



Roj: **SAP ZA 342/2024 - ECLI:ES:APZA:2024:342**

Id Cendoj: **49275370012024100342**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **06/09/2024**

Nº de Recurso: **6/2024**

Nº de Resolución: **26/2024**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

ZAMORA

SENTENCIA: 00026/2024

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN Nº 001

ZAMORA

Presidenta Ilma. Sra.

D^a ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Magistradas Ilmas. Sras.

D^a. ANA DESCALZO PINO

D^a ANA ISABEL MORATA ESCALONA

Esta Audiencia Provincial, compuesta por Doña Esther González González, como Presidenta, Doña Ana Descalzo Pino Y Doña Ana Isabel Morata Escalona, Magistrados ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 26

En Zamora a 6 de septiembre de 2024.

VISTA, en trámite de Juicio Oral, por conformidad de las partes, ante el Tribunal de la Audiencia Provincial, la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Zamora, seguido por delito ESTAFA, contra Baldomero , con DNI nº NUM000 , nacido en Zamora, el día NUM001 /1973, hijo de Carlos María y Amanda , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y actualmente en libertad provisional, con domicilio en DIRECCION000 de Zamora, representado por el Procurador Sr. Otero Gil y asistido del Letrado Sr. Santiago Diego y siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Doña Ascensión Castillo Ávila, y D. Pablo , representado por el Procurador Sr. De la Parra y Septien, y asistido del Letrado Sr. Diego Marcos y ha sido ponente la Ilma. Sra. Doña ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-Que la denuncia presentada por la Dirección General de la Policía dio lugar a que se incoaran las Diligencias previas nº 617/2022, por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Zamora, para la comprobación del delito y culpabilidad del presunto reo, que fueron remitidas por acuerdo del Juzgado de Instrucción y recibidas por este Tribunal el día 2 de febrero de 2024.

SEGUNDO.-Que el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones calificó los hechos enjuiciados como un delito de Estafa, del artículo 248 del Código Penal, siendo responsables de dicho delito el acusado en concepto de autor a tenor del artículo 27 y 28 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y procediendo imponerle la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo que duré la condena así como las costas, con responsabilidad civil indemnizará a D. Pablo en la cantidad de 9.489 €.

Por la Acusación Particular, en su escrito de conclusiones calificó los hechos como un delito de estafa tipificado en su tipo agravado del art.250 al concurrir las circunstancias previstas en sus apartados 1º y 6º, siendo responsable de dicho delito el acusado en concepto de autor arts. 27.1 y 28.1, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y procede imponer la pena de 8 años de prisión (art.250.2 CP, al concurrir las circunstancias de los numerables 1º y 6º) y multa de 24 meses. Responsabilidad Civil, deberá indemnizar a Pablo, en la cantidad de 14.500,28€, por daños y perjuicios sufridos mas 2000 € en concepto de daños morales todo ello más los intereses legales correspondientes.

TERCERO.-Que la defensa actuada en nombre de Baldomero, en su escrito de conclusiones y en disconformidad con el relato de los hechos del Ministerio Fiscal, y la acusación particular calificó los hechos como no constitutivos de delito al no concurrir los elementos de los tipos delictivos que se le imputaban, procediendo la absolución de su representado.

CUARTO.-En la tramitación de esta causa se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - D. Pablo contactó a través de la página "Mil anuncios.com" con una empresa denominada Solución Gestión y Desarrollo, con la finalidad de contratar la realización de una obra de reforma de una vivienda sita en la localidad de San Cristóbal de Aliste (Zamora), poniéndose en contacto inicialmente él una persona que no ha podido ser identificada y que afirmó llamarse Zulima y que le derivó hacia otra tampoco identificada que respondía supuestamente al nombre de " David " con el que mantuvo los contactos previos a la firma del contrato, el cual le habló de otros clientes y obras que habían llevado a cabo o que estaban realizando, enviando muchas fotografías y un video sobre dichos trabajos, sin que se haya constatado la realidad de la ejecución de dichas obras por la empresa que se ofrecía en el anuncio.

Finalmente, la persona que decía llamarse David envió a D. Pablo un borrador del contrato que D. Pablo aceptó, firmó y remitió de nuevo a David el 23 de diciembre de 2021. En dicho contrato no existe identificación de la persona que firma en nombre y representación de la entidad Solución Gestión y Desarrollo. El contrato tenía por objeto el desmontaje y sustitución de los elementos del tejado de la casa (Acontecimiento 2 del expediente de instrucción)..

Se estableció como precio de la obra el de 11.291€, IVA incluido y dado que, en principio se acordó que la obra debería iniciarse en la primera quincena de julio de 2022 y aunque inicialmente se manifestó que no había que hacer pago alguno, en el contrato se pactó que se abonara una cantidad inicial de 1.693,65€ a descontar del precio final. Dicho abono se llevó a cabo por D. Pablo por medio de transferencia bancaria el 28 de diciembre de 2021 (Acontecimiento 4 del expediente digital de Instrucción) constando como beneficiaria la entidad Gestión y Desarrollo de Obras y se asumió por parte de la contratista la gestión de los permisos correspondientes y todo lo necesario para la ejecución de dicha obra.

SEGUNDO. - A partir del momento en que se produce la firma del contrato, y cuando D. Pablo contactó con dicha persona para ver si se podía iniciar la obra en abril en vez de en julio, la persona que se hacía llamar David puso en contacto a D. Pablo con el acusado D. Baldomero, con DNI NUM000, mayor de edad, nacido el NUM001 /1973, que se presentó como la persona que se iba a encargar de la gestión de todo lo relativo a la realización de la obra, incluidos los permisos y que es la persona con la que D. Pablo mantuvo todas las relaciones relativas a la obra a partir de dicho momento.

TERCERO. - El 19 de abril de 2022, D. Pablo preguntó por la posibilidad de comenzar antes la obra (wasap de 19 de abril de 2021, Acontecimiento 5) y D. Baldomero le comunicó que ya tenía el material como las tejas comprado y que daría orden a las "chicas" para que fueran gestionando la licencia, le dijo que no había problema en empezar cuanto antes y que tenía que ir a tomar medidas (cosa que hizo el 23 de abril) y le reclamó el pago de la mitad de lo acordado como precio, es decir 5.645€ comprometiéndose a comenzar la



obra antes de finales de dicho mes de abril. D. Pablo realizó el pago de dicha cantidad el propio 19 de abril por medio de transferencia bancaria a favor de Gestión y Desarrollo de Obras (Acontecimiento 6).

Como por D. Pablo se propusieron y solicitaron modificaciones respecto de lo pactado previamente (wasap acontecimientos 9 y 10), el acusado interesó el pago de la cantidad de 2.150€ que es la cantidad en la que D. Baldomero valoró las modificaciones efectuadas. Esa cantidad fue abonada en fecha 26 de abril de 2022 (acontecimiento 7) y cuando le pidió que le mandara como quedaría el presupuesto le dijo que había que hacer proyecto y que lo tenía que pagar y que le mandaría el documento con los cambios por email o por fax. Ni el proyecto se llevó a cabo, ni el documento fue remitido.

CUARTO. - A partir de ese momento se suceden las conversaciones con D. Baldomero, interesándose por el momento en el que preveía el inicio de la obra porque, aunque no le corría prisa, necesitaba saberlo (wasap de 5 de mayo, 19 de mayo y 15 de junio, acontecimientos 11 y 12). Además de esas comunicaciones por wassap en las que las contestaciones por parte de D. Baldomero eran en muchos casos evasivas, se sucedían entre ellos las conversaciones telefónicas (acontecimiento 146 con todas las conversaciones telefónicas mantenidas en relación con las contrataciones de que tratamos) en las que el acusado tranquilizaba al denunciante diciéndole que todo estaba ok y llegado el momento en que se había asegurado que se iniciaban las obras, D. Baldomero comunicó a D. Pablo que no podía iniciarse la obra porque faltaba el permiso del Ayuntamiento que no había contestado a la solicitud de licencia cursada o que solicitaban determinados datos pero que estaba todo tramitado y en dos semanas podrían empezar. Esa misma razón fue la dada como excusa el 24 de mayo y el 7 de junio de 2022 manifestando que el Ayuntamiento había requerido más documentación y el 7 de junio dijo que el ayuntamiento no había contestado diciéndole el 9 de junio que le habías dicho en el Ayuntamiento que el técnico que tenía que firmar estaba de baja y que él personalmente ha ido al Ayuntamiento

Frente a dichas excusas D. Pablo solicitó información al Ayuntamiento de San Vitero y a la Diputación de Zamora informándole en dichas instituciones que no se había cursado petición alguna en relación a la obra que tratamos, lo que comunicó a Baldomero afirmando éste que si se ha presentado la solicitud por las personas de la empresa que hacen el trabajo y habla de Teodora, Elisenda y Adela, personas con las que el denunciante no ha tenido ningún tipo de relación y que, en caso de existir, tampoco han sido identificadas.

QUINTO. - Por fin el 5 de julio de 2022 se personaron en la obra unos operarios, que no portaban ningún tipo de herramientas por lo que D. Pablo hubo de facilitarles hasta la escalera. Dichas personas procedieron al desmontaje del tejado sin haberse proveído de contenedor para recoger los escombros por lo que estos quedaron sobre la vía pública.

Los operarios permanecieron en la obra hasta el día 8, día a partir del cual no volvió nadie por allí. Dejaron la casa sin tejado y ningún elemento de protección.

D. Baldomero justificaba la falta de continuación de la obra con diversos pretextos como el de la no aceptación por parte de D. Pablo de los términos de un nuevo contrato redactado por el acusado. La remisión de ese nuevo contrato y de la documentación presentada para la obtención de la autorización para realizar las obras, le fue requerida por el denunciante al acusado de forma insistente, por teléfono, por wasap y por correo electrónico y cuando se le envió el 21 de julio, aparecía como contratista una entidad diferente a aquella con la que se contrató inicialmente ("Agrupados y Mejoras") y como en dicho documento se hacía constar la realización de trabajos que no se habían ejecutado, D. Pablo se negó a firmarlo, no reanudándose las obras en ningún momento.

SEXTO. - La licencia de obras no fue solicitada en ningún momento a pesar de la insistencia de D. Baldomero en el sentido de que estaba presentada y sólo consta presentada en el Ayuntamiento de San Vitero en fecha 12 de julio de 2022 (justo el día en que se produce una conversación telefónica en la que Baldomero reconoce que no se había gestionado la licencia por la baja de una de las chicas de la oficina y dice se iba a hacer inmediatamente), por Agrupados y Mejoras una declaración responsable y a pesar de que el Ayuntamiento había remitido a la solicitante la liquidación de tasas, la misma no fue abonada.

Así mismo, los CIF que se hicieron constar en los contratos o los que se informó por D. Baldomero no se corresponden con las empresas que los suscribiendo. El CIF E09800517, que se supone que debería corresponder a la entidad "Agrupados y Mejoras" según la información dada telefónicamente, por el mismo, no se corresponde con ninguna empresa y el CIF E3757455 que es el que identifica a la entidad Solución Gestión y desarrollo de obras" según el tenor del contrato de 23 de diciembre de 2021, se corresponde con una empresa diferente.

En fecha 4 de julio de 2022 cuando se envió burofax a la dirección que constaba en el contrato, Avenida de Italia, n 11, no se pudo llevar a cabo la entrega por desconocido.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - PRUEBA EN LA QUE SE BASA LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS. CALIFICACIÓN JURÍDICO PENAL DE LOS HECHOS PROBADOS.

Los hechos que se han declarado probados por la concurrencia, además de la declaración del denunciante que resultó contundente, persistente y sin contradicción, en la que no consta la existencia de incredulidad subjetiva en atención a que con carácter previo a la contratación las dos personas ni se conocían y que resulta verosímil por venir corroborada por medio de la documental aportada por la acusación particular (contrato, oficio al ayuntamiento, grabaciones de las conversaciones telefónicas y emails remitidos) y a la que hemos ido haciendo referencia al redactar cada uno de ellos, es constitutiva de un delito de estafa previsto y penado en el artículo 248 del Código Penal.

De los elementos que caracterizan el delito de estafa: engaño, ánimo de lucro y desplazamiento patrimonial, son los dos primeros los que se ponen en cuestión en este caso, ya que por parte de la defensa se mantiene que nos hallamos ante una cuestión de naturaleza civil relativa a la interpretación respecto del cumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato por el cual el acusado asumió la obligación de realizar la obra relativa a la sustitución del tejado de una casa propiedad del denunciante y que la falta de ejecución se debió a las discrepancias que surgieron respecto al contenido del contrato. En definitiva, se alega que estamos ante una cuestión puramente civil.

Para fundamentar la presente resolución, debemos partir de la Jurisprudencia y nuestro TS (STS 343/2023, de 10 de mayo) viene a determinar los criterios determinantes de la responsabilidad penal en los casos en los que se utilicen fórmulas negociales. La criminalización de las conductas de este tipo exige la acreditación de que el negocio jurídico se concibió como instrumento del engaño, por lo que debe entenderse que no estaríamos ante el incumplimiento del contrato sino simple y llanamente de la previa maniobra engañosa que antecedió al propio desplazamiento por parte del sujeto pasivo.

Así mismo, el TS en Sentencia nº 706/2022, entiende que la voluntad de incumplir antecedente y causal, puede apreciarse tanto de forma directa o buscada de propósito, como a título de dolo eventual: *"Baste a estos efectos recordar cómo en la estafa el dolo antecedente exigible queda cubierto con su versión eventual. La esperanza, no fundada en motivos mínimamente razonables, de poder atender a los pagos no excluye un dolo, concebido como la indiferencia hacia un resultado que se percibe como probable: aunque no pueda afrontar los pagos, lo que preferiría, no desisto de la acción engañosa que me va a suponer una importante inyección económica"*. Tener conciencia de la alta probabilidad de no poder cumplir y, pese a ello actuar de todos modos asumiendo obligaciones que se prevé que no van a poder cumplirse y que como se establece en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 17 de abril de 2024, desplaza injusta y temerariamente el riesgo de la actividad empresarial hacia el perjudicado y constituye dolo eventual suficiente para apreciar el elemento subjetivo inherente al delito de estafa.

Por otra parte, esa misma Sentencia del Tribunal Supremo señala que: *"....la inferencia del conocimiento que ampara la imputación dolosa, tratándose de un hecho interno o elemento psicológico, fuera de los casos de confesión, solo podrá ser alcanzado a través de prueba indirecta o inferencial basada en datos proporcionados por prueba directa"*.

Para declarar probada la concurrencia de estos elementos relativos al engaño precedente y al consiguiente al elemento subjetivo, nos basamos en la apariencia de empresa solvente y experimentada en la contratación de obras.

En este sentido, nos encontramos en primer lugar con que de la actuación desarrollada declarada probada se deriva que el acusado sólo o actuando de acuerdo otra u otras personas no identificadas, **actuaba dando la apariencia de ser un empresario dedicado al negocio de la construcción solvente y de calidad** para ponerlo de manifiesto: 1) se le remitieron a D. Pablo fotografías y un video de distintas obras que se habían realizado y que no consta en modo alguno que efectivamente se hubieran ejecutado por ellos. 2) Se aparentaba que dicha empresa contaba con una estructura organizativa importante, puesto que además del acusado, los primeros contactos del denunciante a través del medio establecido en el anuncio de la entidad Solución Gestión y Desarrollo en la plataforma Mil anuncios si hicieron con una persona que dijo llamarse Zulima y que le remitió a otra persona que dijo llamarse David y que actuaba como persona vinculada a dicha entidad en calidad de comercial. Además, el acusado es el que asumía la gestión de la concreta obra contratada y a lo largo de las conversaciones mantenidas el mismo hace referencia a la existencia de una oficina dotada con personal administrativo, citando en concreto a tres personas. Que esto constituía una mera apariencia se pone de manifiesto por la imposibilidad de identificación de todas esas personas y por la forma concreta de ejecución de la única parte de la obra que se llevó a efecto, pues ni el número de operarios que el acusado proporcionó, ni



la cualificación de los mismos y la omisión de cualquier tipo de material, maquinaria o herramienta resultaban adecuados e indicadores de la efectiva ejecución acordada..

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que se **actuaba a través de distintas entidades o empresas**, porque si bien inicialmente la que figuraba en los documentos remitidos al denunciante era Solución Gestión y Desarrollo, posteriormente cuando se remitió por parte del acusado el contrato modificado, la entidad que figuraba en el mismo era Agrupados y Mejoras que el la que figura también como solicitante de la declaración responsable ante el Ayuntamiento de San Vitero y esta circunstancia unida a que los CIF que se hicieron constar en los documentos elaborados en la contratación o no existían o eran incompletos o pertenecían a otras entidades, constituyen indicio de una forma de actuar tendente a la confusión y engaño creando en el otro contratante el error exigido para realizar la contratación y realizar los pagos que se le fueron exigiendo y, finalmente debe indicarse que cuando se intentó la comunicación con la empresa contratante Solución, Gestión y Desarrollo de obras el día 4 de julio fecha que se corresponde con el día anterior a que los operarios se personaran en la obra y, por tanto, dentro de la ejecución de las obligaciones contractuales y momento en el que el acusado hablaba de la existencia del personal administrativo y la oficina, esa comunicación no pudo entregarse por desconocido (Acontecimiento 17 del expediente de instrucción).

Además, la **falta de intención o voluntad de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito entre las partes** se pone de manifiesto por la conducta desplegada por las dos personas intervinientes de forma directa en la contratación comunicándose con el promotor. En primer lugar y cuando el denunciante manifestó que la obra tenía que hacerse en el mes de julio se le urgió para la firma del contrato antes de terminar el año bajo el pretexto de que en el año siguiente los precios se iban a incrementar de forma importante. En segundo lugar, cuando se remitió el contrato y a pesar de que de palabra se había indicado que no había que adelantar cantidad alguna, en el mismo se hizo constar el pago de una cantidad en cantidad de reserva y a descontar de la liquidación final. En tercer lugar, cuando el denunciante se puso en contacto con la persona con la que había mantenido el contrato hasta el momento con la finalidad de preguntar si podrían realizar la obra en el mes de abril porque tenía la posibilidad de estar en el pueblo en dichas fechas y a pesar de comunicarle que si podían empezar antes, se le fueron dando largas y finalmente, y a pesar de las comunicaciones periódicas realizadas para comprobar que la empresa que iba a realizar la obra contaba con todo lo necesario para ejecutarla en las fechas previstas en el contrato a las que se contestaba que no se preocupara (por ejemplo en cuanto a los materiales se le indicó que trabajaban con una fábrica o almacén que tenía disponibilidad) y cuando llegó el momento en el que se habían comprometido a iniciar la obra se siguió dando largas con diversas excusas como que el ayuntamiento se había retrasado en la emisión de la licencia o que había requerido más documentación, cuando la realidad es que la misma no había sido solicitada en ningún momento. Finalmente, cuando el día 5 de julio el acusado envió a los operarios para llevar a cabo la ejecución, el denunciante comprobó que ni el personal enviado era suficiente e idóneo para realizar la obra, ni se habían depositado en la obra materiales necesarios para la ejecución de la obra, ni se portaban maquinaria o herramientas, ni se había colocado contenedor para la recogida de los materiales resultantes de desmontar el tejado y cuando estas circunstancias y en concreto la del contenedor se las comunicó al acusado este respondió con evasivas en el sentido de que cuando fuera necesario lo llevarían, lo que no se llevó a cabo en ningún momento quedando los materiales de derribo en la vía pública.

Así mismo, ha resultado acreditado que con anterioridad al 5 de julio que comenzaron los operarios el desmontaje del tejado, no se había realizado gestión alguna en el Ayuntamiento de San Vitero para la obtención de la correspondiente licencia de obra y cuando el denunciante solicitó del acusado que le enviara la documentación de forma insistente y le comunicó que le habían informado en el Ayuntamiento que no existía solicitud alguna, después de negarlo, achacó la falta de gestiones a la baja de una de esas empleadas no identificadas que estaba encargada del trabajo administrativo y fue en fecha 12 de julio cuando ante la insistencia de D. Pablo y la exigencia de este para que se le devolviera el dinero abonado cuando se presenta ante el Ayuntamiento una declaración responsable realizada a nombre de la entidad Agrupados y Mejoras.

Tampoco se contrató el contenedor para recoger los escombros, ni se contrató técnico para la realización de proyecto cuando se había manifestado que el proyecto era necesario.

Todo lo anterior es indiciario de la falta de intención o voluntad de la realización de la ejecución de la obra. La personación en la vivienda y el haber procedido al desmontaje del tejado fue simplemente una maniobra más para mantener la apariencia de cumplimiento de las obligaciones contractuales, porque a partir del día 8 de julio que fue el último día en el que los operarios estuvieron en la obra, a partir de dicho día no volvió nadie para continuar con la ejecución y cuando el denunciante hablaba con David o con el que iba como encargado de la obra el primero o no respondía o ponía distintas excusas y el segundo le remitía a Baldomero (así llamaban a Baldomero).



Como decimos, el abandono de la obra se produjo el día 8 de julio dejando el tejado desmontado y sin ningún tipo de protección y la alegación de la defensa es que se produjo la resolución del contrato como consecuencia de las discrepancias que surgieron como consecuencia de no firmar el denunciante el nuevo contrato que se le envió, resultan injustificadas porque en las conversaciones telefónicas mantenidas a partir del día 8 no se hace referencia a dicha circunstancia y es cuando D. Pablo viendo que la obra no se ejecutaba le exigió la resolución del contrato y la liquidación con devolución de lo entregado descontando lo efectivamente ejecutado, cuando Baldomero envía el día 21 de julio un nuevo contrato. Las mejoras acordadas en su momento y que constituían las modificaciones realizadas respecto del presupuesto y contrato inicial se habían abonado debidamente según la valoración dada a las mismas por D. Baldomero y a pesar de las solicitudes de D. Pablo en ese sentido, no se habían documentado, por tanto las modificaciones y su precio estaban acordadas previamente y no consta que se hubieran acordado otras diferentes y cuando se remite por parte de D. Baldomero el nuevo contrato no aceptado por D. Pablo, la obra llevaba abandonada desde el día 8 de julio y las supuestas discrepancias a las que se alude surgen a raíz de la remisión del contrato que se produjo cuando habían transcurrido 13 días y en realidad ha de concluirse que constituyó una maniobra más para enmascarar la falta de voluntad de realización de la obra, aparentando la mera existencia de discrepancias en relación al cumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente y tratando con ello de justificar la existencia de una resolución del contrato amparada por el derecho civil regulador de las obligaciones y contratos.

SEGUNDO. - NO PROCEDE CALIFICAR LOS HECHOS COMO LO PRETENDE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Frente a la calificación de los hechos como estafa del artículo 248 del Código Penal, la acusación particular pretendió que se calificaran los hechos como constitutivos de un delito de estafa del artículo 250, al considerar que concurrían las circunstancias previstas en el nº 1, es decir que *"recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social"* y en el nº 6 *"Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional"*.

Analizada la jurisprudencia sobre esas dos agravantes específicas consideramos que no concurre ninguna de ellas.

En relación con la primera la STS nº 442/2019, de 2 de octubre (Ponente Sra. Ferrer), señala que la aplicación de este subtipo agravado de vivienda (artículo 250.1.1º del C. Penal) **requiere que se trate de la primera vivienda**, única forma de considerarla un bien de primera necesidad; de modo que si no constituye el domicilio habitual o la morada del perjudicado no cabe dispensarle una protección reforzada en el ámbito penal, protección que se halla vedada para las segundas viviendas o para aquellas adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (STS 620/2004 de 4 de julio; 297/2005 de 7 de marzo; 302/2006 de 10 de marzo; 1256/2009 de 3 de diciembre; 592/2012 de 16 de julio; 186/2013 de 6 de marzo; 764/2013 de 14 de octubre; 605/2014 de 1 de octubre; la 63/2015 de 18 de febrero o 638/2016 de 26 de julio, entre otras).

Del examen del procedimiento se pone de manifiesto que la vivienda de que tratamos no es la primera vivienda o en la que denunciante tiene constituido su domicilio o residencia habitual. Ninguno de los domicilios del mismo que constan en las actuaciones es el de la vivienda de que tratamos (en la denuncia se consignó como domicilio el situado en la DIRECCION001 de San Adriá de Besós, y posteriormente se comunicó el cambio de domicilio y la citación para el juicio en el que lleva a cabo la citación en la DIRECCION002 de Vilassar de Dalt).

Por su parte y **en relación con la agravante prevista en el nº 6**, ni se ha acreditado la existencia de relación alguna de confianza entre el denunciante y el acusado porque no existía relación alguna entre ellos hasta que comenzaron las conversaciones para la ejecución de la obra, ni tampoco de aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, puesto que las actuaciones se han realizado a través de empresas que en absoluto contaban con la credibilidad empresarial o profesional exigida en el precepto legal.

TERCERO. - PERSONA PENALMENTE RESPONSABLE.

Es responsable en concepto de autor D. Baldomero dada su intervención directa y persona en los hechos, de conformidad con lo establecido en los artículos 27 y 28 del Código Penal.

CUARTO. - CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO. - PENA A IMPONER Y RESPONSABILIDAD CIVIL.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 248 del Código Penal que prevé una pena de prisión de seis meses a tres años y que para la fijación se tendrán en cuenta el importe defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados para llevar a cabo la misma y cuantas circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.



Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66,1,6ª que determina que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del autor en relación a la reiteración de conductas de la misma naturaleza, por las que ha sido condenado en sentencia firme de 2 de Mayo de 2023 dictada por el Juzgado de lo Penal nº2 de Salamanca así como por sentencia firme de 5 de Abril de 2023 dictada por el Juzgado de lo Penal nº4 de Valladolid, entendemos que la pena de prisión de dos años solicitada por el Ministerio Fiscal y que supera en tres meses al límite de la mitad inferior, resulta proporcional a la gravedad del hechos y las circunstancias personales del acusado.

Procede imponer, también y por imperativo legal, la pena de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena.

Así mismo y por aplicación de lo establecido en el artículo 123 del Código Penal, procede la imposición de las costas, incluidas las de la acusación particular, al no concurrir circunstancia alguna que justifique su no imposición.

En cuanto a la **responsabilidad civil**, el Ministerio Fiscal solicitó que el acusado abonara a D. Pablo la cantidad de 9.489€ con los intereses previstos en el artículo 576 de la L.E.C., por su parte, solicitó que se le indemnizara en la cantidad de 14.500,28€ por los daños y perjuicios sufridos y 2.000€ por daños morales.

Pues bien, el artículo 109 del Código Penal determina la responsabilidad civil derivada de la comisión del hechos delictivo y el 110 que esa responsabilidad civil comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

Por un lado, entendemos que los perjuicios materiales que se han acreditado son los relativos a las cantidades abonadas y no resituadas, es decir, 9.489€, de los que deberían descontarse el precio de los trabajos efectivamente realizados (909,19€) e incrementar dicha cantidad con los necesarios para proteger el inmueble (4.234,42€) cuya ejecución era necesaria dados los riesgos que podrían derivarse del estado en el que se quedó cuando se abandonó la obra y la retirada de los escombros que hubo de hacerse a cargo del denunciante al haberlos dejado en la vía pública (176,96). La cantidad resultante asciende a la de 12.990,69€.

Entendemos, también que corresponde la indemnización solicitada por daño moral en atención a la situación creada como consecuencia en las adquisición de compromisos no cumplidos durante meses y la preocupación y estrés se ha causado por ello y por el abandono de la obra y el estado en que quedó.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación,

FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a D. Baldomero , como autor de un delito continuado de estafa de los artículos 248 del Código Penal, I, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena **de 2 años de prisión y a la de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**, a que indemnice a **D. Pablo** en la cantidad de **CATORCEMIL NOVECIENTOS NOVENTA EUROS Y SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO** y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta Sentencia a todas las partes personadas, con remisión de una copia de la misma a todas ellas.

Llévese esta Sentencia original al Libro de Sentencias y únase un testimonio de la misma al presente Rollo de Sala nº 6/2024.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Así, por esta nuestra Sentencia, juzgando en primera y única instancia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.

Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el M.I. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha esta Audiencia Provincial. Doy fe.

y D. del delito por el que se formuló acusación, con declaración de las costas de oficio.

Contra esta sentencia puede interponerse Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.



Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos. -

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ