

Dolo civil y dolo penal en la contratación: delito de estafa

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

José suscribió, en calidad de administrador de la entidad EEE Musicales, SL, con la denunciante Ana, quien lo hizo en calidad de administradora de la entidad PPP Producciones, SL, sendos contratos denominados de producción de espectáculos, en fechas, respectivamente, de 18 y 22 de abril de 2008, para la realización del concierto de varios artistas. Dicho acusado había suscrito ya con anterioridad otros dos contratos. El primero, en fecha 25 de febrero de 2008 con la entidad Spot. SL, como productora interesada en la celebración de un concierto con la actuación de un artista. Y, el segundo (contrato), en fecha 11 de febrero de 2008 con Miguel y con Rubén, representados en el acto de la suscripción, por la entidad Señor Lobo, SL, como productora interesada en celebrar un concierto con la actuación de Pereza. En los dos primeros contratos referidos, el acusado se comprometía, por un lado, al pago de la remuneración pactada en la cláusula segunda y, por otro lado, a la obtención, entre otras gestiones, de los permisos y licencias necesarios. Dichos conciertos, que habrían tenido lugar, respectivamente, los días 27 de abril y 10 de mayo de 2008, no se celebraron, por causas que no han quedado específicamente determinadas.

¿Puede esto constituir un delito de estafa o es un supuesto de dolo civil y, por lo tanto, de incumplimiento contractual civil?

Cuestiones planteadas:

- La distinción entre dolo civil y dolo penal en los incumplimientos de negocio jurídico.
- La especial diligencia exigible al perjudicado.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Resulta evidente que, cuando de negocios jurídicos se trata, no todos ellos pueden ser criminalizados para ser sancionados como estafa, sino que, de un parte, será necesario que se haya puesto de manifiesto el ánimo inicial de incumplir (STS de 20 de enero de 2004) por parte del sujeto activo y, por otro lado, que aparezca nítidamente instalado el dolo penal propio de dicha antijuridicidad, distinto (como ha establecido reiteradamente la doctrina jurisprudencial, como en la STS de 17 de noviembre de 1997) del civil como mero incumplimiento de dicha índole, que habrá de encontrar, en su caso, su correspondiente remedio en la norma de tal carácter.

Siendo que el artículo 248 del Código Penal exige, para entender que se ha producido el delito de estafa, la utilización por parte del sujeto activo, con ánimo de lucro, de engaño bastante para producir error en un tercero, induciéndole de tal manera a realizar un acto de disposición en perjuicio del mismo o de otro, habiendo requerido la doctrina jurisprudencial la presencia de tres elementos, el primero una acción engañosa –que vendría a constituir la *ratio essendi* de la estafa, conforme a las sentencias del TS de 19 de mayo y 6 de junio de 2000–, engaño que, debiendo ser bastante, podrá consistir en cualquier ardid o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo; el segundo, antijuridicidad en la transmisión económica llevada a cabo con producción de un quebranto para el sujeto pasivo, y, el tercero, conciencia y voluntad de la acción engañosa llevada a cabo, consistente en un acto provocador de la equivocación o engaño que supone, por el contrario, el provecho o beneficio en el actor (ex sentencias de 24 de marzo y 6 de mayo de 1999), además del establecimiento (STS de 20 de diciembre de 2006 y SAP de La Rioja de 12 de diciembre de 2007) del correspondiente nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado; contrayéndose, exclusivamente, la cuestión en el presente caso a determinar si tal engaño se ha producido, engaño, que ha de ser, necesariamente, antecedente, precedente o concurrente (STS de 20 de diciembre de 2006), no *subsequens* o surgido después del incumplimiento (SAP de La Rioja de 12 de diciembre de 2007) y que debe ser adecuado, eficaz, suficiente y bastante (STS de 13 de abril de 2010).

Ha dicho el Tribunal Supremo –en sentencia número 95/2012, de fecha 23 de febrero de 2012– que, en efecto –como recuerdan, entre otras, las STS de 5 de octubre de 2011, 23 de septiembre de 2009 o 25 de junio de 2007–, el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado, y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina del mismo (sentencia de 17 de noviembre de 1999 y sentencia de 26 de junio de 2000, entre otras) considera como engaño «bastante», a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias

concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado. Indica la STS de 16 de octubre de 2007 que, en sede teórica, como indica la STS de 17 de noviembre de 1997,

la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles.

En definitiva, la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la «sanción» existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de intervención mínima que lo inspira.

La STS núm. 104/2012, de 23 de febrero ha reiterado que debe recordarse –como tiene declarado en sentencias de 29 de septiembre de 2000, 22 de octubre de 2003, 25 de junio de 2007, 25 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009 o en sentencia de 16 de julio de 2010– que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genere un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado, y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. Su doctrina –sentencia de 17 de noviembre de 1999 y sentencia de 26 de junio de 2000, entre otras– considera como engaño «bastante», a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

De otra manera, como dice la STS de 13 de mayo de 2005, para que concurra la figura delictiva de que se trata resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación. Al respecto existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas, SSTS 580/2000, de 19 de mayo

y 1012/2000, de 5 de junio). Por ello, ha declarado el Tribunal Supremo, a estos efectos, que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso, ante un dolo *subsequens*, que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Solo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo (STS de 8 de mayo de 1996) debe preceder, en todo caso, a los demás elementos del tipo de la estafa.

Añadiendo la jurisprudencia que, si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe –STS de 13 de mayo de 1994–. Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo *subsequens* del mero incumplimiento contractual (sentencias, por todas, de 16 de agosto de 1991, 24 de marzo de 1992, 5 de marzo de 1993 y 16 de julio de 1996). Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este 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*, 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 de realización.

A este respecto, debe recordarse que el engaño bastante que reclama el tipo debe entenderse como el idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude –*vid.* por todas, SSTS 483/2012, de 7 de junio, 822/2014, de 14 de octubre–.

Error que no puede medirse exclusivamente en términos psicológicos, como estado de ignorancia o de conocimiento manipulado del sujeto pasivo, sino que debe revestir también, y como apuntábamos, relevancia normativa. Pero ello no se traduce en que para medir la idoneidad solo pueda acudir a módulos *ex ante* estandarizados de tipo objetivo o relacionados con la potencialidad engañosa para el «ciudadano medio». También, a salvo un ries-

go efectivo de indebida desprotección penal, deben tomarse en cuenta las circunstancias concretas y reales del sujeto pasivo que hayan sido conocidas o reconocibles por el autor.

Este contenido ampliado de la dimensión normativa del error permite, por un lado, frente a la fórmula tradicional que incide exclusivamente en un pronóstico objetivo de idoneidad engañosa, una mejor individualización de las específicas características personales y coyunturales en que se encuentra la víctima y rodean el desarrollo del hecho típico, atendida, además, la naturaleza relacional del delito de estafa. Y, por otro, sugiere una mejor protección frente a aquellos comportamientos engañosos que abarcan situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima, ya sea por su sugestionabilidad al engaño, ya sea por la dificultad concurrente para desarrollar conductas activas de autoprotección.

Las relaciones sociales y mercantiles también se desarrollan mediante fórmulas de confianza en los demás indispensables, por otro lado, para el tráfico jurídico y económico. Sin que pueda exigirse, como se afirma en la STS 319/2013, de 3 de abril, « actitudes de extrema y sistemática suspicacia y sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o transacción».

No hay previsión normativa alguna que establezca que la norma penal solo protege a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas –*vid.* STS 832/2011 (NCJ055868)–. En el caso, reiteramos, el engaño fue bastante. Su sofisticada ideación y ejecución, muy lejos de lo burdo que reclama esta sala para excluir su relevancia –*vid.* STS 726/2018, de 29 de enero–, fueron suficientes para provocar el error en la mercantil perjudicada y obtener la consumación del fin propuesto.

Es posible que el legal representante de la perjudicada por los hechos objeto de este proceso no activara cautelas especialmente diligentes de autoprotección, pero, situacionalmente, no identificamos, de contrario, negligencia gravísima, descuido indolente, intenciones secundarias o fiduciarias de desprotección, planos ocultos con causa torpe o ilícita, que justifique no concederle la protección penal pretendida mediante la acción ejercitada. Actuó engañado, pero eso lo que prueba precisamente es la eficacia, en el caso, del ardid engañoso generado por la recurrente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 248.
- SSTS, Sala 2.^a, de 29 de junio de 2017, 5 de abril de 2018, 11 de marzo de 2021 y 7 de octubre de 2021.