

Id Cendoj: 28079120012006101251

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 889/2006

Nº de Resolución: 1242/2006

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ESTAFA x
- x DOLO x
- x ENGAÑO BASTANTE x
- x ALZAMIENTO DE BIENES x

Resumen:

Se declara la ausencia de todo indicio de dolo anterior o concurrente a la firma del contrato por parte del recurrente, lo que supone la falta de tipicidad de la conducta desplegada en ese momento pues el artificio engañoso -como expresión del dolo del comprador de ocultar los bienes adquiridos y de no pagar su precio- surge con posterioridad a la formalización del contrato de compraventa, es decir, se trata del denominado engaño sobrevenido o "dolo subsequens" que excluye la calificación de los hechos como delito de estafa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado Luis Alberto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, 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 representado por la Procuradora Sra. Rosch Iglesia y la parte recurrida Acusación Particular "Autoedición Gráfica, S.A.", representada por la Procuradora Sra. Santamaría Zapata.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Sevilla incoó procedimiento abreviado con el nº 125 de 2.004 contra Luis Alberto y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, que con fecha 22 de febrero de 2.006 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Para la elaboración del Diario de Andalucía en Almería, la entidad Editorial Sur Andalucía, S.L. adquirió durante los meses de diciembre de 1.999 y enero de 2.000 a Autoedición gráfica, S.A., con la que había mantenido previamente satisfactorias relaciones comerciales, material de oficina e informático por importe de 9.961.778 pesetas, que se instaló en el local sito en el nº 47 de la Avda. Federico García Lorca de Almería. Como medio de pago de la citada deuda se libraron tres pagarés por importe de 3.257.068 pesetas cada uno de ellos, con vencimiento 5 de marzo del 2.000; otros dos con vencimientos el 29 de marzo de 1.999 por 82.633 y 59.450 pesetas y otro con vencimiento el 14 de abril de 2.000 por 48.480 pesetas. El acusado, Luis Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, intervino en las citadas operaciones como representante legal de Editorial Sur Andalucía S.L. En fechas próximas al vencimiento de los pagarés, Luis Alberto hizo saber a Gaspar , representante de Autoedición Gráfica, S.A., la imposibilidad de atender los mismos a su vencimiento, por lo que ambos pactaron una espera, librándose nuevos pagarés por el importe total adeudado, con vencimiento el día 28 de abril del 2.000. En el mes de abril Luis Alberto comunicó a Gaspar la imposibilidad de atender el pago de los nuevos pagarés, informándole, faltando a la

verdad, que la maquinaria adquirida había sido vendida por Editorial Sur Andalucía S.L. a Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. y que ésta era una filial de su grupo empresarial de total garantía y solvencia, a través de la cual se podría pagar la deuda más rápidamente y con menos inconvenientes. No obstante, J. Soto ocultó que Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. no había sido inscrita como sociedad en el Registro Mercantil, no podría abonar la deuda con su patrimonio, pues carecía de liquidez y autonomía presupuestaria y el mobiliario que había adquirido se hallaba en poder de promotora de Información y Medios de Andalucía S.L., sociedad perteneciente también del Grupo empresarial de Editorial Sur de Andalucía, que se había constituido en sustitución de Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L., en la que el acusado Luis Alberto también ostentaba cargos de administración. Seguidamente, Luis Alberto le propuso que Editorial Sur Andalucía S.L. cediera a Autoedición Gráfica, S.A. el crédito que aquella tenía contra Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. por importe de 9.961.778 pesetas, correspondiente al precio de venta de la maquinaria en cuestión, a cambio de lo cual Autoedición gráfica, S.A. liberaría a Editorial Sur Andalucía S.L. del pago de dicha deuda. Como quiera que Gaspar tenía plena confianza en el acusado Luis Alberto y en la empresa que representaba por las relaciones comerciales previamente mantenidas, aceptó la operación. El 26 de abril de 2.000 suscribieron el documento que plasmaba el acuerdo el acusado Luis Alberto, en representación de Editorial Sur Andalucía, S.L. Gaspar, como representante de Autoedición Gráfica, S.A. y el también acusado, Alvaro, mayor de edad y sin antecedentes penales, en representación del Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. de la que había sido nombrado administrador, quien firmó por indicación de Luis Alberto y Guillermo en la confianza de que los citados pagos que serían afrontados, en todo caso, por Editorial Sur Andalucía, S.L. Como medio de pago de esa deuda, Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. libró cinco pagarés por importe de 1.992.355 pesetas cada uno de ellos, con vencimientos los días 7 de mayo, 7 de junio, 7 de julio, 7 de agosto y 7 de septiembre, todos ellos del año 2.000, de los cuales sólo se atendió el pago del primero, estando pendiente el pago de los demás, pese a que los mismos fueron reclamados judicialmente sin éxito por Autoedición Gráfica, S.A.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Luis Alberto y a Alvaro del delito de alzamiento de bienes de que eran acusados; así como también a Alvaro del delito de estafa por el que fue acusado. Que debemos condenar y condenamos al acusado Luis Alberto como autor de un delito de estafa, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses, con una cuota diaria de 15 euros, que se abonarán en 6 plazos mensuales. Si el condenado no la satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. *Le imponemos al condenado el pago de 1/2 de las costas, incluidas las de la Acusación Particular, declarando el resto de oficio. Le condenamos a que indemnice a Autoedición Gráfica S.A. en la suma de 47.897,20 €, cantidad que devengará el interés legal establecido en el art. 576 de la L.E.Cr.* Aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas legales las resoluciones que dictó el Sr. Juez Instructor sobre la capacidad económica del acusado. Declaramos de abono, en su caso, el tiempo que el acusado ha permanecido privado de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días desde la última notificación, mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por la representación del acusado Luis Alberto, 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 Luis Alberto, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Quebrantamiento de forma al haberse denegado a esta parte, en el auto de señalamiento de juicio oral, las pruebas propuestas como medios de prueba II y III de nuestro escrito de defensa; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al vulnerar la sentencia el *artículo 24 de la Constitución Española*; Tercero.- Infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin ser contradicha por otros elementos probatorios.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión del mismo, quedando conculos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, solicitando igualmente la inadmisión del mismo.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de diciembre de 2.006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenó como responsable de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248 y 249 C.P. .

Es en el motivo segundo del recurso donde radica el núcleo impugnativo que desarrolla el condenado en la instancia, sosteniendo, a partir de una argumentación combinada en falta de prueba de cargo y error de calificación, lo improcedente del pronunciamiento condenatorio, de suerte que para resolver la reclamación casacional será necesario analizar el contenido del "factum" para verificar si los datos que en el mismo figuran han quedado debida y legalmente acreditados y proceder, finalmente, a determinar si los hechos allí relatados se integran en el delito sancionado.

El Hecho Probado declara que:

Para la elaboración del Diario de Andalucía en Almería, la entidad Editorial Sur Andalucía, S.L. adquirió durante los meses de diciembre de 1.999 y enero de 2.000 a Autoedición gráfica, S.A., con la que había mantenido previamente satisfactorias relaciones comerciales, material de oficina e informático por importe de 9.961.778 pesetas, que se instaló en el local sito en el nº 47 de la Avda. Federico García Lorca de Almería. Como medio de pago de la citada deuda se libraron tres pagarés por importe de 3.257.068 pesetas cada uno de ellos, con vencimiento 5 de marzo del 2.000; otros dos con vencimientos el 29 de marzo de 1.999 por 82.633 y 59.450 pesetas y otro con vencimiento el 14 de abril de 2.000 por 48.480 pesetas. El acusado, Luis Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, intervino en las citadas operaciones como representante legal de Editorial Sur Andalucía S.L. En fechas próximas al vencimiento de los pagarés, Luis Alberto hizo saber a Gaspar , representante de Autoedición Gráfica, S.A., la imposibilidad de atender los mismos a su vencimiento, por lo que ambos pactaron una espera, librándose nuevos pagarés por el importe total adeudado, con vencimiento el día 28 de abril del 2.000. En el mes de abril Luis Alberto comunicó a Gaspar la imposibilidad de atender el pago de los nuevos pagarés, informándole, faltando a la verdad, que la maquinaria adquirida había sido vendida por Editorial Sur Andalucía S.L. a Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. y que ésta era una filial de su grupo empresarial de total garantía y solvencia, a través de la cual se podría pagar la deuda más rápidamente y con menos inconvenientes. No obstante, J. Soto ocultó que Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. no había sido inscrita como sociedad en el Registro Mercantil, no podría abonar la deuda con su patrimonio, pues carecía de liquidez y autonomía presupuestaria y el mobiliario que había adquirido se hallaba en poder de promotora de Información y Medios de Andalucía S.L., sociedad perteneciente también del Grupo empresarial de Editorial Sur de Andalucía, que se había constituido en sustitución de Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L., en la que el acusado Luis Alberto también ostentaba cargos de administración. Seguidamente, Luis Alberto le propuso que Editorial Sur Andalucía S.L. cediera a Autoedición Gráfica, S.A. el crédito que aquella tenía contra Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. por importe de 9.961.778 pesetas, correspondiente al precio de venta de la maquinaria en cuestión, a cambio de lo cual Autoedición gráfica, S.A. liberaría a Editorial Sur Andalucía S.L. del pago de dicha deuda. Como quiera que Gaspar tenía plena confianza en el acusado Luis Alberto y en la empresa que representaba por las relaciones comerciales previamente mantenidas, aceptó la operación. El 26 de abril de 2.000 suscribieron el documento que plasmaba el acuerdo el acusado Luis Alberto , en representación de Editorial Sur Andalucía, S.L. Gaspar , como representante de Autoedición Gráfica, S.A. y el también acusado, Alvaro , mayor de edad y sin antecedentes penales, en representación del Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. de la que había sido nombrado administrador, quien firmó por indicación de Luis Alberto y Guillermo en la confianza de que los citados pagos que serían afrontados, en todo caso, por Editorial Sur Andalucía, S.L. Como medio de pago de esa deuda, Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. libró cinco pagarés por importe de 1.992.355 pesetas cada uno de ellos, con vencimientos los días 7 de mayo, 7 de junio, 7 de julio, 7 de agosto y 7 de septiembre, todos ellos del año 2.000, de los cuales sólo se atendió el pago del primero, estando pendiente el pago de los demás, pese a que los mismos fueron reclamados judicialmente sin éxito por Autoedición Gráfica, S.A.

SEGUNDO.- No puede negar el recurrente ausencia de actividad probatoria de contenido incriminatorio a la que la sentencia hace referencia en su motivación fáctica recogida en los Fundamentos Jurídicos primero, segundo y cuarto de la resolución judicial impugnada, en los que, pormenorizada y rigurosamente, el Tribunal a quo reseña las pruebas de confesión, testifical y documental que valora expresamente en una ponderación del amplio y variado material probatorio que concluye con unas conclusiones de todo punto lógicas y racionales que en modo alguno esta Sala de casación puede tildar de absurdas o arbitrarias. Podemos concluir, pues, que no ha sido quebrantado el principio de presunción de inocencia que se invoca por el recurrente.

TERCERO.- Otra cosa es verificar si los Hechos Probados han sido acertadamente calificados como delito de estafa, calificación que también rechaza el motivo.

El delito de estafa requiere la inexcusable concurrencia de los siguientes elementos que lo configuran: 1.º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2.º) Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4.º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesionada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5.º) Animo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el *artículo 248 del CP*, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6.º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el «dolo subsequens», es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Respecto del momento en el que debe aparecer el engaño en la dinámica defraudatoria del agente, la doctrina de esta Sala es uniforme y reiterada al señalar que la maquinación o el artificio engañoso sobre la víctima tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el "dolo subsequens", esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, siendo ello así porque es la insidia o maquinación desplegada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo la que determina en la víctima el error, el cual, a su vez, genera el acto de disposición patrimonial. Por eso debe subrayarse la necesidad de la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio producido, ofreciéndose éste como resultado de aquél. De este modo, cuando el delito de estafa viene asociado a un negocio jurídico bilateral, el engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo "ab initio" de incumplimiento por parte del defraudador (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 23 de abril de 1.997 y las que en ella se citan, 2 de marzo y 19 de mayo de 2.000, y 24 de septiembre de 2.001).

En el relato histórico de la sentencia deben distinguirse dos momentos fundamentales: el primero, el que tiene lugar durante diciembre de 1.999 y enero de 2.000 en que se celebraron los contratos para la adquisición por ESA, S.L. del material informático, y se efectuó por dicha entidad la entrega de los pagarés que se citan en el "factum". El segundo, cuando en el mes de abril de 2.000 se realiza la transmisión del crédito de la suministradora a la entidad GEMASA, que resultaba la nueva deudora, y en cuya operación la primera de las citadas efectuó ante la acreedora las maniobras engañosas y fraudulentas que se describen ".... y que tenían como finalidad eludir el pago de dicho crédito" (fundamento jurídico primero).

Respecto al primer episodio, que es cuando tiene lugar el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor que se formaliza en el contrato de compraventa, ningún dato aparece en la declaración de hechos probados que acredite por sí mismo, o permita inferir por vía deductiva, que ESA, S.L. había actuado con la voluntad firme y decidida de no cumplir las obligaciones de pago adquiridas como contraprestación a la recepción de la mercancía y, que, en su caso, habría dado lugar a la modalidad de estafa conocida como "negocio jurídico criminalizado". En este tipo singular del delito de estafa, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo 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, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos 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 las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000 y ésta, entre otras). De suerte que, como decíamos en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2.001, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado -entre otras, SS.T.S. de 13 y 26 de febrero de 1.990 - (STS de 2 de junio de 1.999). O, como decíamos en nuestra STS de 28 de octubre de 2.005, el delito de estafa se realiza también cuando en un determinado contrato una de las partes -el sujeto delincencial-, disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a que por el mismo se obliga, y como consecuencia de ello, la parte contraria, que lo desconoce, cumple lo pactado realizando un acto de disposición del que se lucra el otro. Prima facie, todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple, descubriéndose este delito cuando posteriormente el estafador no realiza ninguna de las prestaciones a que se obligó (o en algunos casos, sólo lo hace en una pequeña parte, la que le es necesaria para poder seguir lucrándose), consumándose este delito al contratar, concretamente cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado. Es por ello que la criminalización de los negocios civiles se produce cuando el propósito defraudatorio del agente surge antes o en el momento de celebrar el contrato y es capaz de mover por ello la voluntad de la otra parte, mientras que el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, o dolo subsequens, difícilmente podrá ser vehículo de criminalización (STS de 14 de octubre y 27 de mayo de 1.988, 14 de enero de 1.989, 13 y 26 de febrero de 1.990, 16 de septiembre de 1.991, 24 de marzo de 1.992 y 513, 526, 740 y 939/93); y para acreditar el ánimo de lucro en la concreta actuación que se examine, como elemento subjetivo del injusto, no podrá presumirse, ni siquiera inferirse "iuris tantum", sino que habrá de acudirse necesariamente a la "praesumpti hominis", o si se prefiere, a través de los hechos externos del agente, valorables en este ámbito como prueba indiciaria, pues no en vano la estafa constituye un tipo penal esencialmente doloso.

Así, pues, la ausencia de todo indicio de dolo anterior o concurrente a la firma del contrato por parte de ESA, S.L. supone la falta de tipicidad de la conducta desplegada en ese momento. Consideración ésta que también asume el Tribunal a quo al delimitar la acción delictiva en la concreta operación posterior de "la cesión del crédito que AGSA tenía contra ESA", que la sentencia califica de estafa, subsunción que sustenta en el resumido argumento según el cual "la maniobra defraudatoria es obvia: amparándose en la confianza que la entidad querellante tenía depositada en el acusado J. Soto y en las distintas empresas del grupo que representaba, con las que había mantenido relaciones comerciales completamente satisfactorias y que era notorio la unión empresarial que existía entre ESA y GEMASA, pues por operaciones anteriores conocía que se dedicaban a editar periódicos en otras provincias, y manifestándole ciertas dificultades financieras de ESA (que podrían ser ciertas), convenció al perjudicado para realizar la operación de cesión de crédito cuando sabía perfectamente que GEMASA carecía no sólo de disponibilidad económica sino de autonomía financiera, debilitando enormemente la posición acreedora que la querellante tenía, por cuanto resulta patente que GEMSA no tenía dinero para hacer frente al pago de la deuda y no tenía personalidad jurídica, como sociedad que no estaba legalmente constituida. Todo lo cual le permite deducir al Tribunal sentenciador que el contrato de cesión de crédito "..... era sólo una ficción más para lograr poner a salvo el mobiliario [recibido] y eludir cualquier tipo de reclamación".

Estas consideraciones expresas del Tribunal de instancia ponen claramente de manifiesto una realidad que no puede desconocerse: la íntima y directa relación entre el precedente negocio jurídico de compraventa y la posterior operación por la que se transfiere la condición de deudor para el pago de los materiales y equipos adquiridos, operación en la que por vez primera aparece la maquinación por parte de

la adquirente de dichos bienes que se relata en el "factum" y que tiene por finalidad un doble objetivo: poner los materiales adquiridos fuera del alcance del vendedor y eludir el pago de los mismos.

De aquí se puede extraer ya una primera conclusión, consistente en que el artificio engañoso - como expresión del dolo del comprador de ocultar los bienes adquiridos y de no pagar su precio- surge con posterioridad a la formalización del contrato de compraventa, es decir, se trata de lo que hemos denominado de engaño sobrevenido o "dolo subsequens" que excluye la calificación de los hechos como delito de estafa.

Y, también, una segunda conclusión: que la maniobra defraudatoria ejecutada por el acusado como administrador de ESA, S.L. no determinó el acto de disposición patrimonial por parte de la empresa suministradora de los equipos informáticos, toda vez que esa entrega ya se había producido con anterioridad, por lo que también faltaría este elemento del delito de estafa.

Por todo lo cual, el motivo debe ser estimado sin necesidad de examinar los demás motivos del recurso. Aunque todavía quepa hacer una consideración que entendemos necesaria. En efecto, la conducta desarrollada por el acusado no parece ser ajena al derecho penal y, en concreto, a poder ser eventualmente subsumida en el tipo delictivo del alzamiento de bienes del *art. 257 C.P.*, como la actividad mediante la cual el deudor sustrae u oculta todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para encontrar bienes sobre los que hacer efectivo su crédito. Esta ocultación o sustracción permite varias modalidades, como apartar físicamente algún bien para que el acreedor ignore dónde se encuentra, o a través de algún negocio jurídico (*art. 517 C.P.*, 9ª Ed.).

Pero siendo heterogéneos los delitos de estafa y alzamientos, y no habiendo sido imputado éste al acusado ni siquiera de manera alternativa, no existe posibilidad legal de sancionarlo sin quiebra flagrante del principio acusatorio.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de precepto constitucional, con estimación de su segundo motivo y sin entrar en el examen de los restantes, interpuesto por la representación del acusado Luis Alberto ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, de fecha 22 de febrero de 2.006 en causa seguida contra el mismo y otro 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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Sevilla, con el nº 125 de 2.004, y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, por delito de estafa contra el acusado Luis Alberto , con D.N.I. número NUM000 , nacido en Ecija (Sevilla), el día 31-3-1961, hijo de Joaquín y de Lourdes, en libertad provisional, de la que no estuvo privado por esta causa y contra Alvaro , con D.N.I. núm. NUM001 , nacido en Ubeda (Jaén), el día 5-3-1964, hijo de Juan y de Mª Carmen, en libertad provisional, de la que no estuvo privado por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 22 de febrero de 2.006 , 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

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Luis Alberto del delito de estafa que le venía siendo imputado, con todos los pronunciamientos favorables.

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

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.