

## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 27 Ene. 2011, rec. 1098/2010

Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio.  
Nº de Sentencia: 13/2011  
Nº de Recurso: 1098/2010  
Jurisdicción: PENAL  
Tipo de recurso de la resolución: CASACION

ESTAFA. Especial gravedad por el valor de lo defraudado. Apropiación, por el intermediario inmobiliario, de las cantidades pagadas a cuenta por las víctimas, pactadas en el contrato de reserva y promesa de compra o venta, del piso pactado. Unidad natural de la acción. Inexistencia de continuidad delictiva. El Contrato de Reserva constituye la materialización del único engaño bastante y suficiente para la consecución del traspaso patrimonial, desplegando sus efectos en el tiempo en cuanto a los pagos a realizar. El número de disposiciones es irrelevante, lo relevante es si las mismas se deben a una pluralidad de engaños con sus consiguientes errores o por el contrario traen causa de un único error y de un único engaño. DILACIONES INDEBIDAS. No concurre la atenuante.

Normativa aplicada

### TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil once

### SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Modesto** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, que le condenó por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Albadalejo Martínez y los recurridos Acusación Particular Rubén y Lourdes , representados por el Procurador Sr. Pérez Medina.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid incoó diligencias previas con el nº 2427 de 2.006 contra Modesto , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, que con fecha 25 de marzo de 2.010, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *A principios del año 2005 el acusado Modesto , mayor de edad y sin antecedentes penales, era administrador único de la entidad GESTIONA HOUSE CONSULTORES INMOBILIARIOS S.L. En esas mismas fechas Promociones Mármoles S.L. tenía previsto efectuar una promoción de viviendas en una parcela sita en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 de la ciudad de Málaga y para su venta acordó verbalmente con el acusado, al igual que con otras muchas personas, el pago de una comisión por la intermediación en la que se limitaba a la presentación del posible comprador y que no le permitía suscribir contratos de reserva, ni de compraventa, así como tampoco percibir suma alguna de esos posibles compradores. Aproximadamente en el mes de marzo de 2005 el matrimonio formado por Rubén , y Lourdes , contactaron con Modesto por ser conocido del padre de Lourdes , con quien había trabajado durante cierto tiempo y habiendo manifestado aquéllos interés en comprar un inmueble en Málaga, el acusado les enseñó los planos de la promoción que iba a construirse en la c/ DIRECCION000*

nº NUM000 que le habían sido facilitados por la promotora al igual que a otras muchas personas y cuando Rubén y Lourdes decidieron comprar uno de los pisos, el acusado les pidió una suma en concepto de señal por un piso determinado en concreto el piso NUM001 , entregando aquéllos al acusado un cheque con fecha 19 de abril de 2005, contra su cuenta corriente en Caja Madrid NUM002 por un importe de 6.000 € expedido al portador, recibiendo del acusado un contrato de reserva fechado el 28 de marzo de 2005, además de un recibo por tal concepto. Posteriormente, el día 13 de junio de 2005 entregaron al acusado un nuevo cheque por valor de 16.297 € contra la misma cuenta corriente y expedido a nombre de Gestiona House que supuestamente se correspondía con la suma que los adquirentes debían entregar a la firma del contrato de compraventa. Finalmente el día 11 de octubre de 2005 Rubén entregó un último cheque contra la misma cuenta corriente por valor de 3.716 € y expedido a favor de Gestiona House entregando el acusado un recibo en el que manifestaba que tal cantidad era deducible de la compra del piso NUM001 de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 . El acusado hizo suyas todas las cantidades recibidas sin que Promociones Mármoles S.L. conociera en ningún momento la intención de Rubén y Lourdes de adquirir un inmueble de su promoción. El día 4 de mayo de 2006 Modesto abonó a los Sres. Rubén Lourdes 2.000 €.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Modesto como autor responsable de un delito continuado de estafa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de dos años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a D. Rubén y Dª Lourdes en la suma de 24.013 €, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de Gestiona House Consultores Inmobiliarios S.L. Para el cumplimiento de la pena impuesta abonen al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la L.E.Cr .

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado Modesto , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Modesto , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la L.E.Cr ., al haberse infringido preceptos penales sustantivos y normas del mismo carácter que deben ser observados en la aplicación de la Ley Penal, y más concretamente por aplicación indebida del art. 74 del C. Penal vigente; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J ., por violación del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas previsto en el art. 24.2 de la C.E ., y ello en relación con la infracción de ley recogida en el art. 849.1 de la L.E.Cr ., por inaplicación del art. 21.6 del C. Penal en relación con el aludido derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, impugnándolos subsidiariamente, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida impugnándolo también, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de enero de 2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Audiencia de Madrid (Sección Tercera) condenó al acusado, Modesto " como autor responsable de un delito continuado de estafa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de dos años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a D. Rubén y Dª

Lourdes en la suma de 24.013 €, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de Gestiona House Consultores Inmobiliarios S.L." .

Los hechos de que traen causa estos pronunciamientos condenatorios los declara probados la sentencia mentada en los siguientes términos:

*"A principios del año 2005 el acusado Modesto , mayor de edad y sin antecedentes penales, era administrador único de la entidad GESTIONA HOUSE CONSULTORES INMOBILIARIOS S.L. En esas mismas fechas Promociones Mármoles S.L. tenía previsto efectuar una promoción de viviendas en una parcela sita en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 de la ciudad de Málaga y para su venta acordó verbalmente con el acusado, al igual que con otras muchas personas, el pago de una comisión por la intermediación en la que se limitaba a la presentación del posible comprador y que no le permitía suscribir contratos de reserva, ni de compraventa, así como tampoco percibir suma alguna de esos posibles compradores. Aproximadamente en el mes de marzo de 2005 el matrimonio formado por Rubén , y Lourdes , contactaron con Modesto por ser conocido del padre de Lourdes , con quien había trabajado durante cierto tiempo y habiendo manifestado aquéllos interés en comprar un inmueble en Málaga, el acusado les enseñó los planos de la promoción que iba a construirse en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 que le habían sido facilitados por la promotora al igual que a otras muchas personas y cuando Rubén y Lourdes decidieron comprar uno de los pisos, el acusado les pidió una suma en concepto de señal por un piso determinado en concreto el piso NUM001 , entregando aquéllos al acusado un cheque con fecha 19 de abril de 2005, contra su cuenta corriente en Caja Madrid NUM002 por un importe de 6.000€ expedido al portador, recibiendo del acusado un contrato de reserva fechado el 28 de marzo de 2005, además de un recibo por tal concepto. Posteriormente, el día 13 de junio de 2005 entregaron al acusado un nuevo cheque por valor de 16.297€ contra la misma cuenta corriente y expedido a nombre de Gestiona House que supuestamente se correspondía con la suma que los adquirentes debían entregar a la firma del contrato de compraventa. Finalmente el día 11 de octubre de 2005 Rubén entregó un último cheque contra la misma cuenta corriente por valor de 3.716€ y expedido a favor de Gestiona House entregando el acusado un recibo en el que manifestaba que tal cantidad era deducible de la compra del piso NUM001 de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 . El acusado hizo suyas todas las cantidades recibidas sin que Promociones Mármoles S.L. conociera en ningún momento la intención de Rubén y Lourdes de adquirir un inmueble de su promoción. El día 4 de mayo de 2006 Modesto abonó a los Sres. Rubén Lourdes 2.000€".*

**SEGUNDO.** - El condenado en la instancia recurre en casación formulando un primer motivo por incurrir la sentencia en error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr . al aplicar indebidamente la continuidad delictiva que tipifica el art. 74 C.P .

El recurrente reconoce y asume expresamente al inicio de su recurso la existencia de un delito de estafa cometido por el acusado, aceptando las consecuencias punitivas que dicha comisión conlleva, si bien entiende que no se dan los elementos y requisitos legales y jurisprudenciales para calificar la estafa como un delito continuado.

Alega el recurrente que la continuidad delictiva en el delito de estafa no depende ni está aparejada a que haya varias disposiciones patrimoniales en el tiempo como erróneamente se afirma en la sentencia impugnada, pues el número de disposiciones patrimoniales, estos es, si las varias disposiciones patrimoniales obedecen a una pluralidad de engaños con sus consiguientes errores o por el contrario dichas disposiciones patrimoniales traen causa de un único error y de un único engaño, con independencia de que una vez sufrido un solo engaño y dando lugar a un único error ello conlleve distintas disposiciones patrimoniales en el tiempo.

Añade que el delito continuado de estafa no va unido a que haya varias disposiciones patrimoniales como erróneamente afirma la sentencia impugnada, pues el número es irrelevante, lo relevante es si las mismas se deben a una pluralidad de engaños con sus consiguientes errores o por el contrario dichas disposiciones patrimoniales traen causa de un único error y de un único engaño, con independencia de que una vez sufrido un solo engaño y dando lugar a un único error ello conlleve distintas disposiciones patrimoniales en el tiempo. Reitera el motivo que en el presente caso **no** se puede considerar el delito continuado de estafa pues no existe una pluralidad de hechos delictivos, es decir **no** existe una pluralidad o diversidad de engaños bastantes y suficientes

para la consecución de los fines propuestos y con suficiente entidad para actuar como estímulo eficaz del traspaso patrimonial con independencia de que el traspaso patrimonial se lleve a cabo en distintas fechas, pues lo importante no es el número de disposiciones patrimoniales, sino el origen o la causa a la que obedecen, y en el presente supuesto obedecen a un único engaño; teniendo además en consideración que el engaño es un Contrato de Reserva y Promesa de Compraventa por el que se vende una vivienda, y en dicho tipo de contratos el pago del precio de la vivienda es aplazado, es decir, en distintas fases y momentos, por lo que las distintas disposiciones patrimoniales distanciadas en el tiempo entran en la normalidad y en la lógica de este tipo de contratos de compraventa de vivienda conforme nos enseña la lógica, la experiencia, la costumbre y el propio tráfico jurídico civil y mercantil por el que se rigen este tipo de contratos de venta de inmuebles.

El recurrente tiene razón, pues, ciertamente, y a tenor de los Hechos declarados Probados, el acusado, que sólo tenía facultades de intermediación respecto a la promoción inmobiliaria de "Promociones Mármoles, S.L.", sin facultades ni capacidad legal para suscribir contratos de reserva, de compraventa, percibir dinero de los compradores, y al que únicamente le correspondía una actividad de intermediación consistente en captar posibles compradores y ponerles en contacto con la propietaria de la promoción a cambio de una comisión; el acusado, decimos, se ganó la confianza del matrimonio formado Rubén y Lourdes y les mostró un Contrato de Reserva y Promesa de Compraventa de fecha 28 de marzo de 2005 (folios 20 a 22 de autos), mediante el cual aquél, en nombre de Gestionahouse Consultores Inmobiliarios, S.L., y el matrimonio formado por Rubén y Lourdes se comprometían a vender el primero y comprar los segundos un inmueble de la referida promoción por un precio determinado y con unas entregas de dinero aplazadas por los distintos conceptos recogidos en dicho contrato. En dicho contrato se especificaban 1) Superficie y precio del inmueble, 111.485,5€ más el 7% de IVA (folio 20 de autos). 2) Forma de pago. A la firma del citado contrato la cantidad de 6.000 €. En el momento del contrato de compraventa el 20% del valor del inmueble menos la cantidad pagada como reserva. Durante la obra y en pagos cuatrimestrales en tres cuotas hasta sumar el 10% del precio de venta. A la entrega del piso se deberá abonar el restante 70% con la firma de la escritura pública (folio 21 de autos que es el folio 2 del Contrato), contrato y estipulaciones sobre la forma de pago que los compradores aceptaron y asumieron y en virtud de compromiso adquirido hicieron las entregas dinerarias tal cual figuraban en las cláusulas contractuales.

En consecuencia consideramos que el Contrato de Reserva y Promesa de Compraventa constituye la materialización del engaño, del único engaño bastante y suficiente para la consecución de los fines propuestos y con suficiente entidad para actuar como estímulo eficaz del traspaso patrimonial en el matrimonio, de forma que el contrato engañoso despliega sus efectos en el tiempo en cuanto a los pagos a realizar, según las formas de pago que se recogen en el mismo, siendo además lo normal, habitual y lógico en este tipo de Contratos el establecer distintos momentos para la entrega del dinero que satisface el precio del inmueble que se está comprando.

Como señala el recurrente lo que no se puede afirmar es que los sucesivos pagos aplazados que fija el Contrato son actos que obedecen a una pluralidad de hechos o engaños posteriores a dicho Contrato de Reserva y Promesa de Compraventa, lo que ocurre es que las partes van dando cumplimiento a dicho Contrato en la forma en que se fija en sus cláusulas y que el Contrato en virtud de esas cláusulas despliega sus efectos según lo acordado, pero el engaño por parte del sujeto activo y el error por parte de los sujetos pasivos (matrimonio) y el daño en cuanto a las consecuencias, aunque se alarguen o extiendan en el tiempo, ya está hecho y producido desde el momento en que dicho Contrato de Reserva y Promesa de Compraventa se empieza a cumplir.

Estamos, por consiguiente, ante un supuesto que se integra en la teoría de la unidad natural de la acción y, por lo tanto ante un solo delito no continuado, razón por la cual el motivo debe ser estimado, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala de casación en la que se corrija la errónea calificación jurídica de los hechos como delito continuado de estafa, aplicando el delito sin continuidad delictiva y modificando la pena que se fijará en un año y siete meses de prisión a tenor de la gravedad de los hechos por la elevada cuantía del perjuicio económico causado, pero que no sobrepasa la mitad inferior de la pena legal.

SEGUNDO.-Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . invoca violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas establecido en el

art. 24.2 C.E ., lo que a su vez, supone infracción de ley por inaplicación indebida de la atenuante analógica de dilaciones indebidas al amparo del art. 21.6 Código Penal .

El motivo hace una pormenorizada relación de las vicisitudes de la tramitación del procedimiento, de la que no aparecen interrupciones mínimamente significativas desde la admisión de la querrela en 13.04.06 hasta el 30.03.07 en que el Fiscal interesa se notifique al imputado el Auto de Transformación en Procedimiento Abreviado. A partir de ahí consta la renuncia de la entonces defensora del acusado en 04.10.07 por no serle posible contactar con el mismo, lo que tampoco se consiguió por el Juzgado para citar reiteradamente a aquél.

Es esta la única paralización de relevancia en la tramitación y en la que se apoya el recurrente para fundamentar su reclamación. Pero como bien razona el Fiscal al oponerse al motivo, esta única interrupción ocurrió cuando se le fue a notificar el Auto de fecha 9 de marzo de 2007 en que se incoaba procedimiento abreviado y se le iba a recibir declaración como imputado y no fue hallado hasta el 19 de enero de 2009 en que se averiguó que se encontraba preso en un centro penitenciario, argumenta que él no tuvo intención de eludir la acción de la justicia y que el órgano judicial pudo realizar esa gestión con anterioridad lo que hubiera evitado la entidad del retraso, de manera que el mismo no le es imputable y por ello debe aplicarse la atenuante invocada.

No puede apoyarse tal postura pues el examen de la causa evidencia, como acertadamente razona el Tribunal a quo, que el condenado no respondía a las llamadas y Faxes que le remitía su Letrada hasta el punto de que presentó escrito renunciando a su defensa por no poder llevarla a cabo adecuadamente. Del mismo modo tampoco contestó a las constantes llamadas que desde el Juzgado se le realizaron a los diferentes números telefónicos que el recurrente facilitó al citado órgano judicial. Por último, olvida que posteriormente a esta paralización, hubo de nuevo que decretarse su búsqueda y presentación el 23 de noviembre de 2009 al no ser encontrado para proceder a las oportunas notificaciones. De ello se concluye que el retraso es plenamente imputable al hoy recurrente al no responder a las reiteradas llamadas telefónicas tanto de su letrada como el órgano judicial, conducta que su situación de preso no le impedía realizar, de manera que ahora no es factible que se vea beneficiado por una atenuación de la pena en base al retraso sufrido, ya que el resto del procedimiento se tramitó con una celeridad superior a la media.

El motivo debe ser desestimado.

### III. FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley, con estimación de su primer motivo y desestimación del segundo, interpuesto por la representación del acusado **Modesto** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, de fecha 25 de marzo de 2.010 , en causa seguida contra el mismo por delito de estafa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Adolfo Prego de Oliver** y **Tolivar Miguel Colmenero Menendez de Luarca** **Francisco Monterde Ferrer** **Alberto Jorge Barreiro** **Diego Ramos Gancedo**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil once

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, con el nº 2427 de 2006 , y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, por delito de estafa, contra el acusado **Modesto** , nacido en Tetuán (Marruecos), el día 14 de septiembre de 1978, hijo de Francisco y Najia, titular del DNI nº NUM003 , vecino de Madrid, con domicilio en PLAZA000 nº NUM004 , NUM005 NUM006 , cuya solvencia no consta, con antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privado el día 27 de enero de 2010 salvo ulterior comprobación, y en la que se dictó sentencia por la mencionada

Audiencia, con fecha 25 de marzo de 2010 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Modesto como autor responsable de un delito de estafa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año y siete meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a D. Rubén y D<sup>a</sup> Lourdes en la suma de 24.013 €, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de Gestiona House Consultores Inmobiliarios S.L.

Manteniéndose en su integridad el resto del fallo de la sentencia objeto de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

### PUBLICACIÓN

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