

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 24 de Septiembre de 2018

Ponente: Palomo del Arco, Andrés - Nº de Sentencia: 417/2018 - Nº de Recurso: 1833/2017.

Ref. CJ 130320/2018

ECLI: ES:TS:2018:3269

ESTAFA. Nulidad de la sentencia que absuelve al entender que concurren todos los elementos del tipo, a excepción del perjuicio patrimonial. El acusado garantizó la devolución de un préstamo bancario a las dos querellantes, ocultando la existencia de una inquilina de renta antigua en la misma. Consta probado que las perjudicadas sólo tuvieron conocimiento de la existencia de la inquilina en el curso del procedimiento de ejecución, y que en ningún caso habrían formalizado el préstamo si hubiesen conocido la existencia del contrato de alquiler de renta antigua.

Normas

CP 1995 art. 248

RECURSO CASACION núm.: 1833/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 417/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 1833/2017, interpuesto por **D.ª Antonieta y D.ª Beatriz** representadas por la procuradora D.ª María Dolores Arcos Gómez, bajo dirección letrada de D. Sergio Lusilla Oliván contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimotercera.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D. Sabino** representado por el procurador D. Javier Fraile Mena y dirección letrada de D. Vicente Mayordomo Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 27 de Madrid incoó Diligencias Previas Procedimiento Abreviado nº 4139/2014 por delito de estafa y falsedad documental contra **D. Sabino**; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Vigesimotercera (Rollo de P.A. núm. 940/2016)

dictó Sentencia en fecha 17 de mayo de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados:**

«Se declara probado que:

PRIMERO.- El acusado Sabino . mayor de edad al tiempo de los hechos que aquí interesan, es propietario del piso NUM000 , puerta NUM001 , del n.º NUM002 de la CALLE000 de Madrid.

Inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 36 de Madrid, al tomo NUM003 , libro NUM004 , folio NUM005 finca n.º NUM006 .

SEGUNDO.- Emma ocupa el referido piso como inquilina sin interrupción en virtud del contrato de arrendamiento celebrado el 1 de diciembre de 1961 entre su exesposo Victor Manuel y el que fuera propietario a esa fecha Amadeo .

TERCERO.- En escritura pública de 19-11-2010 autorizada por el Sr. Notario de Madrid D. José-Fernando Usera, protocolo nº 2.705/2010, el encartado constituyó una hipoteca sobre la vivienda en favor de Avelino , como primer tenedor de las letras y de sus sucesivos tenedores, en su caso, en garantía de 46.500€.

La escritura notarial causó la inscripción 4a en el Registro de la Propiedad.

CUARTO.- Por escritura pública de 3-05-2011, autorizada por la Sra. Notario de Madrid D. Julia Sanz López, protocolo nº 1.408, el acusado constituyó una segunda hipoteca sobre la vivienda referenciada en favor de Beatriz y Antonieta , por mitad y proindiviso. para garantizar el préstamo por importe total de 98.000€ concedido por ambas, a razón de 46.500€ cada una de ellas.

Causó la inscripción 6ª en el correspondiente Registro de la Propiedad.

Con intención de enriquecerse ilícitamente, Sabino declaró en la referida escritura que la casa estaba libre de arrendatarios, cuando no era cierto. Ocupación arrendaticia, que al no revelar a las prestamistas en ningún momento anterior ni posterior, a su formalización fue la razón por la que le concedieron el citado préstamo en la creencia de que efectivamente no lo estaba.

Según se refleja en la citada escritura de préstamo. las prestamistas retuvieron anticipadamente las siguientes cantidades:

-3.920€, en concepto de intereses ordinarios pactados, dando carta de pago en ese acto por las mismas.
-1.000€, como provisión de fondos para hacer efectivos los gastos de Notaría. Registro e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y Timbres.
-46.500€, para saldar la deuda contraída con Avelino .

Los restantes 46.580€ se entregaron en efectivo metálico con carácter inmediatamente anterior al otorgamiento de la escritura, previo haberlo contado por el acusado, otorgando por ello total carta de pago a las prestamistas.

En lo que aquí interesa a efectos de la devolución del citado préstamo ambas partes pactaron las siguientes estipulaciones:

- Un vencimiento con fecha 2 de noviembre de 2011, pagadero en un solo plazo.
- Tasaron la vivienda en 150.000€ a los efectos procesales y para que sirviera de tipo en la subasta que correspondiera.

Y, para el caso de impago del dinero prestado, establecieron dos vías para su recuperación:

La primera, mediante la ejecución judicial de la hipoteca a través de su reclamación por cualquiera de los procedimientos previstos en Derecho, lo sea el juicio declarativo ordinario, verbal, el ejecutivo o monitorio cambiario o la acción hipotecaria prevista en el art. 129 la LH .

La segunda, a través de su ejecución extrajudicial mediante la venta con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.858 CC , con referencia al art. 129 LH , designado el acusado con carácter irrevocable a las prestamistas, para que en su representación pudieran otorgar la escritura de venta de la finca prevista en el art. 236i RH .

Además, les concedió a las ejecutantes la administración y posesión interina de la finca hipotecada, con

expresa facultad de administrarla y aplicar sus frutos y rentas al pago de costas y capital del préstamo, y al de los honorarios de administración que fueran procedentes.

QUINTO.- Llegado el día de su vencimiento el acusado no satisfizo el capital prestado y sus correspondientes intereses pactados.

Ambas prestamistas, Beatriz y Antonieta , decidieron presentar una demanda de ejecución hipotecaria sobre la vivienda propiedad del encartado que garantizaba su préstamo, cuantificando el importe total debido en 146.055,31€, inferior al valor de tasación a tales efectos.

SEXTO.- Le correspondió su conocimiento al Juzgado de 1^a Instancia n.^o 31 de Madrid, ejecución hipotecaria 1009/2012.

Por su auto de 14-01-2014 la Magistrada-Juez desestimó la oposición planteada por ambas demandantes al reconocimiento de Emma de la condición de arrendataria de la finca hipotecada. con imposición de las costas derivadas de ese incidente a la parte ejecutante.

Mediante Diligencia de Ordenación de 28 de abril de 2014 se acordó sacar a pública subasta la vivienda del acusado, señalando a tal efecto el 14 de julio de 2014.

Ambas ejecutantes siguieron adelante con la subasta pese a tener conocimiento de que la vivienda estaba ocupada por una inquilina amparada por un contrato de prórroga forzosa.

En el día señalado la subasta fue declarada desierta ante la incomparecencia de licitadores.

Por Diligencia de Ordenación de 14 de julio de 2014 se puso en conocimiento de las ejecutantes que tenían un plazo de veinte días para pedir la adjudicación del bien, y sus condiciones económicas en función de si se trataba o no de la vivienda habitual del deudor.

Con base en ello, por escrito con entrada el 17-07-2014, ambas demandantes solicitaron del Juzgado de lo Civil que se les adjudicara el inmueble por 75.000€ correspondiente al 50% del valor fijado en escritura para la subasta, por no ser vivienda habitual del deudor.

Por motivos que no explicitaron, el 31 de julio de 2014 presentaron nuevo escrito ante el órgano jurisdiccional ejecutante para interesar que se dejara sin efecto la adjudicación de la vivienda.

Por Decreto de 27 de noviembre de 2014, se acordó tener por terminado el procedimiento de ejecución hipotecario con motivo de no haber ejercitado las ejecutantes la facultad de adjudicación, ordenando librar mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad correspondiente para la cancelación de nota marginal de embargo.

SÉPTIMO.- No consta acreditado que para recuperar su dinero las prestamistas ejercieran la facultad de vender extrajudicialmente el piso propiedad del encartado conforme así pactaron en la señalada escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«LA SALA ACUERDA: ABSOLVER al acusado Sabino de los respectivos delitos de estafa por los que venía siendo acusado a instancias del Ministerio Fiscal de un lado, y de la Acusación Particular, por otro, y por el delito de falsedad en documento público acusado a instancia de esta última .

Se declaran de oficio las costas de este juicio.

Una vez firme la presente resolución deberá alzarse cuantas medidas personales y reales se hayan decretado contra Sabino ».

TERCERO.- Notificada en forma las anteriores resoluciones a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D.^a Antonieta y D.^a Beatriz , 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de las recurrentes formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

Motivo Primero.- Por infracción de ley, se funda en los números 1º y 2º del artículo 849 de la LECr .,

consistentes en infracción de precepto penal, dados los hechos que se declaran probados, y en error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas, resultante de ciertos particulares de documentos que demuestran la equivocación del Juzgador, que no resultan contradichos por otras pruebas.

Motivo Segundo.- Por quebrantamiento de forma, se funda en el número 1º del artículo 851 LECr ., por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resultar manifiesta contradicción entre ellos, o consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, se funda en el artículo 852 LECr ., por infracción de la tutela judicial efectiva, acceso a los medios de prueba, proceso público con todas las garantías (artículo 24 CE), legalidad penal (artículo 25.1 CE), motivación de las sentencias (artículo 120.3 CE), proscripción de la interdicción (artículo 9.3 CE).

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida impugnó la admisión del recurso solicitando su desestimación; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, en base a lo dispuesto en el número 3 del artículo 884 y número 1 del artículo 885, impugnándolo subsidiariamente de conformidad con su escrito de fecha 17 de octubre de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 12 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. - Se enjuicia la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria sobre vivienda que se afirma libre de arrendatarios, pese a tener inquilino, donde la Audiencia Provincial, absuelve al acusado, pues "no obstante cumplirse tales requisitos del tipo penal objeto de acusación. lo cierto es que la Sala considera que no concurre el requisito del perjuicio patrimonial".

Recurren en casación las prestamistas, querellantes, que si bien enuncian tres motivos: a) por quebrantamiento de forma del número 1º del artículo 851 LECr , b) por infracción de precepto constitucional (tutela judicial efectiva, acceso a los medios de prueba, proceso público con todas las garantías, legalidad penal, motivación de las sentencias y proscripción de la interdicción), amparado en el artículo 852 LECr y c) por infracción de ley, en base los números 1º y 2º del artículo 849 de la LECr ; como indica el Ministerio Fiscal en su informe, en la concreción de su formulación, se amalgaman las impugnaciones, sin ninguna relación entre ellas, lo que desde luego vulnera lo dispuesto en el art. 874 y siguientes, y hace difícil, si no imposible, su correcta contestación.

PRIMERO. - Efectivamente, en la formulación del recurso, la argumentación utilizada para los motivos de quebrantamiento de forma e infracción de preceptos constitucionales, es la misma, expresada la infracción constitucional, especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva, como conclusión de los quebrantos allí desarrollados.

Consideraciones que atenderemos en primer lugar, relegando los motivos de infracción de ley, concorde prevé el art. 901 bis b) LECr .

1. Indica el recurrente que, habiéndose probado el engaño suficiente, la disposición patrimonial en beneficio del acusado, y la disposición patrimonial en perjuicio propio, resulta fuertemente contradictorio sostener por parte de la Audiencia que esta disposición patrimonial no acarrea perjuicio para las denunciantes.

Señala que la propia sentencia alude a las prestatarias como las perjudicadas.

También recalca que, aunque no hubieran desistido en el procedimiento de ejecución y se hubieran adjudicado la vivienda, habría sido con una inquilina cuya renta es de 46,30 euros al mes.

Así como que incluso desde la finalidad de inversión alegada en la sentencia, no puede negarse la existencia del perjuicio:

...si es inversión, es porque se tiene una legítima expectativa de retorno. Continuamente afirman que si hubieran sabido la situación arrendaticia no hubieran desembolsado el dinero, y respalda esto la

declaración del propio acusado que dice que por consejo de Mauricio ocultó la existencia de una inquilina de renta antigua. Después del proceso civil y de ver que su inversión había sido en realidad una "desinversión" motivada de forma única y exclusiva por la ocultación de la existencia de la inquilina y haber hecho una disposición mayor de 50.000 euros, lógicamente por el propio concepto del término inversión no estaban dispuestas a acarrear con una pérdida de 23.000 euros más la pérdida anual añadida por el inquilinato de renta antigua. Estamos hablando de un importe mínimo de 23.000 euros mínimos de pérdida por la adjudicación y 15.000 euros de mantenimiento de la vivienda en impuestos, tasas y gastos desde el año 2011 en el que hicieron su inversión, ello sin contar con el lucro cesante, pues la finalidad de una inversión es sacar rendimiento al inmueble y no han podido tenerlo en su poder para arrendarlo a precio de mercado. Al contrario, incluso de haberlo tenido por el precio propio de la inversión tampoco lo habrían podido alquilar a consecuencia de la existencia de la inquilina de renta antigua.

De donde concluye que es inadmisible la interpretación del daño patrimonial que formula la Audiencia, no ajustándose a criterios básicos de razonabilidad o admisibilidad.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, conforme reiterada doctrina constitucional y casacional (vd. por todas STC 50/2014, de 7 de abril de 2014), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar , que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre , 308/2006, de 23 de octubre , 134/2008, de 27 de octubre ; por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero , etc.).

Exigencia también predictable de las sentencias absolutorias, conforme argumenta la STC 169/2004, de 6 de octubre "Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales - y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996 , de 15 de abril, FJ 2 ; 34/1997 , de 25 de febrero, FJ 2 ; 157/1997 , de 13 de julio, FJ 4 ; 200/1997 , de 24 de noviembre, FJ 4 ; 116/1998 , de 2 de junio, FJ 4 ; 2/1999 , de 25 de enero, FJ 2 ; 147/1997 , de 4 de agosto, FJ 3 ; 109/2000 , de 5 de mayo , FJ 2). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad". Doctrina reiterada en la STC 115/2006, de 24 de abril , FJ 5, con cita literal de la anterior.

Consecuentemente, la jurisprudencia de la Sala Segunda, ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).

Si bien, efectivamente, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre ó 901/2014, de 30 de diciembre).

De modo que, advierte la última de las resoluciones citadas, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre).

Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir, para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la valoración apodíctica, carente de explicación motivada, entre otras concreciones.

Dicho en los términos de la STS 598/2014, de 23 de julio , mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circumscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal.

De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

En la sentencia 486/2006, de 3 de mayo , se incide en que toda sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión solo esté fundada en el análisis parcial de únicamente la prueba de cargo, o solo de la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE ; la parte concernida que viese silenciado, y por tanto no valorado el cuadro probatorio por ella propuesto, no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

El fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por lo cual, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis solo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE (SSTS 485/2003, de 5 de abril ; 540/2010, de 8 de junio ; 1016/2011, de 30 de septiembre ; 249/2013, de 19 de marzo ; ó 698/2013 de 25 de septiembre).

Por su parte, la STS 174/2013, de 5 de marzo , con cita in extenso de la STS. 628/2010 de 1 de julio , precisa que podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisivo excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC 25/90 de 19 de febrero ; 101/92 de 25 de junio), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "la CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2 de noviembre).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13 de julio).

El Tribunal Constitucional, (SSTC. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SSTS 626/96 de 23 de septiembre ; 1009/96 de 30 de diciembre ; 621/97 de 5 de mayo ; y 553/2003 de 16 de abril), han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha

actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectivo que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 , dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 14/95 de 24 de enero , 199/96 de 4 de junio ; 20/97 de 10 de febrero).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

3. En autos, la Audiencia niega el perjuicio con los siguientes argumentos:

(...) no cabe duda de que ambas prestamistas, engañadas por el acusado por haberlas ocultado el referido contrato de inquilinato, realizaron un acto de disposición en su favor mediante el desembolso de los 98.000€ en concepto de préstamo, que de no haber mediado dicho artificio no los hubieran sufragado, pues así las dos lo han puesto de manifiesto en el plenario.

Ahora bien, ello no obstante lo cierto es que la verdadera finalidad que perseguían con la entrega del dinero fue como inversión con garantía hipotecaria del piso del acusado. Así lo ha declarado expresamente en el plenario Antonieta .

Dicho de otro modo, en caso de impago del capital prestado podían acceder a la titularidad del piso mediante su ejecución lo que así pactaron a través de dos opciones para su recuperación.

La primera por vía ejecución judicial (estipulación CUARTA -folio 94). La segunda, mediante la venta extrajudicial del inmueble (estipulación QUINTA -folio 94 vuelto), designando el acusado a las prestamistas, como acreedoras, para otorgar la escritura de venta. En uno y otro caso tasaron la vivienda en 150.000E, valor sin duda superior al del préstamo y sus intereses.

Pero es que además, en la escritura el acusado concedió a los ejecutantes la administración y posesión interna de la finca hipotecada, con expresa facultad para administrarla y aplicar sus frutos y rentas al pago de costas y capital del préstamo. y al de los honorarios de administración que sean procedentes [apartado c) de la estipulación QUINTA].

En esta tesitura y ante el impago del préstamo a su vencimiento resulta que ambas prestamistas optaron por la ejecución judicial formulando la correspondiente demanda conforme obra como doc. 3 en su denuncia (folio 27 y ss.). Así lo ha reconocido Beatriz .

Le correspondió al Juzgado de la Instancia n.º 31 de Madrid, procedimiento de ejecución hipotecaria n.º 1009/2012. Ya hemos señalado que a los folios 120 a 284 obra el testimonio solicitado por el Juzgado de Instrucción n.º 27 de esta capital, "desde el Edicto del LAJ de 28-04-201 anunciando la pública subasta" (folio 118).

Pues bien, resulta que el auto de 14-01-2014 y que se acompaña con la denuncia, que sin duda les fue notificado a las ejecutantes, hoy perjudicadas, desestima su oposición al reconocimiento de Emma como inquilina de renta antigua. Dicho de otro modo, a través del proceso tornaron conocimiento de la situación arrendaticaria.

Situación de inquilinato que sin embargo no les impidió seguir adelante con la ejecución, toda vez que esperaron al día de la subasta, lo que sin duda respondió a la expectativa de recuperar su dinero por si concurriera algún licitador.

Pero es que además resaltar que ante la incomparecencia de licitador alguno, y pese a la ocupación de la vivienda en esas condiciones, aun así, decidieron adjudicarse el piso por el 50% de su valor de tasación, o sea por 75.000,1, precisamente porque no se trataba de la vivienda habitual del deudor.

No cabe duda de que su proceder fue igualmente producto de esa finalidad perseguida con la entrega del dinero prestado, que no era otra que quedarse con el piso. Ellas mismas así lo han reconocido. Se trataba de una inversión.

Por consiguiente, sorprende que pocos días después desistieran de la adjudicación que según declaran en el plenario fue porque no les interesaba, eran problemas, pues desconocían cuánto pagaba de renta, y demás conceptos, y les suponía una carga, cuando mucho antes de señalarse día para la subasta ya tenían conocimiento de las circunstancias arrendaticias de la vivienda del acusado y no obstante ello siguieron adelante con la misma.

En efecto. La inquilina Emma ha explicitado en sala las condiciones de su contrato. Paga una renta mensual de 46.30E, incluidos posiblemente los gastos de la Comunidad por haberlo acordado con los padres del acusado. Desde 1983 dice que ha pagado todos los gastos de reforma, y todo lo que ha tenido que ir cambiando. Ella puso la calefacción. También las derramas del inmueble.

Se trata de una información que parte de ella al menos obra en el testimonio del procedimiento de ejecución del juzgado civil...

Información en definitiva que no resultó ser un obstáculo, como hemos dicho, para solicitar que el piso saliera a subasta e incluso para solicitar su adjudicación al quedar desierta, una vez que tuvieron conocimiento de ella, pues esa era la finalidad perseguida por las prestamistas. Por consiguiente, su posterior desistimiento de tal adjudicación con base precisamente en esa misma información se corresponde a una renuncia a esa finalidad perseguida por las perjudicadas. o dicho de otro modo. y en lo que aquí interesa, no puede entenderse como perjuicio patrimonial.

Pero es que además resulta que la citada arrendataria ha añadido que el propietario la ha avisado para que lo deje porque dice que lo necesita.

Dicho de otro modo, de procederse al desalojo por tal circunstancia, el piso quedaría libre y expedito de ocupantes. De ser esta la verdadera razón de su desistimiento en la adjudicación en el procedimiento de ejecución civil, resulta que para que las perjudicadas ejerciten las acciones que estimen convenientes, en tanto que no consta que hayan renunciado o cedido su crédito.

En definitiva, no cabe ninguna duda de que ambas perjudicadas como prestamistas realizaron un acto de disposición económica con motivo del engaño bastante y antecedente que les causara el acusado al ocultarlas que la vivienda estaba ocupada por una arrendataria de renta antigua. Ahora bien tal acto de disposición entiende la Sala que no ha sido causante de un perjuicio patrimonial en tanto que la finalidad que perseguían con la disposición económica no se ha visto perjudicada por los motivos expuestos.

4. Desde el contenido de la doctrina jurisprudencial expuesta, el motivo debe ser estimado.

4.1. Por inversión se entiende habitualmente la colocación de capital en una operación, con el fin de recuperarlo, generalmente en un monto superior pues existe la esperanza de que genere ganancias. Pero ese elemento de riesgo o aleatorio inherente a toda inversión, no supone blindaje alguno a la posibilidad de conductas originadoras de efectivo perjuicio para tal inversión; no determina la inanidad ni impunidad de toda conducta típica que imposibilite o frustre ese retorno.

Es decir, no es ajustado a criterios lógicos, entender que aunque se anulen frustren o aminoren por conducta dolosa ajena, los beneficios de la inversión, como la finalidad inversionista persiste, el perjuicio se evapora. Tampoco, que si la finalidad es obtener la titularidad de la vivienda, cuando ello es posible, pero con inquilino que abona 43,20 euros mensuales, en vez de adquirirla absolutamente libre, no exista perjuicio. Ni que ponderado el acceso a la vivienda por las acreedoras hipotecarias, desistan hacerlo, en espera de mejores condiciones, suponga constatación diversa al deseo de no empeorar la "inversión"; y menos aún que la persistencia del crédito contra el prestatario y de la garantía hipotecaria sobre vivienda que cuenta con inquilino cuya existencia se ocultó dolosamente, implique que el perjuicio no nace o desaparece ex tunc; ni siquiera la expectativa de que al cabo del tiempo el inquilinato desaparezca, permite negar el perjuicio actual.

4.2. Pero además, negar el perjuicio, conlleva contradicción, con el propio tenor literal de la sentencia recurrida, donde además de narrar obvias consecuencias perjudiciales para las prestamistas, también las

denomina y considera *perjudicadas*. No es una mención ocasional y en el contexto que se incluye, tampoco es posible afirmar que se alude meramente a su condición de parte como acusadoras particulares. Así:

- Dos veces en el apartado cuarto del primer fundamento de derecho:

Ello no obstante lo cierto es que en el señalado documento notarial consta que el capital prestado fue de 98.000€ (folio 93). Cantidad que las hoy **perjudicadas**, como prestamistas, han declarado que fue la desembolsada.

En esta tesitura, resulta que **ambas perjudicadas** de forma inequívoca han expresado su voluntad diciendo que de haber sabido tal situación arrendaticia no hubieran firmado la escritura, no hubieran hecho esta inversión. Conocimiento que solo tuvieron tras demandar al acusado en el procedimiento hipotecario.

- En el apartado quinto del primer fundamento de derecho:

Previamente, hacer mención al auto de 14-01-2014 del referido órgano jurisdiccional civil, acompañado como doc. 4 en la denuncia. por el que se desestima la oposición planteada por la representación procesal de las ejecutantes, **hoy perjudicadas**, " *al reconcomiendo de Emma de la condición de arrendataria de la finca hipotecada, con imposición a la parte ejecutante de las costas derivadas de este incidente* " .

- Cuatro veces más en el segundo fundamento de derecho:

Pues bien, resulta que el auto de 14-01-2014 y que se acompaña con la denuncia, que sin duda les fue notificado a las ejecutantes, **hoy perjudicadas**, desestima su oposición al reconocimiento de Emma como inquilina de renta antigua. Dicho de otro modo, a través del proceso tornaron conocimiento de la situación arrendaticia.

(...) su posterior desistimiento de tal adjudicación con base precisamente en esa misma información se corresponde a una renuncia a esa finalidad perseguida por **las perjudicadas**, o dicho de otro modo. y en lo que aquí interesa, no puede entenderse como perjuicio patrimonial.

De ser esta la verdadera razón de su desistimiento en la adjudicación en el procedimiento de ejecución civil, resulta que para que **las perjudicadas** ejerçiten las acciones que estimen convenientes, en tanto que no consta que hayan renunciado o cedido su crédito.

En definitiva, no cabe ninguna duda de que **ambas perjudicadas como prestamistas** realizaron un acto de disposición económica con motivo del engaño bastante y antecedente que les causara el acusado al ocultarlas que la vivienda estaba ocupada por una arrendataria de renta antigua.

4.3. Consecuentemente, tanto por: a) mediar inferencia que no se sustenta en criterios lógicos, al inferir la inexistencia de perjuicio, de la finalidad inversionista de las prestamistas, como por b) la contradicción que integra el describir obvios perjuicios para las mismas (además de denominarlas reiteradamente perjudicadas) se afirme y se niegue a la vez esa condición de perjudicadas a las querellantes; el motivo basado en quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva, debe ser estimado.

5. Pese a tratarse de una sentencia absolutoria, la consecuencia será la nulidad de la sentencia recurrida (vd. STC 218/2007, de 8 de octubre , FJ 3º), para que el Tribunal que enjuició en primera instancia, dicte una nueva resolución, donde se evite la conculcación descrita.

FALLO

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

Con estimación del recurso formulado por la representación procesal de D.^a Antonieta y D.^a Beatriz , en su condición de acusación particular, **DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia recurrida, dictada el día 17 de mayo de 2017, por la Sección Vigesimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid en su Rollo de Procedimiento Abreviado núm. 940/2016, con retroacción de las actuaciones al momento previo de su dictado, para que le Tribunal de enjuiciamiento dicte una nueva resolución, concorde a los parámetros del derecho a una tutela judicial efectiva antes expresados.

Ello, con declaración de oficio de las costas originadas por este recurso
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

Referencia Cendoj: 28079120012018100427