

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067399

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 624/2024, de 19 de junio de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3366/2022

**SUMARIO:****Delito de estafa. Estafa agravada. Estafa inmobiliaria. Viviendas como bienes de primera necesidad. Cooperador necesario. Pena de multa.**

Condena al recurrente como cooperador necesario en un delito de estafa agravada del art. 250.1.1º CP por ofertar por internet en alquiler una vivienda sobre la que no tenía disponibilidad hasta que la víctima realizó en la cuenta de la recurrente la transferencia para tener la posesión, no pudiendo hacerlo al no existir esa posibilidad de alquilar la recurrente, quien no ha devuelto tampoco el dinero de la estafa. El motivo de recurso de casación, está incorrectamente planteado, ya que no puede acudirse a la vía del art. 849.1 LECRIM, que lo es por infracción de ley, para postular infracción de precepto constitucional. Recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico. Sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia.

Se queja de la pena impuesta y la cuota de diez euros del día multa, afirmando el recurrente que en la Sentencia se reconoce la escasa gravedad del hecho, en su relación con la cuantía defraudada, pero debe tenerse en cuenta la especial gravedad de los hechos probados referidos a aprovecharse de la necesidad de una persona de encontrar vivienda donde alojarse solo, o con su familia, y que se utilice esta fórmula para estafar a los ciudadanos. El arco que prevé el art. 50.4 CP para la pena de multa, es el de que la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros. No existe, por ello, un derecho a que la cuota sea de entre 3 y 6 euros, pero, sobre todo, en casos como el que aquí nos ocupa en el que se ha estafado a una persona que pretendía alquilar una vivienda para desarrollar allí las más elementales necesidades que tiene una persona, entre las que se encuentra la más importante, como la ejecución de la residencia y disponibilidad de vivienda, de lo que, se aprovecha la recurrente para engañar de forma bastante a la víctima del delito. La cuantía de la multa es correcta en atención al medio instrumental utilizado para perpetrar el delito, como la cuenta corriente, y la especial gravedad del hecho, así como que la suma de 10 euros de cuota está próxima al mínimo contemplado en el art. 50.4 CP.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 1.1 y 24.

LO 10/1995 (CP), arts. 28.b), 50.4, 66 y 250.1.1º.

Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), art. 849.1.

**PONENTE:***Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 624/2024

Fecha de sentencia: 19/06/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3366/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de justicia de Madrid.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3366/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 624/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de junio de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la acusada Dña. Mercedes , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 6 de abril de 2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicada acusada contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de fecha 26 de noviembre de 2021 que le condenó por delito de estafa agravada, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente acusada representada por el Procurador D. Francisco Javier Fortes Renara y bajo la dirección Letrada de D. Ángel Francisco Gil López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el nº 577/20 contra Mercedes, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, que con fecha 26 de noviembre de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Son hechos probados y así se declaran, que en enero de 2.020, el denunciante Darío, estaba interesado en encontrar un piso de alquiler porque se le terminaba el contrato de donde vivía con sus padres, y consultando el portal Mil Anuncios, vio uno con unas fotografías de la vivienda que le pareció muy interesante, por ser un alquiler barato, llamó al teléfono y habló con una mujer que dijo llamarse María Purificación, le mandó una fotografía del D.N.I., por ambas caras, iniciando unas conversaciones por whatsapp.

Cuando ya tenían todo acordado, le transfirió 750 €, en concepto de fianza con la intención de entrar a vivir inmediatamente, en la C/C NUM000, que según información facilitada por el Banco Santander, resultó ser titularidad de la acusada Mercedes, mayor de edad, con antecedentes penales no computables y cuyas circunstancias personales ya constan. El denunciante tras la realización de estos trámites, concertó la cita correspondiente para empezar a habitar en la casa, lo que no pudo hacer, al comprobar que todo era un engaño, la vivienda no se alquilaba y las fotografías del D.N.I. que se le había enviado correspondían a la víctima de otra estafa. Ante la imposibilidad de conseguir un alquiler inmediato, el denunciante y sus padres se vieron obligados a alquilar unas habitaciones, ante la necesidad que tenían de recogerse en algún lugar. La acusada no ha devuelto el dinero ilícitamente obtenido".

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALALMOS:

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Mercedes, por un delito de estafa agravada del artículo 250.1 del Código Penal, a la pena de **DIECIOCHO MESES DE PRISION** con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **NUEVE MESES MULTA** con una cuota diaria de **DIEZ EUROS**, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Y a que indemnice a Darío, en **SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (750 €)**, cantidad que se verá incrementada con el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con efectos desde la fecha de los hechos.

Con expresa condena en costas.

Contra indicada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la acusada Mercedes ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, que con fecha 6 de abril de 2022 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Fortes Ranera en nombre de Mercedes,

**ACORDAMOS** la confirmación de la sentencia núm. 678/2021, de 26 de noviembre, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial.

**DECLARAMOS LAS COSTAS DE OFICIO.**

Notifíquese a las partes y, una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sala de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Particípese, en su caso, la interposición de recurso".

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de la acusada Dña. Mercedes, 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.

### **Cuarto.**

El recurso interpuesto por la representación de la acusada Dña. Mercedes, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primero.- Por entender que la Sentencia impugnada ha incurrido en infracción de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución.

Segundo.- Al amparo del artículo 851.1º L.E.Criminal, por quebrantamiento de forma debido a la existencia de una contradicción interna de la Sentencia que aboca a la incomprensión de la decisión adoptada con la

consiguiente ausencia de un procedimiento con todas las garantías al producir indefensión la referida incongruencia en el relato y ello con vulneración del Principio constitucional de Proporcionalidad de la Sanción Penal inherente a un Estado social y democrático de Derecho según se consagra en el art. 1.1 de la Constitución Española así como por falta de congruencia exigible por el mismo texto constitucional en su art. 24 cuando consagra el derecho a la Tutela Judicial efectiva.

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de junio de 2024, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Mercedes, contra la sentencia, nº 130/2022, de fecha 6 de abril de 2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, que resolviendo recurso de apelación, contra la sentencia, dictada por Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 2021 y que la condenó como autora de un delito de estafa del artículo 250.1 en relación con el artículo 248, a la pena de 18 meses de prisión y nueve meses de multa.

#### **Segundo.**

1.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución.

El motivo está incorrectamente planteado, ya que no puede acudirse a la vía del art. 849.1 LECRIM, que lo es por infracción de ley, para postular infracción de precepto constitucional.

Señala que "no existe constancia de que la persona que se puso en contacto con el denunciante fuera mi mandante. Ni que ella fuera la titular de los correos electrónicos, para cuya demostración hubiera sido preciso de una prueba específica de averiguación técnica".

Sin embargo, el motivo que se está utilizando es el del art 849.1 LECRIM por error iuris que exige el respeto de los hechos probados y estos apuntan que:

"En enero de 2.020, el denunciante Darío, estaba interesado en encontrar un piso de alquiler porque se le terminaba el contrato de donde vivía con sus padres, y consultando el portal Mil Anuncios, vio uno con unas fotografías de la vivienda que le pareció muy interesante, por ser un alquiler barato, llamó al teléfono y habló con una mujer que dijo llamarse María Purificación, le mandó una fotografía del D.N.I., por ambas caras, iniciando unas conversaciones por whatsapp. Cuando ya tenían todo acordado, le transfirió 750 €, en concepto de fianza con la intención de entrar a vivir inmediatamente, en la C/C NUM000, que según información facilitada por el Banco Santander, resultó ser titularidad de la acusada Mercedes, mayor de edad, con antecedentes penales no computables y cuyas circunstancias personales ya constan. El denunciante tras la realización de estos trámites, concertó la cita correspondiente para empezar a habitar en la casa, lo que no pudo hacer, al comprobar que todo era un engaño, la vivienda no se alquilaba y las fotografías del D.N.I. que se le había enviado correspondían a la víctima de otra estafa. Ante la imposibilidad de conseguir un alquiler inmediato, el denunciante y sus padres se vieron obligados a alquilar unas habitaciones, ante la necesidad que tenían de recogerse en algún lugar. La acusada no ha devuelto el dinero ilícitamente obtenido.

Ante ello, al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia ( SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio

del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Por ello, el recurrente mezcla un motivo de error iuris para cuestionar, luego, la valoración probatoria, por lo que si el cauce que se ha elegido es el de ese error apelando a la presunción de inocencia tampoco podría prosperar porque lo que lleva a cabo el recurrente es una mera disidencia valorativa. La sentencia recurrida es la de apelación del TSJ resolviendo la previa apelación donde se suscitó este motivo al que se dio ya debida respuesta, y lo que se lleva a cabo es volver a plantear la disidencia valorativa del recurrente.

Hay que tener en cuenta que desde la articulación del recurso de apelación ante la sentencia de la Audiencia Provincial y el dictado de la sentencia del TSJ resolviendo aquél, el alegato de que se ha alterado la presunción de inocencia tiene unos cauces concretos en torno a que no existe realmente prueba de cargo, y que el juicio de racionalidad del TSJ acerca de la valoración probatoria es insuficiente o inexistente.

Pero no puede convertirse el alegato ex art. 24 CE, que conlleva realmente el uso de la vía del 5.4 LOPJ y 852 LECRIM como una vía para poner encima de la mesa casacional una "tercera revisión de la valoración probatoria", solicitando al tribunal de casación que "vuelva a valorar lo ya valorado" y en atención al enfoque personalizado que realiza el recurrente al cuestionar que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Por ello, la vía de la pretendida vulneración de la presunción de inocencia no puede convertirse en un escenario para realizar una exposición de cuál fue la prueba que se practicó y cuál fue la valoración probatoria que se debía haber realizado, tanto por el Tribunal de instancia, como en el proceso de apelación ante el TSJ.

Y suele ser práctica habitual, como en este caso concurre, que el recurrente cita cuál es la prueba que se ha practicado y lo que se cuestiona veladamente es el resultado valorativo cuando nos movemos ya en sede casacional y el tribunal de enjuiciamiento citó la prueba practicada y la valoró. Y este proceso fue objeto de apelación ante el TSJ, y éste, a su vez, lo analizó debidamente y rechazó que se hubiera vulnerado la presunción de inocencia, motivando debidamente que la explicación que ha dado el tribunal de instancia es correcta, tanto en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima, como del resto de prueba tenida en cuenta para entender que existe la suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.

En base a ello, la práctica habitual de que ante la valoración de la prueba correlativa realizada por dos tribunales lleve consigo una exposición en sede casacional de que se disiente de ese contenido valorativo no tiene cabida en un escenario donde el motivo casacional está más basado en la "disidencia" y en que se "sustituya" la valoración de la prueba llevada a cabo por dos tribunales por la que expone el recurrente, aunque lo sea de forma detallada, volviendo a exponer ante esta Sala qué fue lo que concluyó el tribunal ante las pruebas concurrentes y testigos, o las pruebas periciales, y llegar a un resultado valorativo distinto, ya que ello supone el proceso de pretensión de sustitución de una valoración de los tribunales por la del recurrente.

Pues bien, ello no supone que se ha vulnerado la presunción de inocencia, sino que solicita una revisión íntegra del resultado valorativo por el personal. Y, en definitiva, lleva consigo una reclamación "de lo que se debía haber valorado" con lo mismo que se dijo y expuso el día del juicio por testigos y peritos.

Siguiendo con el alegato del recurrente en torno a la presunción de inocencia que se alega es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona standard of proof que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad "instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración" (In re Wip). Se cita también la expresión proof leaving no doubt, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable ( STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, y se ha expuesto, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso -subjetivo- de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso

objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objetive.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" y también como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada". El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba -beyond any reasonable doubt (penal) y preponderance of evidence (civil)- pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

Además, como ya hemos señalado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, debemos insistir - SSTS 151/2014 de 4 marzo, 310/2014 27 marzo-, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4 , señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos".

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

En este caso debe concluirse la existencia de prueba bastante, y al proceso de inferencia llevado a cabo por el tribunal para construir el "edificio de las pruebas concurrentes al caso concreto" que da lugar y permite que en la arquitectura de la sentencia el Tribunal haya tenido un soporte válido y sólido para fundar una resolución con las pruebas recogidas en la base motivacional.

Pues bien, alegándose por la parte recurrente el carácter irracional de la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal sentenciador ante el que con inmediación se ha practicado la prueba vamos a verificar cuál fue la prueba reflejada, sistematizando la tenida en cuenta por el Tribunal para analizar el grado de la "suficiencia" exigida por la tenida en cuenta como de cargo, y que en este caso se refiere a la existencia de indicios plurales, concatenados, interrelacionados entre sí que llevan al tribunal a la inferencia y proceso deductivo del tribunal a entender que se enervó la presunción de inocencia y dictó la condena.

Además, no puede convertirse la casación en otra "segunda vuelta" de oportunidad para volver a plantear ante la sede casacional lo que ya se planteó ante el TSJ, prácticamente como si el recurso de apelación ante este no hubiera existido, y la casación no es un recurso articulado en una "segunda oportunidad" de volver a plantear lo mismo y plantear de forma repetitiva lo que se alegó ante el TSJ y esperar una "reacción" distinta ante los mismos argumentos expositivos.

Así pues, con independencia de que el motivo lo sea por error iuris y no se respeten los hechos probados donde consta, de su contenido, el engaño bastante llevado a cabo por la recurrente para provocar el desplazamiento patrimonial de la víctima del delito para abonar una cantidad por un alquiler que no existía el TSJ ha señalado que:

1.- La sentencia infiere que haber aportado el número de cuenta bancaria para que el perjudicado ingresara la cantidad de la defraudación recibido por mensajería de la aplicación whatsapp describe la autoría por cooperación, de forma que su aportación no se inserta en el acto típico, pero sí en una actividad adyacente, pero íntimamente con el núcleo típico.

2.- La falta de investigación sobre los mensajes electrónicos en modo alguno invalida la inferencia, puesto que si se hubiera llegado a acreditar que la parte recurrente era la titular del teléfono desde el que se perpetró el engaño, hubiera respondido en concepto de autora directa.

3.- De la prueba documental aportada por el perjudicado ha de inferirse racionalmente que la parte recurrente realizó una aportación voluntaria e imprescindible a sabiendas, unido a la falta de devolución del dinero que le fue ingresado. Luego ha de ser descartada la pretendida confusión del ignorado autor principal.

4.- Es dato inobjetable que según información facilitada por el Banco Santander la cuenta que se dio para que la víctima hiciera el ingreso procedente de una estafa resultó ser titularidad de la recurrente Mercedes, quien consta en los hechos probados que no ha devuelto el dinero ilícitamente obtenido

5.- Por ello, ha sido condenada como cooperadora necesaria, en relación con el artículo 28 b) del Código Penal un delito de estafa agravada del artículo 250.1 del Penal a la pena de DIECIOCHO MESES DE PRISION Y accesorias.

6.- Facilitar la cuenta corriente a un tercero a sabiendas de que la finalidad no es lícita integra la participación como autor mediato.

En base a lo expuesto existe prueba plural, válida y suficientemente explicitada, por cuanto que el dato de que la cantidad defraudada se ingresará en su cuenta, por cuanto que naturalmente fue la que dio la persona con la que se contactó por teléfono (fuera directamente la recurrente u otra persona a su cargo), la falta de explicación y no devolución de dichas cantidades, hacen que su participación, cuando menos en el concepto de cooperadora necesaria, aparezcan con nitidez absoluta, pues aportar cuentas para recibir el dinero estafado y disponer del mismo se configura como cooperación necesaria.

No, por menos, puede predicarse de la conducta de la recurrente que ha participado en la estafa dirigida al aprovechamiento de la necesidad de vivienda que tienen los ciudadanos de alquilar inmuebles en un contexto de elevación de precios en el mercado de alquiler, por lo que es reprochable desde el punto de vista penal la realización de ofertas en internet anunciando inmuebles en alquiler, cuando la realidad es que ese inmueble no lo tiene en alquiler la persona que lo ofrece por internet, ni tiene disponibilidad sobre el mismo, por lo que ese aprovechamiento en un contexto de necesidad de acceso a la vivienda integra una estafa agravada, y, como decimos, reprochable por el aprovechamiento que existe en quienes así actúan por medio de internet, u otros foros, de oferta de pisos en alquiler para conseguir un enriquecimiento patrimonial y un perjuicio a personas que demandan un inmueble en alquiler a un precio asequible.

Señala, por eso, la sentencia de la AP que "la estafa agravada del n. 1º del artículo 250, del repetido Código, se fundamenta en la idea de dar una mayor protección de bienes de primera necesidad como las viviendas, y solo es procedente cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio, como lugar de residencia, donde puede establecer su domicilio, pues estas son la únicas que pueden ser consideradas de primera necesidad".

Así, es particularmente rechazable que se utilicen estas fórmulas de engaño para conseguir un beneficio económico de quien puede que esté necesitado también de dinero y que carece de inmueble en el que residir, y que por esa necesidad se vea más expuesto a caer en la trampa de personas que ofrecen inmuebles en alquiler que, sin embargo, no disponen de ellos, suponiendo esa conducta y modus operandi una agravación de la estafa.

Hay que tener en cuenta la especial gravedad del hecho de utilizar un medio que permite una amplia difusión, como es Internet, para realizar la estafa del falso alquiler con falsas identificaciones y con el aprovechamiento del ámbito de necesidad que provoca hoy en día la búsqueda de vivienda, dados los precios que existen y se manejan, tanto en la compra de vivienda como la de alquiler.

Es esta necesidad de la búsqueda de una vivienda en alquiler a un precio asequible lo que provoca el descenso de las medidas de autoprotección por las víctimas y un exceso en la ejecución del principio de confianza en que la oferta que se detecta en Internet es real y no falsa, como ocurre en casos que como el presente proliferan en Internet, causando graves perjuicios en personas que confían en la veracidad de la oferta y la realidad del inmueble, así como en la identificación del titular con la persona que la oferta, provocando, posteriormente, un grave perjuicio, no solamente económico en cuanto a la pérdida de la cantidad ingresada, sino, también, moral y psicológico, al darse cuenta que ha perdido, tanto el dinero como la disponibilidad de la posesión del inmueble que pretendía, debiendo proceder a la búsqueda de un nuevo inmueble, con la pérdida incluida económica a haber sido víctima de una estafa inmobiliaria.

Se asegura por los expertos que el tensionado mercado de vivienda en alquiler propicia el aumento de las ciberestafas y en cuanto a la metodología la propia Federación nacional de asociaciones inmobiliarias señala que el estafador entra en portales y páginas web y copian anuncios de propiedades en alquiler utilizando el logo para publicitarlos a un precio más reducido, lo que provoca que personas que buscan un inmueble sean víctimas asequibles cuando el importe inmueble es superior, que es, en la realidad, lo que facilita la existencia de la ciberestafa inmobiliaria. Así, los autores y cooperadores de estas estafas inmobiliarias se aprovechan de la delicada situación de muchas personas, que ven complicado encontrar una casa en la que vivir, para engañarles, lo que en muchos casos supone agravar la ya de por sí vulnerable posición de las víctimas, haciéndoles más vulnerables aún.

Así, los expertos en la materia destacan que el mercado de la vivienda en alquiler es el más vulnerable del sector, tanto en el mercado de alquiler de largo duración, como el de alquiler vacacional.

Por otro lado, la facilitación del número de cuenta corriente al perjudicado de un delito de estafa agravada por referirse a vivienda el objeto de la estafa no se trata de "un único dato" como refiere el recurrente, sino de un dato "de singular potencia acreditativa" como se puede referir de la aparición de una huella dactilar en el inmueble donde se ha cometido un delito, si no se puede explicar qué hace allí esta huella.

Sobre la importancia de pruebas y datos que concurran en una investigación penal por delito se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 366/2023 de 18 May. 2023, Rec. 10612/2022 que señala al respecto que:

"En ocasiones se admite la concurrencia de la viabilidad de los denominados indicios relevantes con singular potencia acreditativa, como puede ser en este caso el de una huella dactilar, que en este caso son dos, de los autores en el domicilio donde se perpetra el delito y la ausencia de razones explicativas acerca de la presencia y hallazgo de esas huellas de dos acusados en el tiempo y lugar donde se ha cometido un delito de tanta gravedad como es el de robo en casa habitada y asesinato. En modo alguno consta probado que se hayan realizado trabajos de pintura en el lugar del crimen por los recurrentes.

No se trata de que los recurrentes tengan que demostrar su inocencia, sino que puedan estar en condiciones de explicar qué hacían en el lugar del crimen dos huellas dactilares de ambos en lugares especialmente significativos, sobre todo el del actual recurrente y que permiten llegar al jurado a la conclusión de que los indicios que se han citado recogen y reúnen la suficiencia acreditativa para tener por enervada la presunción de inocencia."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 169/2011 de 18 Mar. 2011, Rec. 1964/2010 se recoge que:

"Con respecto a su valor probatorio constituye un indicio especialmente significativo, es decir, de una "singular potencia acreditativa" " STS. 468/2002 de 15.3 ), y reiteradamente se ha admitido por esta Sala, la efectividad de esta prueba para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia ( SS. de 17 de marzo o 30 de junio de 1999 y las de 22 de marzo , 27 de abril o 19 de junio de 2000 ), en cuanto constituye una prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en el que la huella se encuentra o permite establecer, con seguridad prácticamente absoluta, que sus manos han estado en contacto con la superficie en la que aparecen impresas".

Con ello, la identificación de la recurrente y su cuenta corriente como la facilitada para efectuar un ingreso por una estafa de alquiler haciendo creer a la víctima la disponibilidad sobre un inmueble de la que se carece es una prueba de singular potencia acreditativa. Se ha admitido así por el tribunal de instancia y motivado y efectuado el debido análisis de la racionalidad de la valoración probatoria por el TSJ.

Con ello, si se verifica el motivo por error iuris es evidente la subsunción de los hechos probados en el delito de estafa agravada por concurrir un engaño bastante capaz de afectar a provocar un desplazamiento patrimonial en el sujeto víctima y un corolario enriquecimiento en el sujeto activo que en este caso actúa como cooperador necesario al facilitar una cuenta corriente donde efectuar el ingreso como pago por una vivienda en alquiler sobre la que el estafador no tiene disponibilidad y, por ello, no le pudo entregar la posesión del inmueble a la víctima y, además, no ha devuelto el importe objeto de la estafa el recurrente cuando este se ingresó en su cuenta corriente debidamente identificada.

El motivo se desestima.

### Tercero.

**2.-** Al amparo del artículo 851.1º L.E.Criminal, por quebrantamiento de forma debido a la existencia de una contradicción interna de la Sentencia que aboca a la incomprensión de la decisión adoptada con la consiguiente ausencia de un procedimiento con todas las garantías al producir indefensión la referida incongruencia en el relato y ello con vulneración del Principio constitucional de Proporcionalidad de la Sanción Penal inherente a un Estado social y democrático de Derecho según se consagra en el art. 1.1 de la Constitución Española así como por falta de

congruencia exigible por el mismo texto constitucional en su art. 24 cuando consagra el derecho a la Tutela Judicial efectiva.

Se afirma por el recurrente que en la Sentencia se reconoce "la escasa gravedad del hecho, en su relación con la cuantía defraudada".

Sin embargo, también existe error en el planteamiento del motivo, ya que nada tiene que ver el art. 851.1º LECRIM con el contenido de la queja que se lleva a cabo en lo relativo a la contradicción alegada por el recurrente, entre lo afirmado en los fundamentos jurídicos de la escasa entidad de la estafa, con la penalidad impuesta, que nada tiene que ver con el número 1º del artículo 851 de la ley de enjuiciamiento criminal que requiere que dicha contradicción sea en los hechos declarados probados.

El art. 851.1º LECRIM que es el motivo que utiliza el recurrente lo es cuando existe contradicción en los hechos o no están claros y no se expresan cuáles son, lo que aquí no concurre, ya que de lo que se queja el recurrente es de la pena que nada tiene que ver con la naturaleza del motivo que se utiliza, el art. 851.1º LECRIM.

Hay que tener en cuenta que ya hemos expresado en el FD anterior la especial gravedad de los hechos probados referidos a aprovecharse de la necesidad de una persona de encontrar vivienda donde alojarse solo, o con su familia, y que se utilice esta fórmula para estafar a los ciudadanos, lo que hace especialmente reprochable estas conductas en un momento de dificultades de acceso a la vivienda por los ciudadanos y que se encuentren con alguien que les ofrece por internet una vivienda en alquiler que, luego, no lo está ni pertenece al estafador. Ello determina por sí solo que la pena se aleje de la mínima posible.

Así, por lo que respecta a la falta de motivación que se afirma por el recurrente, tanto la extensión de la pena, que conviene recordar que según el artículo 66 del CP, en el presente caso no concurrían circunstancias agravantes y atenuantes podían haberse recorrido la pena en toda su extensión, habiéndosele impuesto una pena muy cercana a la mínima, tanto en la prisión como en la cantidad establecida para la cuota diaria, y teniendo en cuenta la existencia de antecedentes penales, de la recurrente, de la utilización de una documentación de una persona que ya había sido víctima de una estafa, datos estos que constan en los hechos declarados probados, difícilmente puede afirmarse que la pena impuesta no ha sido proporcional al delito cometido y a las circunstancias personales y concurrentes en el hecho punible. Ni en la pena de prisión ni en la cuota diaria de la pena de multa que es correcta y proporcional a los hechos probados y la utilización de cuentas corrientes para que la víctima del delito haga una transferencia en la misma sin que la recurrente haya devuelto el dinero estafado.

El TSJ rechazó este motivo razonando correctamente en el FD nº 4 que:

"La reducción no es posible porque es lógico inferir que quien es titular de una cuenta bancaria está en disposición de obtener ingresos y de afrontar obligaciones como la que nos ocupa, estando reservado el mínimo de 2 euros diarios, y lo que se propone, tres euros, para casos de indigencia, pero en cualquier caso diez euros está cerca del mínimo y en total suponen 3000 euros que no precisa de profundidades adicionales ( STS 320/2012, de 3 de mayo ), al no disponer de información directa de la acusada. Item más la cuenta bancaria de la que es titular esta última y donde se transfirió por la víctima, burlando su buena fe, la suma objeto del ilícito, refleja una concatenación de haberes, abundando en la procedencia de rechazar el motivo."

Hay que tener en cuenta que el arco que prevé el art. 50.3 CP es el de que La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros.

No existe, por ello, un derecho a que la cuota sea de entre 3 y 6 euros, pero, sobre todo, en casos como el que aquí nos ocupa en el que se ha estafado a una persona que pretendía alquilar una vivienda para desarrollar allí las más elementales necesidades que tiene una persona, entre las que se encuentra la más importante, como la ejecución de la residencia y disponibilidad de vivienda, de lo que, insistimos, se aprovecha la recurrente para engañar de forma bastante a la víctima del delito.

La cuantía de la multa es correcta en atención al medio instrumental utilizado para perpetrar el delito, como la cuenta corriente, y la especial gravedad del hecho, así como que la suma de 10 euros de cuota está próxima al mínimo contemplado en el art. 50.3 CP.

El motivo se desestima.

#### **Cuarto.**

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de la acusada Mercedes , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid, de fecha 6 de abril de 2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicada acusada contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de fecha 26 de noviembre de 2021 que le condenó por delito de estafa agravada. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.