

EL DELITO DE ESTAFA EN COMISIÓN POR OMISIÓN

CALIFICACIÓN: 10

JUSTIFICACIÓN DEL TUTOR:

En el presente trabajo se aborda una cuestión jurídico-penal compleja como es la participación por omisión en el delito de estafa.

Para ello la autora presenta un trabajo con una estructura ordenada que contiene su correcta exposición teórica de todos los elementos del delito en cuestión y su correspondiente aplicación práctica, realizando una síntesis de las teorías que fundamentan sus conclusiones.

El trabajo posee una correcta coherencia entre los objetivos planteados en su inicio y el desarrollo del mismo y hace uso de una bibliografía y jurisprudencia actualizada y adecuada.

Por todo ello, considero pertinente darle la puntuación indicada.

NOMBRE
SANTOS
PADRON
MANUEL
FREDDY - NIF
43770863T

Firmado
digitalmente por
NOMBRE SANTOS
PADRON
MANUEL FREDDY
- NIF 43770863T
Fecha: 2019.01.25
13:00:17 Z

Máster Universitario en Abogacía

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

DICTAMEN JURÍDICO:

EL DELITO DE ESTAFA EN COMISIÓN POR
OMISIÓN

THE CRIME OF FRAUD IN COMISSION FOR
OMISSION

Sofía Beatriz Arocha Vinagre

42237750 K

Tutor: Manuel Freddy Santos Padrón

RESUMEN

El presente trabajo consiste en la elaboración de un dictamen jurídico, cuyo objeto es el planteamiento de un concreto supuesto de hecho y una posible propuesta de resolución de cada una de las cuestiones jurídicas que se plantean del caso. El mismo se integra en el ámbito del derecho penal, concretamente en lo referente al delito de estafa, en su modalidad omisiva, de modo que se irán analizando cada uno de los elementos que integran la tipificación penal de dicho delito en comisión por omisión, aplicándolos al caso concreto, con el fin de poder negar la autoría o participación de uno de los querellados del supuesto de hecho. Para ello, acudimos a lo establecido por los instrumentos normativos existentes, la doctrina y la jurisprudencia.

ABSTRACT

The following study consists in the elaboration of a legal opinion, whose object is the statement of a concrete assumption of fact and a possible proposal of resolution of each one of the legal questions that arise from the case. It is integrated into the field of criminal law, specifically in relation to the crime of fraud, in its omission mode, so that will be analyzed each of the elements that make up the criminalization of such crime in commission by omission, applying them to the specific case, in order to be able to deny the authorship or participation of one of the defendants of the alleged fact. For this, we turn to what is established by existing normative instruments, doctrine and jurisprudence.

INDICE

| | |
|--|----|
| Principales Abreviaturas..... | 3 |
| 1. Objeto del dictamen | 4 |
| 2. Supuesto práctico que constituye el objeto del dictamen | 5 |
| 3. Cuestiones jurídicas que se plantean del supuesto de hecho..... | 7 |
| 4. Argumentación y propuesta de resolución de las distintas cuestiones jurídicas planteadas..... | 7 |
| 4.1 ¿Son equiparables las conductas de Francisco y Daniel? | 7 |
| 4.2 ¿Cabe hablar de una modalidad omisiva del delito de estafa?..... | 9 |
| 4.3 ¿Cuáles son los elementos del delito de estafa? ¿Y los elementos en su modalidad omisiva? ¿Se cumplen todos en el supuesto de hecho?..... | 11 |
| 4.3.1 El engaño bastante..... | 12 |
| 4.3.2 La precedencia..... | 15 |
| 4.3.3 El error..... | 17 |
| 4.3.4 El deber de autoprotección o autotutela de la víctima..... | 19 |
| 4.3.5 La disposición patrimonial y el perjuicio..... | 22 |
| 4.3.6 La relación de causalidad entre el engaño y el error..... | 24 |
| 4.3.7 Dolo y ánimo de lucro del sujeto activo..... | 25 |
| 4.4 Elementos de la modalidad omisiva | 27 |
| 4.4.1 La posición de garante y deber de información..... | 27 |
| El silencio del garante | 31 |
| 4.4.2 La equivalencia de la no evitación del resultado con su causación..... | 33 |
| 4.5 La participación en la omisión del delito de estafa..... | 34 |
| 4.5.1 Coautoría..... | 36 |
| 4.5.2 Autoría accesoria..... | 38 |
| 5. CONCLUSIONES..... | 39 |
| 6. Bibliografía y jurisprudencia aplicadas | 43 |

PRINCIPALES ABREVIATURAS

| | |
|-------------|--------------------------------|
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| CP | Código Penal |
| Edit. | Editorial |
| Núm. | Número |
| Op. cit | En obra citada |
| Pág. | Página |
| Párr. | Párrafo |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TS | Tribunal Supremo |
| <i>Víd.</i> | Véase |

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA ESTAFA EN COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Objeto del dictamen

A través del estudio del derecho, llegamos a la conclusión de que la teoría y la práctica se encuentran profundamente vinculadas y entendemos que la enseñanza teórica es necesaria para poder comprender, posteriormente, el contenido del derecho y de las normas jurídicas.

Todo ello, además, se enlaza con la consiguiente práctica de esos conocimientos que hemos adquiridos, gracias a la cual aprendemos, sobre todo, a identificar un problema jurídico para intentar darle una solución a través de la búsqueda en las normas, la doctrina y la jurisprudencia.

Con esto, he considerado interesante abogar por la realización de un dictamen jurídico, a través del cual plantearé algunas cuestiones jurídicas que, a priori, no suscitan una fácil respuesta, todas ellas relacionadas con el tratamiento de la omisión en el delito de estafa, y que parten del supuesto de hecho que se propone a continuación.

Al tratarse el delito de estafa de un delito de resultado, precisa de un estudio pormenorizado en el que se confluyan teoría y práctica, entendiéndose finalmente cuándo se castigaría a aquel que no realiza una conducta de forma activa, siempre que esa “no realización” genere un perjuicio o un menoscabo en el patrimonio del que debió saber y conocer y que, probablemente, de haber tenido ese conocimiento previo, no habría actuado de la misma forma.

Es cierto y cabe destacar que, en general, la doctrina española no suele prestar especial atención a la modalidad omisiva en el delito de estafa; de hecho, cuesta entender el concepto como tal para poder aportar una defensa consensuada frente a un caso práctico. Sin embargo, ya el Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales sí han dictado sentencias condenatorias o absolutorias por delitos de estafa en comisión por omisión, gracias a ello podremos entender y dar posibles soluciones al planteamiento del hecho. Por ello, resolveremos un caso práctico, a partir de unos antecedentes de hecho a enumerar, que versa sobre este delito.

2. Supuesto práctico que constituye el objeto del dictamen.

- I. En julio de 2004, Don Francisco Llanos Pérez -en adelante, Francisco- vende las participaciones sociales de la sociedad Sopefer, S.L., de las que era titular, a Don Daniel Muñoz Rodríguez -en adelante, Daniel-. Desde ese momento, además de perder la condición de socio, dejó de ser administrador de la compañía.
- II. No obstante esa venta, Don Francisco siguió prestando servicios profesionales para esa sociedad, cuyo objeto era el asesoramiento en la compra de mercaderías.
- III. Paralelamente, Don Francisco es arrendatario de una oficina propiedad de Don José Hernández López (en adelante, el querellante), un empresario de 50 años, con amplia experiencia en los negocios, y con un gran patrimonio familiar. Además, existía entre ellos además una buena relación cordial.
- IV. En ese contexto de buena relación personal, en el año 2006 Don José propone a Don Francisco comprar sus participaciones sociales de Sopefer, S.L. en la creencia de que seguía siendo titular de las mismas. En dicha conversación, Don Francisco le aclara que ya no es propietario, pero que lo puede poner en contacto con el actual titular (Don Daniel).
- V. Puestos en contacto José y Daniel, por medio de Francisco, los primeros llegan a un acuerdo por el que Daniel le vende a José la totalidad de sus participaciones sociales en la empresa por un importe de 1.000.000€.
- VI. Durante las negociaciones, Francisco estuvo presente solo en la primera reunión, y a los solos efectos de presentar a las partes, pero sin que conste que participara en las negociaciones, ni que cobrara remuneración alguna por dicha actuación. Sin embargo, sí que estuvo informado por ambas partes del estado de la negociación y condiciones del acuerdo.
- VII. Durante las negociaciones, Daniel le entrega a José determinada documentación contable (en particular, las cuentas depositadas en el Registro Mercantil y las declaraciones del impuesto de sociedades de los dos años anteriores).
- VIII. Nada más tomar José el control de la empresa Sopefer, S.L., se da cuenta de que dicha documentación contable no se corresponde con la imagen fiel de la mercantil, y que existía una contabilidad B.
- IX. Ante ello, solicita a un economista que emita un informe, que tiene como resultado que, en el año en que se produce la venta, la empresa dio pérdidas en cuantía de

400.000 euros, frente a los beneficios que aparecían de la documentación entregada.

- X. José presenta querrela por un delito de estafa contra Daniel y Francisco, como consecuencia de la compraventa de Sopefer, S.L.. En dicho escrito, José alega que Francisco fue la persona que intermedió en la compraventa, y que éste sabía cuál era la situación real de las cuentas. Además, dice que la compraventa de las participaciones era una estafa orquestada por ambos vendedores para quedarse con el negocio a través de otra empresa.
- XI. Durante el juicio quedó acreditado:
 - a. La existencia de una contabilidad B.
 - b. Que las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil no respondían a la imagen fiel de la compañía.
 - c. Que se hizo el pago de la compraventa de participaciones.
 - d. Que el valor de las participaciones era notablemente inferior a su precio
 - e. Que tanto Daniel como Francisco conocían el estado real contable de la empresa.
- XII. Francisco nos encarga la realización de un dictamen jurídico y, además, su defensa en juicio.

3. Cuestiones jurídicas se plantean del supuesto de hecho

Se suscitan una serie de cuestiones jurídicas, que procederemos a analizar a lo largo del presente dictamen. Así, partiendo de que, efectivamente, Daniel cometió un delito de estafa frente a José, debemos estudiar algunas cuestiones relativas a la relación de Francisco con el delito. En primer lugar, la pregunta de fondo es la siguiente: ¿Se ha cometido un delito de estafa en la modalidad omisiva del mismo? Sin embargo, se nos plantea otras relativas a la relación de Francisco con el delito:

- a) ¿Son equiparables las conductas de Francisco y Daniel?
- b) ¿Cabe hablar de una modalidad omisiva del delito de estafa?
- c) ¿Cuáles son los elementos del delito de estafa? ¿Se cumplen en la actuación de Francisco?
- d) ¿Tenía Francisco deber de informar a José del estado real de la empresa?
- e) ¿Cuáles son los títulos de participación y cuál es imputable a Francisco?

4. Argumentación y propuesta de resolución de las distintas cuestiones jurídicas planteadas

A partir de las cuestiones jurídicas que se plantean en el epígrafe anterior, todas ellas provenientes de la lectura del caso práctico propuesto, precisamos de un estudio pormenorizado de lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia el ámbito del delito de estafa para tratar de dar las conclusiones que el caso jurídico precisa. Todo ello se hará teniendo en cuenta los diferentes elementos que integrarían dicho delito, tanto desde una perspectiva general como los que son concretos de la modalidad omisiva, para así, finalmente, poder determinar si Francisco tiene responsabilidad criminal o no, o si puede considerarse su participación en el delito.

4.1. ¿Son equiparables las conductas de Francisco y Daniel?

En el supuesto de hecho, nos encontramos con dos posibles autores del delito de estafa del artículo 248 del CP, autores por los que presenta querrela Don José y por los que, posteriormente, se celebra el juicio contra los mismos.

En primer lugar, es Francisco (un posible autor) el que pone en contacto a Daniel (otro posible autor, dueño de las participaciones de Sopefer, S.L.) y José (querellante e interesado en la compraventa de dichas participaciones); ello sin aportar una información que conoce y que, de haber puesto en conocimiento de José, es probable que le hubiera evitado el posterior perjuicio económico que obtuvo. En segundo lugar, es Daniel el que realiza el negocio jurídico de la compraventa con José, transmitiéndole unas participaciones de la empresa Sopefer, S.L., la cual no se encontraba en el estado que aparentaba o que José creyó.

Por tanto, Francisco ha omitido una información, cuya transferencia a José hubiera sido importante para el mismo, lo cual lleva a planteamos si esa omisión ha supuesto en José un error. Sin embargo, Daniel sí ha realizado el hecho mediante una acción, pues ha vendido unas participaciones por un valor superior al que merecían y no informó a José de la realidad de la empresa.

Atendiendo al tipo legal de la estafa en el Código Penal Español, recogido en el artículo 248 del mismo, se establece que cometen delito de estafa aquellos que, “*con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*”. Podemos extraer de la redacción de dicho precepto, cuatro elementos que integra este delito, los cuales, son los siguientes: el ánimo de lucro, el engaño bastante, el error en otro, el acto de disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial.

También el Tribunal Supremo, en una de sus sentencias¹, fija los elementos tanto objetivos como subjetivos de la estafa, estableciendo que hay que tener en cuenta que el engaño es el elemento esencial del tipo penal de la estafa, citado textualmente en el artículo expuesto en el párrafo anterior.

Aun así, dice el Tribunal Supremo, el delito no se conforma únicamente con la existencia del engaño, sino que precisa de otros elementos, y es cuando añade los mismos que recoge la redacción del precepto: requiere que ese engaño suponga un error en el sujeto pasivo, así como un acto de disposición patrimonial que provenga de ese error, y el consiguiente perjuicio patrimonial, por lo que se exige la existencia de un nexo causal entre dicho

¹ STS de 7 de diciembre de 2002

engaño por parte del sujeto activo y el perjuicio en el sujeto pasivo (es decir, que exista una vinculación).

Respecto de la aparición de los elementos en los comportamientos de ambos sujetos querellados (Francisco y Daniel), vemos que puede haber mediado un engaño por parte de ambos, y que ello ha dado lugar a un error y a un perjuicio patrimonial en José, al comprar las participaciones de una empresa que no se encontraba en su mejor momento, pero no por ello podemos afirmar que Francisco obtuviera beneficios de dicha compra, o que tuviera un ánimo de lucro, al ponerlo en contacto con Daniel para la compraventa. De hecho, no se enriqueció posteriormente de ese negocio jurídico. En cambio, Daniel sí ha obtenido un beneficio al deshacerse de dichas participaciones.

Por tanto, nos planteamos si el simple hecho de presentar a ambos sujetos y de no transmitir una información que conocía y que hubiera cambiado el comportamiento en José -pues, probablemente, no habría adquirido dichas participaciones-supone, por sí mismo, un engaño.

Entendemos, por tanto, que la actitud de Daniel se inserta dentro de la modalidad activa del delito de estafa, pues ha realizado una acción (la compraventa de las participaciones) y lo que nos preguntamos es si Francisco, que no ha participado en los hechos con una conducta activa, podría incurrir en el mismo delito, pero en su modalidad omisiva, por no aportar una información de la que tenía constancia y que pudo evitar que José comprara las participaciones de la empresa Sopefer, S.L. Es esta cuestión la que analizaremos a lo largo de los siguientes epígrafes.

4.2.¿Cabe hablar de una modalidad omisiva del delito de estafa?

Partiendo de una perspectiva genérica de la modalidad omisiva de los delitos recogidos en el Código Penal español, conocemos los siguientes tipos: la omisión propia y la omisión impropia. Sin embargo, en este dictamen no nos interesa centrarnos en la omisión propia, ya que tipifica como delito la no realización de una acción tendente a cumplir con un mandato con la posibilidad de hacerlo.

En nuestro caso, no existe ningún tipo de mandato, sino que hablamos de la no realización de una acción que tiende a evitar un resultado delictivo, con la capacidad de evitar hacerlo (omisión impropia, también llamada comisión por omisión).

Tal y como expone el artículo 11 del Código Penal, la omisión impropia -o comisión por omisión- está dirigida a aquellas personas obligadas a actuar para salvaguardar a la víctima, es decir, para evitar que se produzca una lesión, contando con una posición de garante respecto al bien jurídico. De este modo, la comisión omisiva exige la existencia de una norma que vaya dirigida a sujetos especialmente responsables; en este caso, responsables de transmitir una información veraz o de no ocultarla (deber de informar y deber de veracidad). Por tanto, quienes hayan integrado este deber de veracidad lo cumplirán impidiendo que el sujeto pasivo sufra un engaño.

Si entendemos que el delito de estafa exige, para su producción, una comunicación, ¿es suficiente el “no hacer” o “no transmitir” para producir un engaño y, consecuentemente, un error en otra persona?

Como el precepto no deja entrever cómo ello afecta, del mismo modo, a la modalidad omisiva del delito de estafa, interesa servirse de lo dispuesto por la jurisprudencia, para así poder afirmar si es admisible la aplicación del precepto a la omisión del delito de estafa. Varias sentencias admiten la validez del del delito de estafa por omisión, pero sólo cuando si hablamos de una omisión impropia – o comisión por omisión-.

Concurren, así, los siguientes requisitos²:

- 1) Que la infracción penal consista en la producción de un resultado, lo que es evidente en el delito de estafa.

En el caso de José, se ha producido un resultado, es decir, un perjuicio patrimonial en él, al haber adquirido unas participaciones cuyo valor real no se correspondía con la realidad, pues era inferior al pagado y, además, porque las participaciones pertenecen a una empresa cuya realidad es peor a la que José creyó.

² STS 1058/2010, de 13 de diciembre de 2010

- 2) Que la no evitación del resultado por parte del sujeto activo equivalga... a su causación; es decir, que la pasividad u omisión por parte del agente, en la estafa, sea la causa del principio derivado del acto de disposición.

Podemos plantearnos que, si Francisco hubiera comunicado el estado financiero real de la empresa Sopefer, S.L. al comprador (José), posiblemente se habría evitado la estafa (causa del acto de disposición), pero para ello se tiene que afirmar que Francisco ha adquirido la condición de agente, es decir, que el mismo ostente la posición de garante.

- 3) Que la no evitación del resultado vaya acompañada a la infracción de un especial deber jurídico del autor, el cual, según la doctrina más generalizada, puede derivar *“de un precepto jurídico, de la propia aceptación del agente, de esa conducta precedente e incluso, de un deber moral, que hacen que dicho agente adquiera la condición de garante”*³.

¿Tiene Francisco un deber jurídico de actuar o un deber moral por la que haya podido adquirir la posición de garante? Abordaremos esta cuestión en epígrafes posteriores.

Con todo lo anterior, entendemos que, con carácter general, sí cabe hablar de la posibilidad de cometer un delito de estafa por omisión, por lo que es importante estudiar cada uno de los elementos que compone el delito de estafa desde una perspectiva genérica y, concretamente, los que incluye la modalidad omisiva de dicho delito, en base a lo establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

4.3.¿Cuáles son los elementos del delito de estafa en comisión por omisión? ¿Se cumplen en el supuesto?

¿Incorre Francisco en un delito de estafa por comisión por omisión? Para responder a esta cuestión, es preciso no sólo haber analizado el artículo de la omisión de los delitos sino

³ STS de 14 de octubre de 2011

tener claro si concurren todos los factores que integra el delito de estafa y, concretamente, aquellos que caracteriza a la comisión omisiva del delito de estafa⁴.

La estafa precisa, como elementos esenciales⁵, los siguientes:

1. El engaño bastante
2. La precedencia del engaño respecto al error
3. El error en el sujeto pasivo
4. La disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo
5. La relación de causalidad entre el engaño y el error
6. El dolo y el ánimo de lucro como elementos subjetivos

Como elementos concretos de la modalidad omisiva de los delitos, nos encontramos con los siguientes, extraídos del artículo 11 del Código Penal:

7. El deber de garante
8. La equivalencia de la no evitación del resultado con su causación

Vamos a proceder, por tanto, al análisis de cada uno de los mencionados elementos, aplicados al caso práctico concreto, expuesto en el epígrafe segundo del presente dictamen.

4.3.1. El engaño bastante

En primer lugar, lo que podemos extraer del precepto es que un sujeto, con el fin de lucrarse, tiene la intención de engañar, pero no se conforma con el simple engañar, sino que le añade el calificativo de “bastante”, es decir, lo suficientemente agudo para producir a alguien un perjuicio en su patrimonio.

⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información. Edit. Atelier, pág. 289. Establece los factores, de manera genérica, que integran la comisión omisiva del delito de estafa, aplicándolo a un caso concreto que llama “La Bruja”.

⁵ STS 952/2013, de 5 de diciembre enumera los elementos esenciales de la comisión por omisión del delito de estafa, pero he considerado más ordenado establecer, en primer lugar, los elementos generales del delito de estafa, algunos cogidos de la sentencia que menciono en esta anotación y, posteriormente, aplicar los requisitos que establece el artículo 11 del Código Penal para los delitos de comisión por omisión al caso concreto.

¿Qué se considera bastante? ¿cuándo podemos considerar que no es bastante el engaño? Al no poder extraer del artículo un desarrollo sobre lo que puede considerarse bastante y lo que no, llegamos a plantearnos qué exige esa expresión para poder considerar si se ha producido.

Sabemos es que es uno de los elementos que deben concurrir en el delito de estafa y, en nuestro caso, producido por una omisión; de hecho, como ya hemos dicho, nuestra jurisprudencia y doctrina han admitido la existencia y posibilidad del engaño por omisión⁶ en el delito de estafa, pero añade que dicha omisión debe ser suficiente para producir un error en otro. De hecho, dice el Tribunal Supremo que el engaño puede suponer una ocultación de datos o una omisión de información si la conducta, en su modalidad omisiva, supone la producción del error en el sujeto pasivo del delito y ello es determinante para el acto de disposición⁷.

En efecto, para que podamos hablar de comisión, se exige que quien omita la información, que debió transmitirse, tenía previo conocimiento y voluntad de infringir el deber de información veraz y que su actuación generó un beneficio en su propio patrimonio o en el de un tercero -con el consecuente perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo-.

En el caso que nos ocupa quedó acreditado en el acto del juicio que Francisco tenía un conocimiento previo del estado de la empresa Sopefer, S.L. y el hecho de la realidad contable de la misma, por lo que, al no transmitir dicha información, podría entenderse que medió un engaño, pues, en caso contrario, probablemente se hubiera cancelado el contacto entre José y Daniel y se hubiera evitado una posible y posterior compraventa de participaciones.

De este modo, pese a que la falta de información supuso que José no conociera la realidad de la empresa y sus pérdidas y documentación contable veraz, no podemos afirmar que Francisco tuviera una obligación o deber de transmitirla, es decir, un deber jurídico de actuar (posición de garante). Sin embargo, ¿consideramos esa omisión un engaño “bastante”?

Volviendo a la explicación del precepto, podemos extraer además que el engaño debe ser suficiente para producir un error en otro (ello ha de considerarse tanto en la modalidad

⁶ STS 42/2015, de 28 de enero

⁷ STS 577/2000, 3 de abril

omisiva -omitir información o callar- como en la modalidad activa -engañar a otro). Por ejemplo, la simple mentira no constituye un engaño bastante ya que carece de la fuerza necesaria como para producir un error en otra persona.

Así, entendemos que dicho engaño se produce a través de una información falsa o la omisión de una información, lo cual afecta al patrimonio de la víctima en el delito o en un tercero, de modo que la utilización de dicho engaño *ex ante* sea bastante o idóneo para provocar un perjuicio en la disposición patrimonial del sujeto pasivo a través del error⁸.

Con el fin de aportar una explicación más entendible y un mejor desarrollo a lo que implica que un engaño sea “bastante”, acudimos la jurisprudencia para servirnos de algún tipo de criterio a seguir. Así, por ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁹ “*tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante*”.

Según la STS 162/2012, de 15 de marzo, el engaño podrá considerarse “bastante” cuando sea suficiente y proporcional para conseguir el perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo, y debiendo actuar “*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*”¹⁰.

⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información. Edit. Atelier, pág. 262.

⁹ STS 333/2013, de 12 de abril, que nos define dichos requisitos: “*el engaño es precedente cuando supone un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial en el sujeto pasivo en perjuicio, del mismo o de un tercero. Debe, además, ser suficiente para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico y, por último, tiene que desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero*”

¹⁰ La STS 495/2011 recuerda que la jurisprudencia acepta, de forma excepcional “*la atipicidad de la conducta cuando el engaño es ...tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva. Sin embargo, la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima no siempre determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de su idoneidad objetiva para provocar el error*”.

Dicho de otro modo, deben tenerse en cuenta las circunstancias y situaciones en las que se pueda encontrar el tercero ajeno que recibe el perjuicio¹¹, ya que debe partirse de la base de que el sujeto que ha sido engañado podría ser susceptible de ello por su incultura, situación, o edad.¹² Así, en muchas sentencias, el Tribunal Supremo ha absuelto al autor de una presunta estafa por no poder calificar su engaño de bastante, al carecer de la fuerza necesaria como para producir error en otra persona¹³.

Llegados a este punto, podríamos afirmar que mediara un engaño bastante por la omisión de la existencia de una contabilidad B en la empresa, ello por parte de Francisco respecto de José, suficiente para producir en el segundo un error que provocara el resultado que finalmente se obtuvo.

4.3.2. La precedencia del engaño

Otro de los elementos de la estafa por omisión, aparte de la necesidad de un engaño bastante, es la precedencia de ese engaño. Así, una vez que consideremos que podemos calificar de “bastante” el engaño producido, tenemos que constatar si el mismo ha sido, además, precedente.

Ello implica que los datos patrimoniales falsos deben encontrarse “*en el acervo informativo del engañado antes del comienzo de la tentativa omisiva*”¹⁴. En la modalidad activa, en cambio, el engaño no es precedente, sino que se inserta en el conocimiento del engañado de forma posterior, cuando ya el autor engañó a la víctima del delito.

Así, la STS de 23 de abril de 1997¹⁵, que además reitera doctrina consolidada, considera que el engaño debe ser antecedente, de modo que determine el posterior perjuicio

¹¹ Víd. también las STS 95/2012, de 23 de febrero y STS 1001/2012, de 18 de diciembre.

¹² STS 1128/2000, de 26 de junio y STS 1420/2004, de 1 de diciembre.

¹³ El autor Izquierdo Sánchez en Estafas por omisión hace referencia, como ejemplo, a la STS de 3 de mayo de 2000, que absolvió al autor de un robo de una tarjeta de crédito que utilizó para hacer compras, por no poder calificar su engaño de bastante y porque la víctima faltó a las exigencias de autoprotección, cuestión que abordaremos en el epígrafe 6.5 del presente dictamen.

¹⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 262.

¹⁵ Sentencia núm. 598/1997, rec. 1.728/1996

patrimonial. De hecho, debe ser anterior a la disposición patrimonial, ya que tiene que constituir el medio para la inducción, sin que sea exigido por el tipo penal del delito que se realice con anterioridad al error de la víctima¹⁶ -pues que es suficiente con que el engaño se mantenga tras un error que ya existía-.

El Tribunal Supremo, en una de sus sentencias¹⁷, también se proclamó considerando que no puede calificarse como delito de estafa un hecho si no existe engaño previo al acto de disposición, pues se trata del elemento fundamental de la estafa por omisión. Estableció además¹⁸ que el engaño que debe ser tomado en consideración, para que se pueda calificar el acto como delito de estafa, tiene que estar presente en el momento en el que se toma la decisión, para que pudiera ser tenido como relevante. Por tanto, no existirá estafa si el acto de disposición no está precedido por un engaño.

Por ejemplo, en los casos de relaciones contractuales, dice el alto Tribunal que *“la voluntad preconcebida de no pagar... configura el elemento del engaño precedente o coetáneo requerido por el tipo de estafa...”*. Aplicándolo al caso concreto, la voluntad preconcebida de Francisco de no transmitir una información que daría un giro a lo que posteriormente sucedió, se entendería como engaño precedente.

Así, la estafa omisiva, por su parte, requerirá que el error de la víctima proceda del incumplimiento por parte del autor del deber de información que se le exige, al ocultar una serie de datos que debían haberse comunicado para que el sujeto pasivo pudiera conocer la situación real¹⁹.

¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., págs. 88 y 89. Hace referencia a la sentencia citada (STS 23 de abril de 1997) analizando los elementos del engaño que en ella se recogen (antecedente, causante y bastante).

¹⁷ STS de 22 de septiembre de 2004

¹⁸ STS de 19 de diciembre de 2001

¹⁹ Sin embargo, años más tarde, en la STS 524/2016, el alto tribunal precisa este argumento, diciendo que *“tratándose la estafa de un delito que exige como requisito un acto de disposición no podrá cometerse por omisión simple u omisión propiamente dicha... Asimismo, la norma violada en el delito de estafa es de índole prohibitiva, mientras que el hecho de ser la norma de índole preceptiva constituye una de las características propias de la omisión en sentido estricto.”*

Como en nuestro caso concreto, Francisco conocía la realidad de la empresa antes de que se generara el negocio jurídico y se realizara la posterior compraventa de las participaciones por parte de José, sí podemos entender que mediara, como dijimos, engaño bastante y que el mismo, además, era precedente, puesto que tuvo una voluntad preconcebida, al no transmitir los datos patrimoniales que hubieran podido hacer a José cambiar su voluntad y que hubiera impedido el perjuicio patrimonial.

4.3.3. El error

Otro elemento que integra el delito de estafa desde su perspectiva general es el error, que se entiende como aquel estado psicológico que tiene la víctima, previo a la disposición patrimonial²⁰.

El error al que nos referimos en la estafa no puede considerarse un simple hecho de ignorar o no saber algo, pues debe referirse a una representación falsa de la realidad que se forma el propio engañado como consecuencia del engaño²¹. De este modo, si el comportamiento del sujeto activo del delito ha supuesto una ocultación de la verdad que conoce, para que dicha información no forme parte del conocimiento de la contraparte, existe también error²².

Añade el TS en la Sentencia 271/2010, de 30 de enero, que el engaño es “bastante” no sólo cuando produce un error en otro, sino que tiene que ser suficiente como “*para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal y... que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude*”. Por tanto, entendemos que no basta con que el error suponga un cambio en la voluntad de las personas, “normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan”, sino que debe, además, ser también “bastante” para conseguir el perjuicio

²⁰ Se hace referencia al elemento de la disposición patrimonial en el siguiente epígrafe.

²¹ STC 1199/04, de 29 de octubre

²² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., pág. 150

patrimonial en el sujeto pasivo²³, siendo antecedente y causante “para engañar a cualquier persona medianamente avisada”²⁴.

Aquel que dispone del patrimonio propio – o ajeno – debe haber actuado a través de una conducta engañosa, lo cual exige influir en el conocimiento del engañado y que la realidad que el autor expresa tenga como consecuencia el acto de disposición patrimonial. Por ende, una vez constatada la conducta engañosa y el error que es sufrido, de forma efectiva, por el engañado, debe exigirse que el resultado se produzca, para poder conectar el posible y eventual perjuicio patrimonial al engaño (y es cuando se cumple otro de los elementos de la estafa: la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio patrimonial²⁵).

En el caso que nos ocupa, se cumple también dicho elemento, pues José, en base al engaño previo bastante (ocultación de la verdad por parte de Francisco), representó la realidad de una manera contraria a la que era verdaderamente, pues creyó, de manera errónea, que el precio que pagó por las participaciones se ajustaba al valor que desplegaban, así como que la empresa se encontraba en un mejor momento.

Sin embargo, llegados a este punto, cabe tener en cuenta un elemento importante y de auténtica relevancia: el deber de autoprotección de la víctima. Así, cuando la duda que presenta en su pensamiento el sujeto pasivo pueda despejarse por la propia víctima, evitando llegar al error por hacer uso de los mecanismos de autotutela disponibles y exigibles, es el momento en que podremos hablar de una insuficiencia del engaño²⁶.

²³ Así, consideró el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 243/2012, que el engaño será subsumible en el delito de estafa siempre que sea bastante y además idóneo para generar error en la otra persona. De este modo, el riesgo que se crea por causa del engaño es el que se concreta en el perjuicio patrimonial que sufre el sujeto perjudicado, y esto es lo que supone que se impute como autor del hecho delictivo al que genera el daño.

²⁴ STS 1227/98 de 17 de diciembre

²⁵ Se produce el desarrollo de dicho elemento en el siguiente epígrafe.

²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., págs. 152.

4.3.4. El deber de autoprotección de la víctima

En una primera referencia, coincido con el autor Izquierdo Sánchez en que la distinción entre el engaño “bastante” y el “no bastante” es difuso, pero es importante sostener “*la atipicidad del comportamiento del autor cuando se constata que la víctima ha incumplido su protección*”²⁷, esto es: la víctima debe adoptar las medidas de protección que les son exigibles para considerar la absolucón del reo de estafa, de modo que, si tiene la posibilidad de prevenir ser estafada, sí se consideraría que el engaño ha sido bastante para generar un perjuicio en el patrimonio de la víctima. Por tanto, cabe tener en cuenta que no sólo precisa atención la actitud que ha tenido el sujeto activo del hecho, sino también la parte pasiva del mismo, de modo que la interacción entre autor y engañado será determinante a la hora de poder considerar si se ha provocado o no el delito.

En este punto, es importante destacar que a la víctima se le exige un deber de autoprotección. Sin embargo, y como veremos posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha aceptado condenar a un sujeto por el delito de estafa aun cuando la víctima ha incumplido ese deber.

Esa incumbencia de autoprotección supondría una especie de requerimiento que se dirige a los ciudadanos por el que se le exige el cumplimiento de las normas, de modo que contarían con una tutela plena total sólo quienes cuiden o hayan cuidado los bienes jurídicos que lesiona otro sujeto mediante un delito.

Con ello, el sujeto como ciudadano tendría que merecer esa protección penal a través de cumplir con el cuidado objetivo que requieren sus bienes jurídicos “y que se le exige por la incumbencia”.²⁸ Por tanto, la víctima debe autoprotgerse frente a posibles lesiones, entendiendo que dichos comportamientos lesivos no deberían ser castigados si afectan a víctimas que podrían haberse protegido por sí mismas si hubiese tenido la intención.²⁹

²⁷ Sin embargo, en la doctrina jurisprudencial más reciente, se ha limitado la exclusión de la tipicidad de la estafa por exigencias de autoprotección de la víctima.

²⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 149.

²⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 149, el cual, a su vez, obtuvo la información de Schunemann, Límites, 2010, p. 80.

A pesar de que hay varias líneas doctrinales sobre la consecuencia del infringir el deber de autoprotección de la propia víctima³⁰, la misma, concretamente en el delito de estafa, no tiene por qué coincidir con el engañado que dispone (y es cuando hablaríamos de la estafa en triángulo). En base a lo considerado por el Izquierdo Sánchez, al titular del haber informativo, que tiene el deber de autoprotección, se le exigen los siguientes requisitos:

“a) no favorecer conscientemente la puesta en peligro del patrimonio protegido por el delito de estafa;

b) no aumentar conscientemente la intensidad del peligro que amenaza al patrimonio protegido por el tipo de estafa

c) acopiar la información verdadera suficiente para realizar disposiciones patrimoniales libres y conformes con la racionalidad económica.”

Considera el autor que las dos primeras exigencias demandarían un cumplimiento de omitir acciones peligrosas, actuar cuidadosamente en situaciones peligrosas y la preparación e información antes de la ejecución de la acción peligrosa.³¹ De este modo, aquel que se encuentre en la posición de “engañado” tendrá que cumplir con la primera exigencia de la incumbencia de autoprotección (apartado a)), realizando además la labor de omitir acciones peligrosas y de actuar de forma cuidadosa, ello para evitar la exposición del patrimonio al riesgo que tipifica la estafa.³²

Así, el autor Izquierdo Sánchez analiza las diferentes exigencias de incumbencias de autoprotección³³ según el riesgo que pueda operar y que la víctima pueda evitar, de forma

³⁰ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 150: Tal y como expone el autor, existen dos propuestas doctrinales sobre las consecuencias jurídicas que provienen del hecho de infringir las incumbencias de autoprotección son las siguientes: la total exclusión de la protección penal para la víctima y la mantención de la tutela penal para la víctima unida a una reducción de la pena para el autor.

³¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 161, el cual, a su vez, obtuvo la información de ENGLISH, *Untersuchungen*, 1964, pp. 283-290.

³² IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 161

³³ Concepto que utiliza el autor Izquierdo Sánchez, basado en la doctrina, y habla de la incumbencia refiriéndose a varias cuestiones. En nuestro caso, nos interesa entender incumbencia como una “*exigencia de autoprotección que el Derecho dirige los ciudadanos para considerarles como víctimas potenciales de*

que, entre otras exigencias, opera la incumbencia del supuesto engañado de actuar de forma cuidadosa en aquellas situaciones que puedan considerarse patrimonialmente peligrosas³⁴. Por ende, “el potencial engañado” que participa en el sector de riesgo (como dice el autor: riesgo patrimonial por contacto negocial) tiene que mantener el peligro de poder ser engañado dentro del ámbito permitido, de modo que, si infringe la incumbencia y aumenta el riesgo, la víctima queda fuera de los límites de su protección.

Sin embargo, la incumbencia que realmente nos interesa para el caso que nos ocupa es la de que el potencial engañado ha de estar preparado y obtener la suficiente información antes de ejecutar una acción patrimonialmente riesgosa o que pudiera suponer un peligro. Por tanto, podrá considerarse que ha sido incumplido el deber de autoprotección cuando se haya realizado un examen muy escueto sobre las condiciones que pueden versar en el negocio en el que la víctima participa - en nuestro caso, la compraventa de participaciones-, siempre que *“ex ante, no existan motivos para apreciar un incremento significativo del riesgo de que un engaño bastante se haga presente en el acervo informativo de su titular”*³⁵

En este sentido, y atendiendo al caso concreto, José es un empresario con una amplia experiencia en los negocios, de modo que podría tener mayor conocimiento que algún otro sujeto sobre la compraventa a la que iba a hacer frente. Por ello, debemos tener en cuenta que el mismo, para evitar un futuro riesgo patrimonial en sí mismo, o un engaño, podía haber cumplido con el deber de autoprotección informándose, con suficiente profundidad, de la realidad de la empresa Sopefer S.L., así como haber indagado entre los datos patrimoniales de la misma antes de realizar la compra de las participaciones. Podríamos incluso considerar que, si así hubiera sido, José habría podido conocer la realidad de la empresa y de las cuentas de la misma y no haber adquirido las participaciones.

delitos”. Hablamos, por así decirlo, de “una regla de conducta impuesta a la víctima potencial por la cual se le exige velar por el cuidado de sus propios bienes jurídicos y expectativas normativas”.

³⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 163

³⁵ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 163

Con ello, podemos decir que José no cumplió con las incumbencias de autoprotección exigida no sólo por lo que ya vimos sino también porque lo exige la jurisprudencia a los que se dicen ser víctimas del delito de estafa, lo cual lleva a afirmar que el error no ha sido únicamente culpa de los querellantes (Francisco y Daniel), sino también de José.

Procede mencionar un caso muy similar al que es objeto del presente dictamen, que se trata de un supuesto de venta de acciones en el que los compradores no pidieron la información que hubiera permitido conocer la situación y por lo que, erróneamente, se representaron una situación financiera diferente a la que luego se encontró, la AP de Barcelona dictó una sentencia³⁶ en la que expone lo siguiente: *“el engaño no debe considerarse bastante cuando la persona engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le exigía... En la tesis de la acusación habría comprado sin ver un balance final de 2006 y sin pedir un balance de situación a la fecha de la compra”*. Y es que, de haberlo pedido, habría podido tener conocimiento de la realidad de la empresa y de sus documentos.

4.3.5. La disposición patrimonial y el consiguiente perjuicio

La disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial, aunque pueden parecer la misma figura, únicamente son similares. Ambos se refieren a la producción de un daño, pero son dos elementos diferentes que integra el delito de estafa, de hecho, el sujeto pasivo que realiza la disposición patrimonial por error, inducido por el engaño del autor, no tiene por qué coincidir con la persona del perjudicado, pues puede que ese sujeto actúe en nombre de otro. En el caso concreto que planteamos, ambos elementos se producen en la misma persona, José, y es por ello -además de porque son muy similares- por lo que los he unido en este epígrafe.

En primer lugar, por disposición patrimonial entendemos aquel comportamiento por el que el elemento patrimonial de que se trate sale de la esfera de dominio de su titular, entrando ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito. De este modo, lo

³⁶ SAP de Barcelona núm. 740/2017, de 29 de septiembre

esencial es que el sujeto deje de disponer de su propio patrimonio porque “está siendo dominado” por otra persona. Dicho de otro modo, se aprecia este elemento cuando el sujeto engañado, ya sea por acción u omisión, produce directamente una lesión, transformada en una disminución patrimonial³⁷.

Concretamente, en la estafa, como el bien jurídico protegido es el patrimonio, “*el perjuicio debe ser la consecuencia de un ataque a la libertad de disposición, de modo que la estafa presupone una decisión del sujeto que puede utilizar jurídicamente el patrimonio para el cumplimiento de sus fines*”³⁸.

Al tratarse de un delito de resultado, el momento en que se entiende consumado este delito es cuando se produce el perjuicio patrimonial³⁹. Ese perjuicio se refiere a una disminución en el patrimonio propio o de un tercero -en este caso de José-, de modo que dicho elemento se cumple cuando el acto dispositivo del sujeto pasivo recibe un valor inferior de lo que hubiera debido recibir o no recibe nada⁴⁰. Sin embargo, el perjuicio patrimonial no requiere que el autor – en este caso, nos referiríamos a Francisco- disfrute o se beneficie de lo que ha obtenido de forma ilícita, sino que se consuma cuando la persona engañada realiza una disposición patrimonial que ha provocado el daño en su patrimonio⁴¹.

Podemos entender, por tanto, que lo que diferencia a ambos elementos es que la disposición patrimonial se preocupa por el comportamiento de la persona frente a sus pertenencias, es decir, realiza un acto de disposición sobre su patrimonio y el perjuicio patrimonial hace referencia a que, con base en dicho acto de disposición, se produce una disminución en el patrimonio.

Así, dice el autor Izquierdo Sánchez que el delito de estafa requiere la identidad entre el sujeto que es titular del acervo informativo donde se encuentra el engaño, y el sujeto que realiza la disposición patrimonial, que es inducida por la utilización, en este caso omisiva,

³⁷ STC de 16 de septiembre de 2003

³⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., págs. 152.

³⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., pág. 172.

⁴⁰ STS 828/2006, de 21 de julio

⁴¹ STS de 2 de mayo de 1992

de dicho engaño (nos referimos a Francisco, pues es el titular de la supuesta información que se alega que conocía y que no transmitió a José y por eso -a través de la omisión- se le produjo un supuesto engaño bastante). Dicho autor considera que el perjuicio patrimonial debe haberse producido de manera efectiva para poder entender que se ha consumado el delito de estafa, pero hay quienes entienden que ya es suficiente con la producción de un acto de disposición idóneo que pueda ser capaz de provocar el perjuicio.

En nuestro caso concreto, poco puede debatirse. Efectivamente, José ha realizado un acto de disposición y, consecuentemente, ha sufrido un perjuicio en su patrimonio. Ello puesto que satisfizo el precio de la compraventa de unas participaciones cuyo valor real es muy inferior al que pagó por ellas, siendo ahora dueño de una empresa cuya realidad financiera o contable es peor de la que él esperaba.

4.3.6. La relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio patrimonial

Cuando el sujeto pasivo obtiene una información falsa o no recibe la información que debieron transmitirle, siendo ese engaño, como hemos dicho, calificado de bastante como para que, idóneamente, produzca un error, podemos considerar que se ha producido un nexo causal, es decir, una relación de causalidad entre el engaño del sujeto activo (en este caso, de Francisco), y el perjuicio patrimonial producido. En nuestro caso, el sujeto pasivo es José, por lo que, como consecuencia de la ocultación de información por parte de Francisco, se ha producido un engaño en él, cuyo error le ha llevado a realizar un acto de disposición patrimonial y, consecuentemente, un perjuicio en su patrimonio.

Así, estimó el Tribunal Supremo en una de sus sentencias⁴² un recurso al considerar que procedía la relación de elementos del delito de estafa; ello puesto que concurrió un engaño bastante, que llevó al sujeto pasivo a un error, con el consiguiente perjuicio económico al demostrarse que no iba a suceder de esa manera

⁴² STC de 27 de diciembre de 2005

4.3.7. El dolo y el ánimo de lucro

El dolo es la conciencia y la voluntad de cometer un delito, es decir, la afirmación de que ha habido dolo es lo mismo que considerar que el sujeto activo -en nuestro caso, Francisco y Daniel- ha tenido el conocimiento y la voluntad de, en este caso, cometer un engaño en la víctima (José).

Por tanto, debe el autor tener constancia de la existencia, en este caso, de una realidad, y tener la voluntad de omitir la información para que se produzca el perjuicio en el sujeto pasivo: *“el dolo del delito de estafa supone un conocimiento de carácter engañoso del comportamiento, de que con él se desfigura la realidad frente a otro y, además, que es utilizado como medio de la inducción al a disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio del sujeto pasivo”*⁴³.

El ánimo de lucro, por su parte, es otro elemento subjetivo que implica la persecución de un beneficio patrimonial. Sin embargo, cabe destacar que el ánimo de lucro no tiene por qué ser beneficio del autor, sino que también puede ser en beneficio ajeno, de modo que podría considerarse que se realice el engaño no para un beneficio propio sino de un tercero, lo cual lleva a planteamos cómo se organizaría la autoría del delito. Además, es posible que se interprete este elemento desde una perspectiva mucho más amplia, considerándolo como el propósito que tiene el sujeto activo de obtener cualquier utilidad o provecho, sin tener por qué ser de carácter económico⁴⁴.

De este modo, si entendemos que el sujeto que actúa conformando el engaño en otro puede realizarlo con la intención de producir un beneficio a un tercero y que concurren, además, en dicho sujeto que actúa los elementos que requiere el tipo de estafa recogido en el artículo 248 CP, no hablamos de autoría mediata sino de autoría directa. Así, no es requisito para hablar de autoría que el sujeto activo que pretende obtener un beneficio sea a título personal, sino que cabe que sea respecto de otro sujeto^{45 46}.

⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., pág. 191.

⁴⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 50.

⁴⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Op. cit., pág. 199.

⁴⁶ En el epígrafe 6.5 se aborda la argumentación a las cuestiones sobre si podemos considerar la autoría o participación de Francisco.

Por tanto, aplicado al caso concreto, y centrándonos en nuestro representado, debería considerarse el ánimo de lucro si Francisco tenía conocimiento del estado de la empresa y utilizó de manera omisiva la situación de engaño bastante en José para inducirlo a realizar un acto que provocara un perjuicio en su patrimonio.

En cambio, en lo referente al ánimo de lucro, algunos consideran que podría interpretarse este elemento subjetivo de una perspectiva más amplia, entendiéndolo como “una posible finalidad de obtener cualquier clase de utilidad o provecho, sean o no sean estos últimos de naturaleza económica.”

Ahora bien, si entendemos que el fin de Francisco era obtener un provecho, podríamos hablar de ánimo de lucro, pero no se acreditó que a partir de esa compraventa el obtuviera algún tipo de beneficio (aunque no sea económico), y tampoco puede acreditarse que tuviera voluntad de omitir una información que habría sido crucial en la decisión de José. Sin embargo, podemos plantearnos si basta con que Francisco conociera el ánimo de lucro propio en Daniel, que es quien da comienzo activamente a la estafa, para poder considerar que es, por ello, culpable.

Dice el autor Izquierdo Sánchez que aquel que ostenta la información es como una especie de encargado de la futura organización en el patrimonio de otro, por lo que “*la injerencia informativa usurpa el derecho del titular de un haber de datos patrimoniales a intervenir en contactos de contenido patrimonial sin que otros utilicen activa u omisivamente -con dolo y ánimo de lucro- un engaño bastante de tal modo que se induzca al desorientado a realizar una disposición patrimonial perjudicial.*” Por tanto, muchas veces, según la posición que ocupa la persona que ha organizado la información, por no transmitirla, podría llegar a conseguir que los bienes de otra persona sean lesionados al no protegerlos.

En nuestro caso, Francisco, aunque tenía conocimiento de la realidad de la empresa, no por ello tiene la obligación o el deber de transmitírsela a José. Al fin y al cabo, el no formó parte del negocio jurídico ni tiene ningún vínculo de peso con la empresa, por lo que no podemos hablar de un perjuicio causado en el patrimonio de José por parte de aquel que tuviera un deber de informar.

Por tanto, no podemos afirmar que Francisco tuviera deber de información de algo que conoce o que tuviera alguna obligación respecto de las manifestaciones que pudiera hacer

a José, previéndole de cómo se encontraba la empresa en ese momento, porque ya no es titular de las participaciones.

4.4.Elementos de la modalidad omisiva

Vistos anteriormente los elementos que integran el delito de estafa desde una perspectiva genérica, aplicables tanto a la modalidad activa como a la modalidad omisiva del mismo, nos interesa centrarnos en los requisitos que componen, concretamente, la comisión por omisión de los delitos (aplicados al caso concreto). Al tratarse el delito de estafa de un delito de resultado, acudimos a la redacción del artículo 11, para obtener los requisitos. El precepto reza: *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

Nos planteamos, por tanto: ¿tiene FRANCISCO una obligación legal o contractual de actuar? ¿Tiene algún deber jurídico de actuar? Si lo tuviera, ¿la infracción del mismo equivale a su causación? Vamos a proceder a analizar los elementos específicos de la comisión por omisión de los delitos.

4.4.1. La posición de garante

En este punto, con todo lo visto anteriormente, ya partimos de la idea de que, para considerar que cabe la imputación por delito de estafa, debe haber un engaño bastante, causante y precedente, que provenga de un sujeto que está en la obligación de declarar la verdad. En nuestro caso, se han cumplido, por ahora, todos los elementos que integran el delito de estafa, pero falta ahora debatir si Francisco se encontraba en la obligación de declarar la verdad por ostentar un deber de veracidad o de información.

Convirtiendo la ejecución de una acción en una omisión, nos planteamos: ¿cómo va a cumplir con el tipo penal de la estafa la “no realización” de una acción? Todas las respuestas resultan, cuanto menos, arbitrarias. Y más centrándonos en el caso presente, pues aquel que ha silenciado u ocultado una información de la que tenía conocimiento no ha sido el propio vendedor, sino el intermediario. Por tanto, ¿quién tiene el deber de información en este caso?

Como sabemos, el delito de estafa por omisión “*es una forma omisiva de engañar y que, como tal, sólo puede cometer quien está obligado a decir la verdad, generalmente, para sacar de su error a otro. Aquí lo que se hace es mantener el error*”⁴⁷. Así, dice el Tribunal Supremo⁴⁸ que omite dolosamente aquel que conoce las circunstancias que generan su deber. Por tanto, el sujeto que ostente la llamada posición de garante, asegura -tal y como su nombre indica- la integridad del bien jurídico⁴⁹. Además, dice el autor Núñez Paz que, para que se consume este delito, es preciso que se produzca el resultado, de modo que entendemos que debería existir un nexo causal entre la omisión del sujeto y la producción del resultado.

El Tribunal Supremo establece, en una de sus sentencias⁵⁰, que no sólo engaña a un sujeto aquel que “*comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que **estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran***”, ya que, con tal forma de proceder puede provocar error sobre la situación y ello le incita o le ayuda “*a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado*”.

Para que se pueda considerar autor de un delito de estafa por omisión a un sujeto concreto, debe ocupar una posición jurídica extrapenal, es decir, una posición jurídica que es “*de obligado a informar en favor de un acervo informativo determinado*”.⁵¹ Esto es, aquellos que tengan obligaciones de información legales u obligaciones contractuales, entre otras. De este modo, el autor expone que el incumplimiento de la obligación de informar debe

⁴⁷ BALMACEDA HOYOS, P.E., 2014, p. 381.

⁴⁸ STC 459/2013, de 28 de mayo

⁴⁹ NÚÑEZ PAZ, M. A. Los delitos de omisión. Edit. Tirant lo Blanch, págs. 21 y 22.

⁵⁰ STS 243/2012, de 30 de marzo, con cita de las STS 631/2008, de 15 de octubre y la STS 319/2010, de 31 de marzo

⁵¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 263.

afectar al elemento esencial del negocio jurídico, frustrando así la finalidad económica del contrato, de forma parcial o total, por lo que si afectara únicamente a un elemento que no fuera esencial y esa finalidad económica no se frustrare, se descartaría la estafa.

La jurisprudencia una serie de presupuestos para la participación omisiva que resulta interesante tenerlos en cuenta⁵², de modo que, además de castigarse la causación de un resultado típico, o el favorecimiento de la ejecución del mismo -presupuesto objetivo-, también debe comprobarse que el sujeto activo del delito, que omite la información, conocía su posición de garante y tenía la posibilidad de actuar con arreglo a dicha posición -presupuesto subjetivo-. Por último, también se exige un presupuesto normativo, pues el deber jurídico infringido tiene que suponer un impedimento en la comisión del delito o la posición de garante.

Por tanto, para que el garante pueda ser considerado como tal, debe tener conocimiento sobre lo que incorpora a su esfera de organización el riesgo específico de la estafa, es decir, el riesgo de perjuicio patrimonial por un engaño. Por su parte, *“el dolo de estafa sí requiere que se pueda o no atribuir al autor un conocimiento concreto del riesgo ligado a la presencia de un específico engaño bastante en el acervo informativo-patrimonial que debe proteger. Sólo en la medida en que se pueda atribuir al garante el dolo, (conocimiento concreto del riesgo) se puede sostener que aquél utiliza un engaño bastante.”*⁵³

Así, sólo podría ser considerado garante aquel que conoce los deberes que asume, pero ello no supone que el conocimiento de un riesgo ajeno de disposición patrimonial por engaño establezca una razón suficiente para configurar normativamente los deberes de veracidad. De este modo, no resulta relevante conocer si existe un riesgo concreto de perjuicio por engaño, si aquel que lo ostenta no tiene consciencia de haber asumido previamente un deber de veracidad en favor del acervo informativo patrimonial en cuestión.

Con todo, quien ostenta la información, sería como un encargado de la futura organización en el patrimonio de otro, por lo que *“la injerencia informativa usurpa el derecho del titular de un haber de datos patrimoniales a intervenir en contactos de*

⁵² STS 17/2017, de 20 de enero

⁵³ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 214.

*contenido patrimonial sin que otros utilicen activa u omisivamente -con dolor y ánimo de lucro- un engaño bastante de tal modo que se induzca al desorientado a realizar una disposición patrimonial perjudicial.*⁵⁴” Por tanto, muchas veces, según la posición que ocupa la persona que ha organizado la injerencia informativa, podría llegar a conseguir que los bienes de otra persona sean lesionados al no protegerlos.

En nuestro caso, Francisco, aunque tenía conocimiento de la realidad de la empresa, no ello por ello tiene la obligación o el deber de transmitir dicha realidad a José. Por tanto, ¿protegerlo por qué? Al fin y al cabo, el no formó parte del negocio jurídico ni tiene ningún vínculo de peso con la empresa, por lo que no podemos hablar de un perjuicio causado en el patrimonio de José por parte de aquel que tuviera un deber de informar.

Por tanto, no podemos afirmar que nuestro representado tuviera deber de información de algo que conoce o que tuviera alguna obligación respecto de las manifestaciones que pudiera hacer a José, previéndole de cómo se encontraba la empresa en ese momento, porque ya no es titular de las participaciones.

Es preciso conocer los criterios a emplear para poder definir si se ha creado o no el peligro, y para deducir la posición de garante de, por ejemplo, un vendedor, pues hay que recurrir a un hecho anterior a la omisión de comunicar el gravamen, y que ello actúe como fundamento de la posición de garante⁵⁵.

En la STS 591/2007, de 2 de julio, se establece que *“la infracción del deber de informar de la situación patrimonial a la contraparte del negocio jurídico, sobre una situación patrimonial que, difícilmente, permitirá cumplir las obligaciones contraídas, configura el engaño omisivo que fundamenta la tipicidad”*.

Haciendo referencia a la última sentencia citada, no podemos afirmar que Francisco ocultara datos relevantes de la empresa que estuviera obligado a comunicarle a José, puesto que, como hemos ya reiterado, aunque conocía e estado de la empresa, no tiene obligación de comunicarle a José dichos datos, ya que el negocio jurídico no le incumbe.

Además, en la STS 661/1995 de 18 de mayo, el alto tribunal reflejó lo siguiente: *“el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el*

⁵⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 222.

⁵⁵ BACICALUPO, E. Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal. Dialnet.

ocultamiento de hechos reales.” Podríamos, así, considerar que hay engaño -cito textualmente-: “cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido... o cuando quienes tienen posición de garante por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no les comunicaron el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial, que hubiera podido impedir el resultado... o cuando se omite el facilitar información obligada.”⁵⁶

Como en el supuesto de hecho que planteamos, Francisco no fue parte en el negocio jurídico de la compraventa, no podemos considerar que ostentara la posición de garante por cumplimiento de contrato y los principios que este lleva implícitos, pues dejó de ser titular de las participaciones en el momento en que las vende a Daniel, y ello sucedió dos años antes. Por tanto, no tenía un deber de veracidad para con José ni estaba “obligado” a transmitirle la información que conocía sobre la realidad de Sopefer S.L.

El silencio del garante

Ya vimos que infringe, de forma omisiva, la prohibición penal de estafar aquel sujeto que ostenta la posición de garante y que, mediante el dolo, incumple su deber de veracidad, pero ¿cómo?

Pues bien, el incumplimiento de ese deber, en casos de comisión por omisión, se hace mediante el silencio. En estos términos, nos referimos al silencio, en palabras de Izquierdo Sánchez, como una “no transmisión” de información veraz en favor de un sujeto, cuyo acervo patrimonial se halla afectado por el engaño bastante de su autor. Por ende, podemos afirmar que el silencio contribuye, de forma decisiva, a que se produzca el resultado pretendido (conformación del riesgo típico)⁵⁷.

Con todo ello, el garante incumple su “*deber informativo de evitar, revocar o neutralizar el engaño bastante precedente que se encuentra en el acervo de datos patrimoniales del*

⁵⁶ La sentencia citada hace referencia en dicho párrafo a las siguientes sentencias, que también son importantes tenerlas en cuenta: STS 1036/2003, de 2 de septiembre; STS 79/2004 de 27 de febrero; STS 591/2007 de 2 de julio; STS 281/2014, de 26 de marzo.

⁵⁷ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 262.

beneficiario de la heteroprotección o, lo mismo, del sujeto titular del derecho a la verdad”.

El garante estafa mediante silencio si aprovecha ese engaño -no proporcionando la suficiente información cierta que lo evitaría- de manera omisiva, induciendo a la realización de un perjuicio patrimonial en el propio engañado o en un tercero. Por tanto, el silencio contribuye, totalmente, al comportamiento relevante en la estafa; de hecho, el propio precepto penal de la estafa⁵⁸ sostiene que el garante de veracidad utiliza, con ánimo de lucro, el engaño bastante -precedente y guardando silencio-, de manera que la omisión supone un “acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

La jurisprudencia, en este sentido, se proclama de la siguiente manera⁵⁹: cualquier comportamiento (ocultación de un hecho verdadero o afirmación de un hecho falso) que suponga un engaño en un sujeto, sólo podrá considerarse engaño si el autor de los hechos tenía la obligación a aportar a dicho sujeto una información veraz. De esta manera, toda infracción de ese deber de informar sobre alguna cuestión especial para la decisión del negocio jurídico del sujeto pasivo es bastante, a los efectos del artículo 248 CP.

En el caso concreto que se debate en la sentencia, la existencia de engaño es clara, puesto que lo que ocurrió fue que “*el acusado no informó a la empresa con la que contrataba la verdadera situación de las supuestas empresas cuya documentación le presentó y que luego no fueron halladas o nunca habían tenido su domicilio en el lugar*”⁶⁰. Como vemos, lo más probable es que el sujeto pasivo, de haber conocido la realidad de la empresa y las circunstancias, no habría decidido contratar. De hecho, el mismo tenía derecho a ser informado de esas circunstancias y el sujeto activo de transmitir esa información, “*pues sólo con tales conocimientos hubiera podido decidir libremente si contrataba o no*”.

Francisco utiliza el silencio pero, al no ostentar posición de garante, dicho silencio no tiene relevancia, pues omite una información que no estaba obligado a transmitir por ostentar un deber de veracidad o de información.

⁵⁸ Artículo 248.1 del Código Penal español.

⁵⁹ STS de 14 de julio de 2004

⁶⁰ Jurisprudencia al detalle, El delito de estafa, SepínNET revista, práctica penal. Edit. Sepín

4.4.2. La equivalencia de la no evitación del resultado con su causación

Cuando la ley define en uno de sus preceptos la conducta típica de comisión por omisión (como ya dijimos, está prevista en el artículo 11 del CP), saca a relucir que la simple omisión es suficiente para cometer el delito de estafa, sin necesidad de que vaya acompañada de un acto, pues si no podría entenderse superflua.

La equivalencia entre la no evitación de un resultado y su causación, según la Sentencia 61/2006 de 3 de febrero, se debe producir en tres supuestos: En primer lugar, cuando exista una específica obligación legal de actuar; en segundo lugar, cuando tal obligación e actuar viene impuesta por un contrato; por último, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo mediante una acción u omisión precedente.

De estos tres supuestos, únicamente podemos entender que, en nuestro caso, se haya cumplido el tercero, pues al facilitarle a José la puesta en contacto con Daniel, Francisco crea una ocasión de riesgo, así como la omisión de una información crucial que hubiera evitado el perjuicio.

La sentencia citada anteriormente habla de la inacción como un acto positivo, inacción por parte de aquel que estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico protegido – en este caso, el bien jurídico protegido sería el patrimonio de José-, y que ello equivalga a una acción.

En la comisión por omisión no debemos olvidar que lo que se imputa es un resultado lesivo a una persona teniendo como causa el hecho de no haber impedido dicho resultado, pudiendo hacerlo, resultando ello equiparable a la realización activa del tipo penal.

Así, dicha equivalencia ostenta un carácter esencial para configurar un delito en comisión por omisión, lo cual se corresponde con un hecho positivo que posee un sentido equivalente a su comisión activa. Al tratarse la estafa de un delito de resultado, la equivalencia no ofrece dificultades, pues no se requiere una acción específica, sino una aptitud causal del comportamiento⁶¹.

⁶¹ STC 379/2011, de 19 de mayo

4.5. Autoría y participación

Una vez desarrollados todos los elementos que deben darse para poder afirmar o negar que se ha cometido el delito por parte de Francisco, y a pesar de que no todos se cumplen -pues no ostenta posición de garante- nos planteamos lo siguiente: Si concurrieran todos los elementos anteriores, ¿qué forma de participación en el delito de estafa se le podría imputar a Francisco?

La cuestión central que se nos plantea a partir del supuesto de hecho es si nuestro cliente es o no autor del delito de estafa por omisión, siendo el punto de partida para poder acusarlo, sin olvidar el resto de los elementos, que son también importantes y sin los que, a pesar de la condición de garante, no podríamos valorar el acto como integrante en el delito de estafa.

Dejando de lado si ha producido un engaño o no en José, y si dicho engaño cumple con los elementos de ser “bastante” y “precedente”, lo principal y más importante es afirmar si FRANCISCO ostenta posición de garante respecto de JOSÉ, cuestión necesaria en la modalidad omisiva de los delitos. Con esto, debemos hacer una distinción entre las variantes de la modalidad omisiva del delito de estafa, pues no es lo mismo emitir un mensaje engañoso que se encuentre implícito y cometer el delito por una omisión de información (lo cual suele confundirse).

¿Cómo podemos hablar de tipicidad de una estafa por omisión cuando el garante (Francisco) no ha engañado al disponente (José)? Pues bien, *“el juicio sobre la tipicidad de la abstención de informar en la que incurre el garante requiere, con carácter previo, haber establecido la ausencia de una emisión implícita de un mensaje engañoso típicamente relevante para configurar una estafa activa”*⁶².

En nuestro caso, Francisco no emitió de manera implícita ningún tipo de mensaje engañoso, pues únicamente se limitó a presentar a dos partes con intereses comunes para que, si ambos estaban de acuerdo, se produjera un posterior negocio jurídico, una

⁶² IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. op. cit. pág. 205

compraventa, ello sin transmitir ningún tipo de información a José que pudiera llevarle a confusión.

Así, es necesario e interesante diferenciar entre el hecho de engañar a otro a través de un mensaje implícito, que es cuando hablaríamos de un engaño por estafa activa y no omisiva, y la *omisión de un garante ante un engaño bastante preexistente*. De hecho, para ambas modalidades de engaño, tal y como dice el autor Izquierdo Sánchez, “*la distribución de la competencia de orientación es decisiva para juzgar la tipicidad o atipicidad de comportamiento de quien, por tener una obligación informacional, es, o al menos parece ser, autor de estafa*”.

Dependiendo, por tanto, del comportamiento del sujeto activo podemos distinguir entre los dos conceptos que pueden llevar a confusión. Si la víctima, con base en la falta de información veraz o de manifestación explícita de una información por su contraparte tiene derecho a considerar que ha habido un engaño bastante que infiere en su acervo informativo-patrimonial, la contraparte que no neutraliza el engaño bastante podría considerarse lo siguiente⁶³:

- 1) Que el autor de una estafa que se comete en su modalidad activa cuando el hecho de no transmitir, de forma explícita, un contenido falso supone un mensaje falso implícito típico,
- 2) O que se entienda como autor de una estafa en comisión por omisión por ostentar la posición de garante, que no cumple con su deber de transmitir una información veraz al sujeto engañado, siempre que esa abstención se convierta en un mensaje falso implícito y típico a título de estafa activa.⁶⁴”

En nuestro caso, se trata de una comisión por omisión y, de haber ostentado Francisco la posición de garante, habría incumplido su deber de informar, por lo que cabe debatir si lo que si los comportamientos de ambos querellados, en caso de que se hubieran dado todos

⁶³ PAWLIK, La libertad, 2010, p. 213, citado para este párrafo por IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información. Edit. Atelier, pág. 206.

⁶⁴ PAWLIK, La libertad, 2010, p. 213, citado para este párrafo por IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información. Edit. Atelier, pág. 206.

los elementos, entrañarían una coautoría o, de lo contrario, una autoría accesoria, siendo la diferencia la mediación de un acuerdo previo.

6.5.1 Coautoría

En términos de autoría y participación dolosa en el delito de estafa, la utilización de un engaño bastante podría incluso provenir de la acción conjunta de más de un sujeto. En el caso de la comisión por omisión en este delito, hablaríamos de una coautoría entre aquel sujeto que engaña de forma activa a otro y otro sujeto que tiene el garante de veracidad de una estafa que ha cometido mediante un silencio, si ha mediado acuerdo previo, o de autoría accesoria si no.

En el caso objeto de análisis, podríamos plantearnos si existe coautoría entre Francisco y Daniel, siendo el primero el garante que actúa mediante silencio (autor en comisión por omisión), y el segundo un autor en comisión activa de estafa.

Para los distintos casos que pueden darse, el autor Izquierdo Sánchez establece una serie de variantes para el planteamiento de las cuestiones según el caso concreto. Así, adaptándonos al caso concreto, cabe tener en cuenta, de entre todas las variantes que encontramos, nos damos cuenta de que no se adecúa a ninguna de ellas. Ello puesto que tanto la variante básica, como la compleja, como la aparente, ponen tanto al garante de veracidad como al sujeto que realiza la conducta activa⁶⁵ en una situación de coautoría, por haber establecido un acuerdo previo de obrar o de un control conjunto del riesgo.

Si ha de ajustarse el caso objeto de estudio a alguna de las variantes, podríamos quizá intentar encuadrarla en la variante básica, pues se habla de una coautoría similar a una complicidad omisiva o cooperación necesaria por omisión, pues el garante de veracidad (que, en nuestro caso, sería Francisco) no aporta especialmente demasiado, sino únicamente un silencio (pero no doloso ni con ánimo de lucro) frente a un engaño bastante anterior (precedente), mientras que el sujeto que comete el delito doloso activamente (que, en nuestro caso, sería Daniel), es quien ha provocado de forma activa el engaño

bastante. Sin embargo, dice el autor Izquierdo Sánchez que, a pesar de que sólo media el silencio por parte del garante, *“lo más apropiado es afirmar la coautoría, pues el garante de veracidad por asunción ejerce omisivamente, con dolor y ánimo de lucro, un control pleno sobre el engaño bastante y el desamparo informativo a él vinculado”*.

Adaptándolo nuevamente al caso concreto, en primer lugar, no puede afirmarse que mediase acuerdo previo entre Francisco y Daniel para que José comprara las participaciones de una empresa que no estaba su mejor momento y que estaba dando pérdidas. De hecho, Daniel no tuvo constancia de que había un interesado en comprar participaciones de Sopefer S.L., hasta que fue José quien se puso en contacto con Francisco para adquirirlas, y este último sólo se limitó, posteriormente, a poner en contacto a las partes por interés, sobre todo de José, en la compraventa.

Además, como ya resolvimos en cuestiones plantadas anteriormente, no media dolo ni ánimo de lucro pues, aunque Francisco tenía conocimiento del estado de la empresa, en ningún momento se acreditó que obtuviera beneficio del negocio jurídico de la compraventa y tampoco ostentaba un deber de veracidad o de transmisión de una información a José.

No podemos considerar, por tanto, que Francisco haya constituido la figura de autor del delito de estafa por omisión que nos ocupa. Ello por varias razones: dejó de ser administrador y socio de la empresa desde el momento en que vende la totalidad de las participaciones de la empresa a Daniel, de modo que no fue administrador, ni intermediario ni asesor en la operación.

Sin embargo, ¿podríamos hablar de otras formas de participación por omisión? La redacción sobre la complicidad en nuestro Código Penal descarta otras formas de participación para referirse a esta sobre quien coopere a la ejecución del delito con actos precedentes o simultáneos. De este modo, los actos del cómplice no son totalmente determinantes en la ejecución del hecho, pero sí útiles. No obstante, hay doctrina que considera que el garante sólo puede ser autor y no participe en los delitos de comisión por omisión, porque opinan que el garante es autor de un tipo no impedido

6.5.2 Autoría accesoria

Al entender que no cabe hablar de coautoría entre Francisco y Daniel, puesto que no hubo un acuerdo previo entre ellos para engañar a José, nos planteamos si cabría considerar que ha habido una autoría accesoria.

Al no haber mediado acuerdo previo, lo que caracteriza a este tipo de participación es que se trata de dos o más hechos que realizan distintos sujetos “*que dan lugar a diversos cursos causales (y también diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente) independientes pero cumulativos en relación a un mismo resultado*”⁶⁶. Sin embargo, nuestro caso planteado refiere una comisión por omisión por parte de Francisco, de modo que podríamos hablar de autoría accesoria en estos casos si hay una identidad estructural con la comisión.

El autor Izquierdo Sánchez, para casos de autoría accesoria, también emplea dos variantes a distinguir. Por un lado, la variante básica, cuando hablamos de dos comisiones omisivas de estafa (la cual no es nuestro caso puesto que Daniel si ha cometido el delito de estafa, ha sido en su modalidad activa). Por otro, la variante compleja, la cual trata una comisión activa y otra omisiva de estafa y supone que el autor que comete el delito de estafa en su modalidad activa y dolosa lo comete en autoría accesoria con otro autor, que es el que ostenta la posición de garante, de una comisión omisiva (obviamente, en este caso, hablaríamos de Francisco), y es la que encajaría con nuestro supuesto de hecho.

Sin embargo, ya que, aunque Daniel sí ha cometido el delito de estafa, Francisco no ostentaba la posición de garante, no podemos hablar de ninguna de las dos figuras (coautoría y autoría accesoria), sino simplemente un delito de estafa cometido por Daniel en su modalidad activa.

⁶⁶ CUERDA RIEZU, A., Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (1), Dialnet, pág. 501

5. CONCLUSIONES

El estudio del delito de estafa, en la especialidad de comisión por omisión, regulado en el artículo 248, en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, resulta un tanto arduo. Ello se debe a la falta de claridad doctrinal y jurisprudencial respecto la repercusión de la omisión en un delito de resultado. No obstante, el enfocar el estudio en el aspecto práctico, ha contribuido a una mayor comprensión del mismo, debido a la posibilidad de aplicar los elementos del delito al supuesto de hecho.

I. SOBRE LA MODALIDAD ACTIVA Y LA OMISIVA EN EL DELITO DE ESTAFA

Diferenciar entre la comisión omisiva y la comisión activa en el delito que nos ocupa es, complicado, ya que, a pesar de que el tratamiento de ambos es similar, al analizar el delito de estafa resulta casi imposible determinar la distinción entre la ejecución de este delito su omisión.

De este modo, a pesar de que ambas modalidades precisan que se haya producido un engaño y que, como consecuencia, se produzca un daño patrimonial - teniendo en cuenta, además, los demás elementos - la comisión por omisión presenta la peculiaridad de que el actor ostenta a su vez la posición de garante; siendo similares ambos subtipos de estafa en la producción de su resultado.

II. SOBRE EL ENGAÑO BASTANTE Y PRECEDENTE

Para poder hablar de producción del delito patrimonial en sentido estricto, hemos destacado que el engaño bastante tiene que constituir el elemento principal del comportamiento del sujeto activo. Esto se debe a que estamos ante un delito ejecutado en comisión omisiva, siendo por tanto fundamental que el sujeto pasivo y, por ende, víctima del delito, favorezca la comisión del mismo. Su percepción es difusa, pues no cualquier engaño ha de considerarse bastante.

En el caso que nos ocupa, la omisión de información por parte de Francisco se entiende como un engaño “bastante” y “precedente” que desplegó sus efectos en José, pues el ocultamiento de lo que él conocía sobre la realidad de la empresa fue suficiente para que José, engañado por creer -al no ser avisado- que no había ningún defecto, realizó el negocio jurídico de la compraventa.

III. SOBRE EL ERROR EN EL SUJETO PASIVO

El error que obtiene el sujeto pasivo, como consecuencia del engaño bastante, trae como consecuencia que él mismo realice el acto de disposición patrimonial: pagar por la compra de las participaciones de la empresa Sopefer S.L., confiado en que su comportamiento se correspondía con la realidad que se había formado de la misma. Por tanto, es evidente que el error ha mediado; ello puesto que José actúa posteriormente en base a ese error, el cual proviene del engaño de Francisco al ocultar una información, considerada de carácter relevante. De no haberse cometido este error, no se habría suscitado la consecuencia en el patrimonio de José.

No obstante, no debemos olvidar que José ha faltado a su deber de autoprotección, al confiarse del buen estado de la empresa, sin comprobar que podría tener algún vicio que no le pudiera convenir a la hora de adquirir las participaciones de Sopefer S.L. Quizá, como experto en negocios, si hubiera investigado un poco, habría obtenido información relevante que le permitiera adelantarse al error y estar al tanto de que posiblemente no estaba interesado en hacerse con la totalidad de esa empresa. Por tanto, no es culpa de Francisco que José comprara sin asesores o sin informarse suficientemente del estado real de la empresa para conocer su situación, faltando a las “incumbencias de autoprotección” que la jurisprudencia exige a los que se dicen ser víctimas del delito de estafa.

IV. SOBRE EL PERJUICIO PATRIMONIAL Y EL DEBER DE AUTOPROTECCIÓN

Sobre el perjuicio patrimonial no hay mucho que debatir, pues las conclusiones son claras: dicho error y el consecuente acto de disposición posterior, han supuesto en José un perjuicio patrimonial, siendo esta la consecuencia principal de la estafa, al tratarse, como

ya repetimos, de un delito de resultado. Una vez producido dicho perjuicio, puede entenderse que se ha ido en contra del bien jurídico protegido -el patrimonio-, y los culpables de ello han sido, por un lado, Francisco, por no haber evitado con información previa dicho perjuicio, y, por otro, Daniel, por haber vendido a José unas participaciones por un precio notablemente superior al que valían.

V. SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE

Francisco no ostenta posición de garante en este delito: la posición de garante se corresponde con el deber que tiene el autor del delito de proteger el bien jurídico, de forma que el hecho de no impedir un resultado concreto se representa de la misma manera que su comisión. Sin embargo, nuestro representado no tiene ningún deber para con José, pues no es ni parte en el negocio jurídico de la compraventa ni tiene ningún tipo de relación especial que lo encuadre en esa posición.

De hecho, lo único que une a Francisco con José es una simple buena relación, la cual comenzó puesto que Francisco ha sido arrendatario de José durante muchos años, no porque se forjara, ajeno a todo lo demás, una relación de amistad incondicional.

Con todo ello, cabe resaltar que Francisco no intervino en la venta que se tacha de delictiva, puesto que ya había vendido sus participaciones en el momento en el que cumple con la condición de vendedor en el contrato de compraventa de participaciones con Daniel.

Por su parte, tampoco se cumpliría el segundo de los requisitos del artículo 11 - condiciones de equivalencia de su omisión a la acción- que exige que el deber jurídico de actuar sea tan intenso que su omisión equivalga a su efectiva producción.

Con base en todo lo expuesto, podemos concluir que:

- Mi representado no intervino en la compraventa de las participaciones ni se benefició de dicho negocio jurídico.

- Que, a pesar de que se cumplen varios elementos del tipo, al no tener ningún deber para con José, no ostenta posición de garante, elemento esencial que eliminaría el cumplimiento del resto.
- Que no puede considerarse que cometiera un delito de estafa en comisión por omisión.

6. Bibliografía o jurisprudencia aplicadas

BIBLIOGRAFÍA

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- NÚÑEZ PAZ, M. A. Los delitos de omisión. Edit. Tirant lo Blanch
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., El delito de estafa. Edit. Bosch
- IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información. Edit. Atelier
- Jurisprudencia al detalle, El delito de estafa, SepínNET revista, práctica penal. Edit. Sepín

JURISPRUDENCIA

- TS Sentencia núm. 661/1995, de 18 de mayo
- TS Sentencia núm. 1128/2000, de 26 de junio
- TS Sentencia núm. 577/2000, 3 de abril
- TS Sentencia de 19 de diciembre de 2001
- TS Sentencia de 7 de diciembre de 2002
- TS Sentencia núm. 1036/2003, de 2 de septiembre
- TS Sentencia de 14 de julio de 2004
- TS Sentencia de 22 de septiembre de 2004
- TS Sentencia 1420/2004, de 1 de diciembre
- TS Sentencia núm. 1359/2009, de 4 de enero
- TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1058/2010 de 13 de diciembre
- TS Sentencia núm. 495/2011
- TS Sentencia núm. 95/2012, de 23 de febrero
- TS Sentencia núm. 1001/2012, de 18 de diciembre.
- TS Sentencia núm. 333/2013, de 12 de abril
- TS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 42/2015, de 28 de enero
- TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 524/2016 de 16 de junio
- AP Barcelona Sentencia núm. 740/2017, de 29 de septiembre