

Roj: STS 4646/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4646
Id Cendoj: 28079120012014100727
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 458/2014
Nº de Resolución: 748/2014
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Octava, con Sede en Gijón, de fecha 27 de enero de 2014 . Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, el acusado Juan Luis , representado por el procurador Sr. de Noriega Arquero y como recurrido Elvira representada por el Procurador Sr. Ortíz Herraiz. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Gijón, instruyó Procedimiento Abreviado 812/13, por delito de estafa contra Juan Luis y otro, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Asturias con Sede en Gijón, cuya Sección Octava, dictó en el Rollo de Sala 41/13 sentencia en fecha 27 de enero de 2014 , con los siguientes hechos probados:

"El acusado Juan Luis con fecha 9 de enero de 2013 en la vista de autos de guarda, custodia y alimentos nº 704/12 del Juzgado de Primera Instancia n 9 de Gijón aportó como prueba documental un contrato de arrendamiento de vivienda sita en la C/ DIRECCION000 y plaza de garaje en la C/ DIRECCION001 , de fecha 1/1/13, concertado para ello con Edemiro , que figuraba como arrendador, fijando una renta de 600#, con la finalidad de llevar a engaño al Juzgador, y conforme a la cual, la sentencia de 11 de enero de 2013 , valorando la capacidad económica y cargas que afrontaba y tomando en consideración expresamente ese gasto, rebajó la pensión alimenticia de 600#, otorgada a favor de su hija menor fijada el 16 de noviembre de 2012 en auto de medidas provisionales, a la cantidad de 550#.

El contrato de arrendamiento del piso y de la plaza de garaje de Gijón firmado por Juan Luis y Edemiro no respondía a negocio real alguno, no estando probado que Juan Luis abonara a Edemiro cantidad alguna en concepto de fianza o de **alquiler**, y estando probado que Juan Luis nunca usó la vivienda ni el garaje y que Edemiro nunca abandonó dicha vivienda para que pudiera usarla Juan Luis .

Juan Luis recurrió en apelación la sentencia, pidiendo, entre otras cosas, mayor reducción de la pensión alimenticia, alegando, basándose en el contrato de arrendamiento aportado, que ya vivía en Gijón.

Elvira contrató los servicios de la empresa de detectives "TESCA" que comprobaron que Juan Luis residía en Frieres Langreo, no residía en la vivienda supuestamente alquilada por Edemiro , y que éste y su pareja sentimental eran los ocupantes de la misma. Por los servicios de TESCA Elvira les pagó 2.589,46 euros".

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

*Que debemos condenar y condenamos a Juan Luis y a Edemiro , el primero como autor y el segundo como cooperador necesario de un delito de **estafa procesal** ya definido sin circunstancias modificativas, al primero a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y de multa de nueve meses, con cuota diaria de 10 euros y con arresto sustitutorio de 1 día por cada 2 cuotas impagadas, y al segundo a las penas de un año y seis meses de prisión, con la misma accesoria que el anterior, y de multa de seis meses, con cuota diaria de 8 euros y con*

arresto sustitutorio de 1 día por cada 2 cuotas impagadas, y por vía de responsabilidad civil condenamos a los dos acusados solidariamente a que indemnicen a Elvira en 2.589,46 euros y declaramos nulo el contrato de arrendamiento fechado a 1 de enero de 2013 firmado por los dos acusados, condenando también a los acusados al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular, por mitad cada uno.

Firme esta sentencia, remítase testimonio a la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias a efectos de su Rollo de Apelación n 141/2013 .

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde la última de las notificaciones de la sentencia, firme que sea".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Procurador Sr. De Noriega Arquer en nombre y representación de Juan Luis , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , y del art. 852 de la LECr ., por infracción del art. 24 de la CE ., en lo que se refiere a la presunción de inocencia.

5.- Instruidas las partes el Procurador Sr. Ortiz Herraiz en nombre y representación de Elvira presentó escrito de impugnación, el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 29 de octubre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, condenó en sentencia dictada el 27 de enero de 2014 a Juan Luis y a Edemiro , como autor y como cooperador necesario, respectivamente, de un delito de **estafa procesal**, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, al primero de ellos a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de nueve meses, con una cuota diaria de 10 euros y con arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas; y al segundo a las penas de un año y seis meses de prisión, con la misma accesoria que el anterior, y una multa de seis meses, con cuota diaria de 8 euros y con arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas. Y por vía de responsabilidad civil, condenó a los dos acusados a que indemnizaran solidariamente a Elvira en 2.589,46 euros. Por último, declaró nulo el contrato de arrendamiento de fecha 1 de enero de 2013, firmado por los dos acusados, condenando también a estos al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular, por mitad cada uno.

Los hechos objeto de la condena se resumen, a modo de introducción, en que el acusado Juan Luis , con fecha 9 de enero de 2013, aportó como prueba documental, en la vista de autos de guarda, custodia y alimentos nº 704/2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Gijón, un contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 y la plaza de garaje en la C/ DIRECCION001 , de fecha 1 de enero de 2013, concertándose para ello con Edemiro , que figuraba como arrendador. En el documento se plasmó una renta de 600 #, con la finalidad de llevar a engaño al Juzgador. En virtud de lo cual, la sentencia de 11 de enero de 2013 , valorando la capacidad económica y cargas que afrontaba y tomando en consideración expresamente ese gasto, rebajó la pensión alimenticia de 600 #, otorgada a favor de su hija menor en el auto de medidas provisionales de 16 de noviembre de 2012, a la cantidad de 550 #.

El contrato de arrendamiento del piso y de la plaza de garaje de Gijón no respondía a negocio real alguno, no estando probado que Juan Luis abonara a Edemiro cantidad alguna en concepto de fianza o de **alquiler**, ni que Juan Luis usara el garaje y la vivienda. Edemiro nunca la abandonó para que pudiera ocuparla aquél. La sentencia civil fue recurrida en apelación por Juan Luis , solicitando, entre otras cosas, una mayor reducción de la pensión alimenticia. Alegó para ello, con base en el contrato de arrendamiento aportado, que ya vivía en Gijón.

Contra la referida condena recurrió en casación el acusado Juan Luis , quien formalizó un único motivo.

ÚNICO . 1. En el **único motivo** del recurso denuncia la defensa de Juan Luis , sin cita de precepto procesal alguno, la existencia de error en la apreciación de la prueba. Sin embargo, no cita documento alguno

en qué basar ese error, por lo que no cabe encauzar su impugnación por la vía del art. 849.2º de la LECr ., que es la norma que contempla esa clase de errores.

La parte recurrente formula, pues, su recurso por un cauce procesal incorrecto, habida cuenta que la vía del error en la apreciación en la prueba no era la idónea para fundamentar las alegaciones probatorias que esgrime en el contenido del recurso. Tanto es así que ya en el primer párrafo del motivo argumenta con base en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y en las últimas líneas de su escrito incide en la falta de prueba de cargo con respecto a la existencia del engaño propio de la estafa.

Por consiguiente, es claro que, dejando a un lado la cita errónea del art. 849.2º de la LECr . que hace la parte al inicio de su escrito, el examen global del recurso evidencia de forma inequívoca que lo que la defensa considera infringido realmente es el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), lo que nos lleva a dar cauce al recurso por la vía del art. 852 de la LECr .

Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan, pues, a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

2. Al examinar el escrito de la parte impugnante se comprueba que centra todos sus argumentos en el objetivo de constatar la inexistencia del **elemento del dolo** exigible para apreciar un delito de estafa. Y en este sentido afirma que la aportación del contrato de arrendamiento al proceso civil no se hizo con ánimo de engañar ni de simular, pues el contrato había sido confeccionado y suscrito para que el recurrente dispusiera de una vivienda en Gijón y así estar más tiempo con su hija merced a un régimen de visitas intersemanales. De modo que el documento, según el acusado, no fue utilizado para fines económicos sino para obtener y disfrutar de un régimen de visitas con su hija que solo podría alcanzar disponiendo de una vivienda en la propia ciudad de Gijón, y no en Frieres-Langreo, que es donde reside. El uso de la vivienda quedaría así a resultas de que se le otorgara el régimen de comunicaciones vivenciales con su hija que solicitaba.

También aduce el acusado que, en cuanto al régimen económico acordado mediante el proceso de divorcio y a la pensión alimenticia que le fue asignada como aportación mensual (reducida en 50 euros con respecto a la situación previa de medidas provisionales), no solo se tuvo en cuenta la carga que suponía el contrato de arrendamiento, sino que también se compulsaron otros factores para reducir la pensión de 600 a 550 euros.

3. En lo que se refiere al elemento del engaño, cuya concurrencia cuestiona el recurrente hasta convertirlo en el núcleo de su impugnación, esta Sala tiene establecido que en el delito de estafa **el engaño** ha de cumplimentar los requisitos de ser **precedente, bastante y causante** .

En cuanto al engaño *precedente* , esta Sala ha dicho de forma reiterada que el delito de estafa precisa de la presencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19-5 ; 1012/2000, de 5-6 ; 628/2005, de 13-5 ; y 977/2009, de 22-10).

Como tiene también afirmado esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo *bastante* , por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3).

Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. El

engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse *bastante* cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía. Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del art. 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (SSTS 1013/1999, de 22-6 ; 980/2001, de 30-5 ; STS 686/2002, de 19-4 ; 2168/2002, de 23-12 ; 621/2003, de 6-5 ; 113/2004, de 5-2 ; 278/2010, de 15-3 ; 752/2011, de 26-7 ; y 379/2014, de 8-5).

4. Al proyectar los criterios jurisprudenciales precedentes sobre el **caso concreto** que se juzga y ponerlos en relación con los argumentos que se exponen en la sentencia recurrida, se ha de concluir necesariamente que no puede compartirse la tesis de la parte recurrente.

En efecto, el Tribunal de instancia refiere varios argumentos relevantes que constatan no solo la conducta engañosa del recurrente sino también que actuó con ánimo de lucro. Y así, resulta incuestionable que ambos acusados firmaron el contrato que presentó en el Juzgado la defensa del ahora impugnante. Y tampoco surgen dudas de que éste nunca recibió la llave de la vivienda teóricamente alquilada ni tomó posesión del piso, hechos que no discutieron ninguno de los dos acusados, por lo que no es cierto lo que se dice en el contrato relativo a que "El arrendatario... declara recibir todo lo que es objeto del arriendo". Y también reconocieron ambos que el inmueble estuvo siempre ocupado por el coacusado y su compañera sentimental, Tomasa, no llegando Juan Luis a residir en el mismo.

Igualmente ha quedado evidenciado, sin que lo cuestionara el recurrente, que éste residía en Frieres-Langreo, no viviendo pues en Gijón, dato que contradice las alegaciones que hizo en el juicio de divorcio su defensa cuando afirmó que su cliente vivía en Gijón.

En otro orden de cosas, no figura probado, y así lo remarca la Audiencia, que el recurrente pagase al coacusado 600 euros de fianza y otros 600 euros de la renta del piso correspondiente al mes de enero de 2013. Pues ni siquiera se aportó el correspondiente recibo ni documentos bancarios acreditativos de que la cantidad de 1.200 euros se extrajera de la cuenta del acusado y se ingresara en la del supuesto arrendador. Y tampoco consta el pago de la rentas de los meses sucesivos a la fecha del contrato.

En el "factum" de la sentencia recurrida se declara probado que Elvira contrató los servicios de la empresa de detectives "TESCA", que comprobaron que Juan Luis residía en Frieres-Langreo, y no en la vivienda supuestamente alquilada por Edemiro, siendo éste y su pareja sentimental los únicos ocupantes de la misma.

A tenor de todo lo que antecede, resulta indiscutible que el contrato de arrendamiento es simulado, dado que todos los datos probatorios referidos muestran de forma diáfana que no concurría una situación material arrendaticia que justificara la existencia del documento contractual ni del correspondiente vínculo obligacional. El documento se limitaba, pues, a aparentar una relación contractual pero sin una situación fáctica extracontractual que la sustentara.

No puede, en consecuencia, cuestionarse que el contrato era simulado y que se presentó en el juicio de divorcio con el fin de engañar al juzgador sobre un hecho que no era cierto: que el acusado Juan Luis residía en Gijón en una vivienda alquilada por el coacusado, Edemiro.

Acreditada, por tanto, la conducta engañosa del recurrente en el procedimiento civil de divorcio, nos queda ahora por verificar cuál era el fin o el ánimo de ese actuar doloso. Es decir, si el engaño se materializó con ánimo de lucro o si tuvo un fin ajeno a un beneficio económico, que es la tesis que sostiene la defensa cuando afirma que actuó con el único objetivo de obtener un régimen de visitas intersemanales con su hija, para lo cual precisaba acreditar que tenía un domicilio en Gijón en el que podía complimentar el régimen que postulaba.

Pues bien, los elementos probatorios que figuran en la causa acreditan, tal como se razona y concluye en la sentencia recurrida, que no es cierto que el contrato de arrendamiento se elaborara y se aportara al juicio civil para fundamentar la pretensión de Juan Luis de obtener la custodia compartida de su hija. Y ello porque el ahora recurrente había desistido de dicha pretensión ya antes del juicio de 9 de enero de 2013, según resalta el Tribunal de instancia una vez que examinó la grabación de la vista del juicio civil y también el contenido de

la sentencia que puso fin a ese procedimiento (folios 157 y ss. de la causa), pruebas documentales que no se cuestionan en ningún apartado del escrito de recurso de casación.

También remarca el Tribunal sentenciador que el contrato de arrendamiento se confeccionó y se presentó después en el juicio civil de divorcio no solo para fundamentar la petición de pernóctas intersemanales, sino también para obtener una rebaja de la pensión que tenía que abonar a su hija menor, según consta en la grabación del procedimiento. Y consiguió además, aunque fuera parcialmente, reducir el importe de la pensión alimenticia que venía pagando, ya que, tal como se ha anticipado, pasó de 600 a 550 euros, según consta en la sentencia de 11 de enero de 2013 (folios 157 y ss. de la causa). En ella se afirma lo siguiente: " *D. Juan Luis ha abandonado la vivienda familiar y reside en una vivienda de alquiler por la que se abona la cantidad de 600 euros mensuales en concepto de renta. Valorando las anteriores circunstancias D. Juan Luis deberá abonar la cantidad de 550 euros mensuales* " (folio 160).

Además, también en el recurso de apelación volvió a incidir Juan Luis ante la jurisdicción civil que procedía una reducción de la cuantía de la pensión alimenticia argumentando de nuevo con la carga que suponía el pago de una renta mensual de 600 euros, al mismo tiempo que se remitía a lo solicitado en el juicio celebrado en la instancia (folio 167 de la causa).

Así las cosas, resulta evidente que el acusado actuó con ánimo de lucro cuando aportó el documento en el procedimiento civil, tanto en la primera instancia como en el escrito de recurso. Y si bien es cierto que el Juez de la primera instancia decidió sobre la cuantía de la pensión teniendo en cuenta varios factores, no puede sin embargo obviarse que en el momento de reducir la pensión en 50 euros se refiere de forma específica al nuevo pago de la renta que acreditó el acusado mediante el documento falso. De ahí que deba entenderse que ello constituyó un dato fundamental para modificar a la baja la pensión que se había fijado previamente en las medidas provisionales.

Por consiguiente, tanto en el juicio de divorcio como en el recurso de apelación utilizó el acusado el documento falso para engañar con ánimo de lucro al Juez civil, dolo defraudatorio que además tuvo trascendencia a la hora de dictar la sentencia de divorcio, a tenor de lo que consta en su fundamentación.

5. En virtud de lo razonado, no puede considerarse vulnerada la presunción de inocencia del acusado ni compartir por tanto la tesis exculpatoria de su recurso. Pues consta probado que se valió de un engaño previo bastante para generar un riesgo no permitido para el patrimonio de la víctima, engaño que generó el error del sujeto pasivo de la acción, en este caso el Juez de la jurisdicción civil, quien decidió en su sentencia operando con el documento falso engañoso y con las alegaciones que lo instrumentaron. Se benefició así el acusado patrimonialmente en perjuicio de las personas adjudicatarias de la pensión alimenticia, pues consiguió que la cuantía a abonar en los meses sucesivos se redujera en la suma de 50 euros.

Sí concurre, en consecuencia, el elemento subjetivo de la estafa que requieren los criterios aplicados por reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 220/2010, de 16-2 ; 752/2011, de 26-7 ; y 465/2012, de 1-6).

SEGUNDO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de **Juan Luis** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Octava, con sede en Gijón, de fecha 27 de enero de 2014 , dictada en la causa seguida por delito de **estafa procesal**, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.