Boderá Sampere: 12.000 euros

(8) Jorge Prellezo Brugué y (9) Beatriz Perelló Gonzalo: 24.000 euros menos cantidad reembolsada.

(10) Rubén Clergue Muñoz y (11) Susana Insua Blázquez: 24.000 euros

(12) Seguí Guillarte Oliva y (13) Jordina Plaza Villa: 24.000 euros menos cantidad reembolsada.

(14) Antonio Javier Díaz Rodríguez Antonio Plaza Vilay (15) Verónica Llovera Tomás: 20.000 euros menos cantidad reembolsada.

(16) David Galán Guerra y (17) María del Carmen Mateo Mercader: 15.000 euros menos cantidad reembolsada.

(18) José Ordoñez Serrano y (19) Elisabeth Casas González: 12.000 euros menos cantidad reembolsada.

(20) Teodoro Mercader Mateo y (21) Lorena Cid Asensio: 24.000 euros

(22) José María Moreno Roelas y (23) Laura Terrón Serrano. 24.000 euros

(24) Olga Bolaño Serrano y (25) Pedro Martínez Martínez: 20.200 euros

(26) Javier Díaz Landeira: 20.200 euros

(27) Oriol Velázquez Pérez y (28) Norma Moreno Cano: 15.000 euros

(29) Ana Isabel Carceller Rus: 20.000 euros

(30) Natalia Escalona Rumi. 20.000 euros

(31) Encarnación Vinaixa Vinaixay (32) Javier Soler Moreno: 20.000 euros

(33) Albert Truncal Estrada: 20.200 euros

(34)Jaime Truncal Estrada: 20.000 euros

(35) Ramón López Boguero: 17.000 euros

(36) Ramón Avila Rodríguez: 24.000 euros

(37) Susana Falcon Nogales: 28.400 euros

(38)Waldo Medina Bordall y(39) Maria Cristina Torremocha López: 23.200 euros

(40) Javier Torremocha López. 23.200 euros

(41) Alberto Ramos Peña y(42) Nuria Moliné Salvador: 21.200 euros

(43) Alberto Ernesto Salcedo Díazy (44) Neus Gómez Segarra: 16.400 euros

(45) Raquel Campo Moliner: 20.000 euros

(46) Ana María Garcés Pastor:20.000 euros

(47) Alvaro Calvo Andres: 20.000 euros

(48)Jorge David Sanhelli García: 20.000 euros

(49) Alejandra Sanhelli García: 20.000 euros

(50) Carlos López Riaño: 20.000 euros

(51) Daniel Boddy Sangros: 20.000 euros

(52) Rubén Cuevas Rodríguez: 20.000 euros

(53) Daniel Morales Gómez: 24.000 euros

(54) Javier Sánchez Miró: 20.200 euros

(55) Luis Sanz López y(56)Ana Díaz Rodríguez: 15.000 euros

(57) Antonio Javier Díaz Rodríguez y (58)María del Tiscar Muñoz Alcalá: 15.000 euros

(59) Miguel Angel Villanueva Carrillo (que puso el dinero de sus hijos:) Miguel Villanueva del Peral y Nieves Villanueva del Peral y Nieves Villanueva del Peral: 37.200 euros

(60) David Mari Contreras y(61) Gloria Giménez Gil: 20.200 euros

(62) Laura Vázquez Presa: 20.000 euros

(63) Luis Navas Piñeiro: 20.000 euros

De dichas cantidades deben de detraerse los 44.000 euros reembolsados y repartidos entre los siguientes perjudicados: (8) Jorge Prellezo Brugue y (9) Beatriz Perelló Gonzalo,(12)Segui Guillarte Oliva y (13) Jordina Plaza Villa,(14) Antonio Javier Díaz RodríguezAntonio Plaza Vilay (15) Verónica Llovera Tomás,(16) David Galán Guerra y (17) Maria del Carmen Mateo Mercader,(18)José Ordoñez Serrano y (19) Elisabeth Casas González;determinándose en ejecución de sentencia las cantidades percibidas por cada uno de ellos y que deben de ser descontadas de la cantidad que inicialmente entregaron al acusado y,a su resultado, añadir el interés, desde la presente Sentencia, previsto en el art. 576 LECivil .

De las anteriores cantidades resultan responsables civiles subsidiarias- y solidarias entre sí- las sociedades limitadas: "WILSON-BAY, S.L." y " BELLA DIRECT, S.L."

Imponemos la mitad de las Costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares, al acusado condenado.

Cómptese en el cumplimiento de la pena de prisión impuesta el tiempo que este acusado estuvo privado de libertad por la presente causa (desde el 8.07.08 al 31.03.10 y desde el 8.07.11 al 10.10.11)

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por las representaciones procesales de José González Fernández y Wilsoon Bay S.L., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de José González Fernández basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero Al amparo del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 250.1. 1º del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 250.1.6º del Código Penal (redacción anterior a la LO 5/2010)

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 21.5 y 6º del Código Penal.

Quinto.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 249 y 250, en relación con los artículos 66 y 74, todos del Código Penal.

5.- La representación de la entidad Wilson Bay S.L, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 31, 31 bis y 120.4 del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española.

6.- Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la estimación del recurso, apoyando parcialmente el motivo tercero del recurso formalizado por José González Fernández, impugnando el resto de los motivos, así como los formulados por la entidad Wilson Bay S.L. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno corresponda.

7.- Hecho el señalamiento prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 8 de abril de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de José González Fernández

Primero. Invocando el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado infracción de ley, por aplicación indebida del art. 248 Cpenal. El argumento es que no se ha acreditado que el acusado hubiera utilizado engaño para inducir a error a quienes contrataron con el; y que la mayoría de los afectados se dieron cuenta de estar dando cantidades a un mero “conseguidor”, por lo que el empleo de la mínima diligencia tendría que haberles llevado a sospechar. Además, se dice, la ilicitud de la gestión que como mediador ofrecía el ahora recurrente, debió generar en ellos una actitud más cautelosa.

El motivo es de infracción de ley, y, por tanto, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en un precepto penal. Así, se impone partir de estos en la forma en que aparecen redactados.

Operando con este criterio, lo que resulta de los hechos es que José González, presentándose como responsable de dos sociedades, se ofreció en un alto número de casos, como intermediario, a personas interesadas en adquirir una vivienda de protección oficial. Y lo hizo públicamente, por medio de folletos y sirviéndose de personas fiadas en la seriedad de su oferta. Además, esta se refería a promociones con aquella calificación realmente existentes.

Así, lo cierto es que logró captar a más de cincuenta interesados, en los que, sin duda, la calidad de la apariencia, hizo nacer la confianza en la seriedad de la gestión ofrecida.

Cabe que, como opone el recurrente, un porcentaje de los que contrataron con José González hubiera sido consciente de que lo ofrecido tenía algún rasgo de atipicidad, alguna proximidad con el tráfico de influencias. Pero lo cierto es que no se trataba de incurrir en un modo de operar clandestino, sino de un proceder regular; pues el proceso de adjudicación tendría que seguir los cauces reglamentarios, de modo que en ningún caso puede hablarse de connivencia en una actividad ilícita en sentido fuerte, susceptible de ser usada como razón para descalificar la implicación contractual de aquellos, legitimando, en consecuencia, el proceder del ahora recurrente. Que es el propósito que subyace al motivo.

De otra parte, se da la circunstancia de que los captados por José González superan el medio centenar, formando así un grupo lo bastante numeroso como para constituir toda una muestra de un sector de población, de una cierta variedad, a los que el ofrecimiento de aquel les pareció tan aceptable y convincente como para asumir el riesgo que pudiera conllevar el entregarles un dinero a cuenta. Lo que sugiere con total claridad, que la propuesta tenía visos de regularidad y decencia bastantes, como para aceptarla.

Es un tópico doctrinal y jurisprudencial bien conocido que no cualquier engaño, aun asociado a los restantes elementos típicos, goza de aptitud para integrar el delito de estafa. La ley requiere que el engaño sea “bastante”, y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen. Así, pues, impone un juicio de eficacia, obviamente, no *ex post*, sino *ex ante*; y en abstracto, aunque con base empírica, acerca de la aptitud potencial de la acción enjuiciada, como instrumento de fraude frente al afectado, a tenor de lo que resulta de la reconstrucción probatoria.

Con esto quiere decirse que lo exigido es un engaño *de* cierta *calidad*, escenificado de forma adecuada para no despertar sospechas en el destinatario. Que es lo que justifica el esfuerzo estatal de protección del bien jurídico en riesgo; que no tendría tanta razón de ser en favor del afectado por una acción fraudulenta tan obvia que, habiendo podido él mismo prevenirse con facilidad con medios ordinarios a su disposición, no lo hubiera hecho.

En el caso a examen, las acciones enjuiciadas se inscribieron en un marco de relaciones comerciales desarrolladas dentro de la normalidad. Y si hubiera alguna duda, esta quedaría despejada por el dato ya aludido de que así lo creyó un alto número de personas, de las que puede presumirse una razonable experiencia en la vida de relación. E incluso un mínimo de cuidado a la hora de poner en riesgo el dinero, seguramente, fruto de su trabajo.

Cierto, también se ha dicho, que puede haber supuestos, como los hay en la jurisprudencia, en los que, al engaño, por burdo, podría incluso negársele la condición de tal. Pero no es el caso; en el que, a lo sumo, pudo darse un coeficiente de buena fe, inducido por la, sin duda, eficaz puesta en escena de José González.

El delito de estafa, según se sabe, reclama la existencia de un artificio, creado por quien tiene interés en 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 —en perjuicio propio o de un tercero— de algún bien a favor del primero o de otra persona, que, así, se Alberto Ramos Peñace ilícitamente.

Por tanto, para que comparezca la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, que sea el medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos y, de ese modo, lo hace

en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse. Un elemento central del delito de estafa, que, como resulta de los hechos y de lo que acaba de exponerse, se dio sin duda en este caso. Y, así, el motivo debe rechazarse.

Segundo. También con apoyo en el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado, como indebida, la aplicación del art. 250.º,1º Cpenal. El argumento es que, al tener los contratos una causa ilícita conocida, no puede decirse que haya existido una conducta defraudatoria que afectase a la adquisición de la vivienda. Porque los perjudicados no pueden decir que vieron frustradas sus expectativas, cuando se implicaron en un proceso ilegal. Por ello, es la conclusión, si hubo estafa, la responsabilidad quedaría circunscrita al importe de las cantidades entregadas, pero sin aquella cualificación agravatoria.

La objeción está ya respondida en el examen del motivo anterior; porque quienes contrataron con José González no pensaban acceder a la vivienda de su interés por un procedimiento ilegal, sino, cierto que por su intermediación, por los cauces y cumpliendo los requisitos legalmente establecidos; pues no puede prescindirse del hecho de que el contrato debería formalizarse, no con aquel, sino con las entidades titulares de las viviendas.

Por lo demás, la naturaleza de estas —cuya condición legal fue reflexivamente utilizada por el ahora recurrente como señuelo— acredita que, en cada caso, estaban destinadas a ser la habitual del adquirente o adquirentes, al fin perjudicados.

En consecuencia, el motivo tiene asimismo que desestimarse.

Tercero. Por el mismo cauce que los anteriores, se alega ahora, también como indebida, la aplicación del art. 250.1,6º Cpenal. Y esto porque ninguna de las cantidades abonadas supera los 50.000 euros que son condición para la entrada en juego de este supuesto de agravación.

Es cierta esa afirmación de soporte; y, por eso, el fiscal ha brindado apoyo parcial al motivo. Pero en el sentido de entender que ese precepto es aplicable, a tenor del monto total de lo defraudado. Pero con la particularidad de que su aplicación impide la simultánea del art. 74,1º Cpenal, porque, de lo contrario, se daría la doble utilización de ese dato económico con efectos incriminatorios. Que es lo que trata de impedir el acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda, de 30 de octubre de 2007, que cita.

Y solo en ese sentido, debe estimarse el motivo.

Cuarto. Lo aducido, también como infracción de ley, es la inaplicación indebida de los arts. 21,5ª y 21,6ª Cpenal. Porque el recurrente habría reparado el daño en alguna medida. Y porque el desarrollo de la causa tuvo una duración de casi cinco años.

Pero ninguna de las dos pretensiones es aceptable. La primera, porque la cantidad aportada es irrelevante en relación con el volumen de lo defraudado. Y la segunda, porque si, realmente, la duración del trámite no puede considerarse ideal, lo cierto es que no se detectan paralizaciones y que su gestión procesal ha entrañado cierta dificultad, por el gran número de perjudicados.

Por todo, el motivo no puede acogerse.

Quinto. El reproche es también de infracción de ley, por la aplicación indebida, se dice, de los arts. 249 y 250 en relación con los arts. 66 y 74 Cpenal.

Pero el asunto ya ha sido tratado y debe estarse a lo resuelto, en el sentido de entender correcta la aplicación de los subtipos agravados de vivienda y cuantía, y no aplicable el art. 74,1º Cpenal.

Recurso de Wilson Bar SL

Primero. Invocando el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado la infracción de los arts. 31, 31 bis y 120,4 Cpenal. El argumento es que Wilson Bay SL no figura inscrita en el Registro Mercantil, por lo que, al carecer de personalidad jurídica, no podría ser condenada como responsable civil subsidiaria.

Pero tiene razón el fiscal cuando objeta que consta en la causa la escritura pública de compraventa, de 8 de septiembre de 2003, por la que José González adquirió la totalidad de las participaciones. De lo que, dado el imperativo del art. 34 de la Ley de sociedades de capital, texto refundido de 2 de julio de 2010 (que condiciona la transmisión de las participaciones sociales y de las acciones a la previa inscripción de la entidad), hay que inferir que la misma debió hallarse inscrita para que pudiera ser objeto de compra. Además, según argumenta asimismo aquel, con buen fundamento legal, a tenor de lo dispuesto en el art. 39,1º de la ley, incluso en el caso de que no hubiera llegado a inscribirse, serían de aplicación las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, si es que la entidad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. Lo que supone que su patrimonio tendría que haber quedado afectado, en todo caso, al resultado de las operaciones realizadas por el administrador o administradores en la fase anterior a la inscripción.

Por último, y en cualquier supuesto, de los hechos resulta que se trataba de una sociedad limitada, y es a lo que hay que estar.

En consecuencia, el motivo tiene que rechazarse.

Segundo. El reproche es de falta de motivación de la sentencia, porque en ella se habla de dos sociedades y solo una con personalidad jurídica; además, se dice, la sala de instancia tendría que haber individualizado las operaciones en las que intervino cada sociedad.

La primera objeción ya está respondida. Y en cuanto a la segunda, hay que considerar que, la condición de personas jurídicas de esas entidades, no puede ocultar la evidencia de que ambas fueron simples instrumentos en manos de José Gonzalez, al que, si se sirvió de ellas para delinquir como lo hizo, no puede ahora brindársele el uso de las mismas para eludir las responsabilidades resultantes.

Debe, por tanto, estarse a lo resuelto en la sentencia de instancia.

III. FALLO

Se estima parcialmente el tercer motivo del recurso interpuesto por la representación de José González Fernández contra la sentencia dictada el día 28 de marzo por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimando el resto de los motivos. Declaramos de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Wilson Bar SL, contra la ya mencionada sentencia. Condenamos al recurrente al pago de las costas.

Notifíquese esta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos oportunos, con devolución de la causa.

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

Cándido Conde-Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Perfecto Andrés Ibáñez

1511/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 08/04/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 320/2014

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Julián Sánchez Melgar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES

Hechos probados

Los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, no es de aplicación el precepto del art. 74,1º Cpenal y la condena debe producirse solo a tenor de lo dispuesto en los arts. 248 y 250.1,1º y 6º y 2 Cpenal en relación con el art. 74 Cpenal; por lo que deberá imponerse a José González Fernández la pena de seis años y un día de prisión y multa de dieciocho meses, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo; manteniéndose en todo lo demás la sentencia de instancia.

III. FALLO

Se impone a José González Fernández la pena de seis años y un día de prisión y multa de dieciocho meses, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Se mantiene en todo lo demás la sentencia de instancia.

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

Cándido Conde-Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.