

ESTAFA Y DOLO CIVIL: CRITERIOS PARA SU DELIMITACIÓN

Criminal and civil fraud: criteria for a distinction

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid
jdopico@der-pu.uc3m.es

SUMARIO

1. Introducción.- 2. Algunas propuestas doctrinales y jurisprudenciales.- 2.1. La confusión entre el dolo de incumplimiento obligacional y el dolo vicio.- 2.2. El carácter *plena* o *parcialmente* fraudulento del contrato.- 2.3. Propuestas relativas al resultado típico.- 2.4. Propuestas relativas a la *intensidad* del engaño o a su *grado de elaboración*.- 2.5. En concreto: “engaño bastante para producir error” e imputación del error a la propia víctima.- 2.6. La moderna doctrina del Tribunal Supremo: “una cuestión de tipicidad penal”.- 3. El concurso de leyes entre el dolo civil y el tipo penal de estafa y su resolución atendiendo a los elementos subjetivos del tipo (en especial: dolo de perjuicio patrimonial).- 3.1. La relación entre ambas normas.- 3.2. El deslinde entre ambas normas no lo impone el principio de vigencia sino el principio de subsidiariedad de la intervención penal.- 3.3. Subsidiariedad penal y tipo subjetivo. El dolo de perjuicio patrimonial como criterio fundamental de distinción entre estafa y dolo civil.- 3.4. Subsidiariedad penal y tipo objetivo. Un criterio adicional: exclusión de las conductas que no alcancen un “*umbral de gravedad típico*”.- 3.5. Implicaciones formales de la subsidiariedad penal. Imputación a personas físicas o jurídicas. Acción civil y acción penal.

Resumen

El Derecho español regula la inducción fraudulenta a contratar en el Código Civil y en el Penal, sin establecer reglas sobre cuándo debe aplicarse una regulación y cuándo la otra. En este trabajo se analizan las propuestas que ha formulado la doctrina al respecto, y se ofrecen soluciones interpretativas para la coordinación de ambas regulaciones.

Palabras clave: estafa, dolo civil, *dolus in contrahendo*.

Abstract

The fraudulent inducement to contract is regulated separately in the civil code and in the criminal law; and there are no set rules about when to apply one regulation or another. In this paper we analyze different doctrinal proposals on the subject and we offer some interpretative solutions to coordinate both regulations.

Keywords: criminal fraud, civil fraud, *dolus in contrahendo*.

1. Introducción¹

Quien induce a otra persona a contratar mediante engaño... ¿comete un *delito* o un mero *ilícito civil*? La respuesta no es sencilla:

- a) por una parte, el art. 1269 CC define el *dolus in contrahendo* o *dolo-vicio*: “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”, y regula sus consecuencias jurídicas: El dolo grave (*dolus causam dans contractu*) produce la nulidad del contrato, y el meramente incidental sólo da derecho a una indemnización por daños y perjuicios (siempre salvo que hubiese sido empleado por las dos partes: art. 1270 CC)².
- b) por otra, el tipo penal de estafa (art. 248 y ss. CP) sanciona con prisión de 6 meses a 3 años a “los 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”, si

¹ Una primera versión de este trabajo, previa a la reforma penal de 2010, puede hallarse en DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Estafa y otros fraudes en el tráfico inmobiliario”, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada: 2006, pp. 131-317, en concreto apartado “Estafa y dolo civil” (pp. 196 y ss.).

² *Vid.* también el art. 4:107 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (LANDO, Ole; BEALE, Hugh —eds.— *Principles of European Contract Law I-II*, The Hague, 2000).

la cuantía fuere superior a 400 €(de ser inferior sería una falta, art. 623.4). Cabe así hablar de *estafa contractual* para referirse a las estafas en las que para defraudar a la víctima se la induce a concluir un contrato (la Jurisprudencia habla de “negocio civil criminalizado”).

Como se puede contemplar, “*el concepto de dolo que da el art. 1269 del Código civil (...) en muy poco se diferencia del de estafa que da el art. 248 del Código penal*”³. Pero pese a esa extrema similitud, como se puede comprender, las consecuencias jurídicas de uno y otro precepto son radicalmente distintas: mientras que la aplicación de los arts. 1269-1270 CC otorga a la parte perjudicada acciones civiles para defender sus intereses patrimoniales, la aplicación de los arts. 248-250 CP implica una condena penal y la imposición de una pena de prisión que puede llegar incluso a los *ocho años* (art. 250.2). Por ello es de capital importancia diferenciar los casos de mero *dolus in contrahendo* de los que constituyen auténticos delitos de estafa.

Desde hace casi dos siglos se plantean doctrina y Jurisprudencia cuál es el criterio que puede trazar la línea divisoria entre la estafa y el dolo *in contrahendo*, y al respecto no existe consenso suficiente⁴. Con crudeza lo expone QUINTERO OLIVARES: “*Saber ‘a priori’ cuál será el criterio de un Juez de Instrucción sobre el carácter criminal o privado de un conflicto en el que late un engaño es una tarea difícil y deja en muy mal lugar la certeza del Derecho o, por lo menos, la homogeneidad de la Jurisprudencia*”⁵.

¿Se trata de una tarea posible? ¿Se puede distinguir entre la inducción fraudulenta a contratar *penalmente relevante* de la que sólo despliega consecuencias civiles? ¿O estamos condenados a que los Jueces y Tribunales resuelvan *ad casum*, sin la más mínima previsibilidad?

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 431.

⁴ Véanse las dudas que ya con respecto a la posibilidad de un deslinde entre ambos institutos en el CP de 1870 manifestaba Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, vol. VII, Salamanca, 1897, p. 27.

⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* (Aranzadi) n° 3, 2000, pp. 45 y ss., p. 45.

2. Algunas propuestas doctrinales y jurisprudenciales

Doctrina y Jurisprudencia han abordado esta cuestión desde los más diversos puntos de vista, y con éxito desigual. Las argumentaciones empleadas son numerosas y prácticamente no se puede hallar dos iguales. Una clasificación aproximada de los argumentos empleados puede ser la siguiente:

- Propuestas que confunden el dolo de incumplimiento obligatorio con el dolo vicio (dolo “antecedente” o “simultáneo” al incumplimiento).
- Propuestas basadas en el carácter *plena* o *parcialmente* fraudulento del contrato
- Propuestas relativas al resultado típico
- Propuestas relativas a la *intensidad* del engaño o a su *grado de elaboración*. De entre estas últimas, merecen especial atención las que se centran en el concepto: “engaño bastante para producir error” y en los casos de imputación del error a la propia víctima.
- La moderna doctrina del Tribunal Supremo: “una cuestión de tipicidad penal”.
- Propuestas que resuelven el concurso de leyes entre dolo civil y estafa atendiendo al elemento subjetivo⁶.

2.1. La confusión entre el dolo de incumplimiento obligatorio y el dolo vicio.

En no pocas ocasiones la Jurisprudencia ha pretendido resolver la diferencia entre estafa y dolo civil atendiendo al *momento* del engaño: si el sujeto *ya en el momento del contrato* albergaba la intención de incum-

⁶ Esta es la clasificación que proponía en 2006 (DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Estafa y otros fraudes en el tráfico inmobiliario”, pp. 197 y ss.; EL MISMO, “Dolus in contrahendo y estafa”, en *Al Día —Civitas—* n.º 4 —2006—, pp. 1 y ss.). Posteriormente ha seguido una clasificación muy similar REBOLLO VARGAS, “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* n.º 19 (2008), pp. 93 y ss. (1. El engaño precedente o coetáneo. 2. La intensidad del engaño. 3. El criterio del resultado. 4. La opción del concurso de leyes. 5. El ambiguo criterio jurisprudencial de la tipicidad penal. 6. El ánimo de lucro como elemento clave de la distinción).

plirlo en el futuro, sería estafa, pero si la intención de incumplir surgía *después* de la conclusión del contrato, se trataría de un mero dolo civil.

Así, en la Jurisprudencia reciente cabe hallar manifestaciones de este criterio como las siguientes:

- “En punto a **las diferencias entre el dolo civil y penal**, en el delito de estafa, esta Sala Casacional **lo relaciona con el momento de su aparición**, y ello porque si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estamos, en todo caso, ante un «*dolus subsequens*», ordinariamente atípico” (Sentencia núm. 435/2010 de 3 mayo, Pte. Sánchez Melgar, FD 4°).
- “El engaño y el correspondiente ánimo engañoso (...) han de surgir inicialmente, a diferencia del **dolo civil que tiene carácter subsequens**, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución” (SSTS 787/2011 de 14 julio, FD 1°; 1017/2009 de 16 octubre, FD 6°; y 695/2009 de 26 junio, FD 1°, Pte. en todas ellas Monterde Ferrer)^{7, 8}.

El criterio es inservible a los efectos que nos interesan, porque sólo permite distinguir la estafa del *dolo de incumplimiento obligacional* (art. 1101 CC), y no del dolo-vicio (art. 1269-1270 CC), que por consistir en la inducción insidiosa a la celebración de un contrato (*dolus causam dans contractu*) debe, por definición, preceder a su conclusión⁹.

⁷ Estas resoluciones citan en su apoyo otras sentencias que, en realidad, sostienen soluciones distintas (como la STS 2202/2002, de 2 de enero, Pte. Maza Martín, que en su FD 2° sostiene una distinción basada en la subsidiariedad penal, atendiendo a la suficiencia del engaño), y otras que en realidad no tratan la cuestión. Parece seguir la misma línea la STS 934/2006 de 29 septiembre, Pte. Monterde Ferrer, FD 3°.

⁸ Ver también resoluciones anteriores en esta misma línea, como las SSTS 27 de septiembre de 1991, Pte. Moyna Ménguez; 393/1996, de 8 de mayo, Pte. Bacigalupo Zapater; o 987/1998, de 20 de julio, Pte. De Vega Ruiz.

⁹ Rechazan esta confusión, por todos, GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, “Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código penal de 1983 (Hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles)”, en *RFDUCM* monogr. n° 6, 1985, p. 344; VALLE MUÑOZ, José Manuel. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*. Barcelona, 1987, p. 19; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 93; PASTOR MUÑOZ, Nuria, en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN (coords.), “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*:

2.2. El carácter *plena* o *parcialmente* fraudulento del contrato.

En otras sentencias ha sostenido el Tribunal Supremo que habrá estafa allí donde el contrato sea una “*pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno*”; *vid.* por todas las SSTs de 16 de julio de 1990 (Pte. Soto Nieto, F.D. 5º); 784/1995, de 19 de junio (Pte. Conde-Pumpido Tourón, F.D. 4º); 1505/1997, de 10 de diciembre (Pte. De Vega Ruiz, F.D. 2º); 648/1998, de 12 de mayo (Pte. Conde-Pumpido Tourón, F.D. 2º); 503/2000, de 28 de marzo (Pte. Saavedra Ruiz, F.D. 3º); 1320/1998, de 5 de noviembre (Pte. De Vega Ruiz, F.D. 1º).

Este tópico debe manejarse con cuidado, pues en parecería afirmar que sólo cabrá hablar de una estafa contractual cuando el contrato sea *desde todo punto de vista* una mera cobertura formal que oculte el fraude. Tal solución no sería razonable, por excesivamente restrictiva: ¿acaso una estafa deja de serlo si el contrato al que induce contiene, junto a los pactos aparentes o fraudulentos, otros extremos lícitos? Evidentemente, no: lo que aisladamente considerado es una estafa, no deja de serlo si se acompaña de otros pactos válidos. Si no, se abriría una sencilla vía para la elusión de la pena: acompañar la estafa de otros pactos razonables y con causa, integrándolos todos en un negocio complejo.

Por ello, el criterio debe ser rechazado. Hay sin duda estafa en los casos de negocios vacíos o puramente aparentes que sólo encubren un fraude; pero también pueden darse estafas en el seno de una relación negocial real.

2.3. Propuestas relativas al resultado típico.

Por otra parte, la diferencia *tampoco puede hallarse en la existencia o inexistencia de daño patrimonial* logrado o intentado, como ha sugerido algún sector doctrinal¹⁰, que consideraba que el engaño sería estafa si

euodelitos de corrupción y fraude, Cuenca: Univ. de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 257 y ss., p. 275.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1222; LOS MISMOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 481-482; *vid.* también SAP Valencia, Sec. 4ª, 90/2001, de 3 de abril, Pte. Tomás Tío, F.D. 3º. Muy crítico BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Pe-*

produce tal perjuicio, y dolo vicio si no. Y ello, porque *el Código civil, en su regulación de las consecuencias del dolo vicio, prevé expresamente el caso de que produzca daños patrimoniales y regula su indemnización*. Así, el art. 1270 CC prevé la indemnización por daños en caso de dolo civil (incluso para el *dolo incidental*)¹¹, y el art. 1300 CC habla de anulación del contrato por dolo “*aunque no haya lesión para los contratantes*” (*a contrario*: prevé tanto el dolo *lesivo* como el *no lesivo*): es evidente que el CC piensa en un dolo-*vicio patrimonialmente dañino*.

También en relación con el resultado, pero desde la perspectiva del principio de legalidad penal, se ha propuesto buscar la diferencia específica de la estafa frente al dolo civil en el concepto de *acto de disposición patrimonial*. Así, el dolo-*vicio* sería el género y la estafa una *especie*, caracterizada porque el negocio inducido es uno que lleva a la víctima a *disponer* de una cosa o derecho, mientras que los supuestos en que es inducida a *prestar un servicio*, por ejemplo, no podrían ser considerados sino meros casos de dolo civil. Se ha apoyado este argumento de legalidad formal en la Jurisprudencia que comienza a negar la tipicidad penal de fraudes de prestación de servicios como el polizonaje, en los que el engañado habría prestado de cualquier modo el servicio, y en los que el fraude no ha supuesto un mayor esfuerzo patrimonial (el barco hubiese hecho el mismo viaje con y sin polizón —evidentemente, el consumo extra de combustible es irrelevante—)¹².

Aunque desde el estricto punto de vista de legalidad formal la propuesta respeta el *límite de los significados posibles*, implica un grave

nal. Madrid, 2004, p. 72. Aunque la referencia al perjuicio “logrado” sea rechazable, sí puede ser relevante la mención al “intentado” si se entiende como “abarcado por el dolo”; al respecto, *vid. infra*, epígrafe 3.c).

¹¹ La cuestión se enreda por la deficiente técnica legislativa del art. 1270, que otorga a quien sufre dolo civil *incidental* una acción por daños y perjuicios, pero a quien sufre dolo civil *grave* sólo le reconoce expresamente una acción de nulidad... *pero no una acción de indemnización*. No obstante, en un razonamiento *a fortiori*, la Jurisprudencia ha reconocido también la acción por daños para el dolo grave (*vid. GÓMEZ CALLE, Esther, Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, pp. 43-44, con ulteriores referencias).

¹² GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Estructura jurisprudencial del delito de estafa (una revisión crítica de sus elementos objetivos”, en *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, (dir. J. Boix), Madrid, 2005, pp. 31, 38-41.

problema: una reducción del ámbito típico del art. 248 (o: del que habitualmente se le supone), de muy difícil justificación político-criminal. Por ello, debe rechazarse a favor de otras interpretaciones, igualmente respetuosas del principio de legalidad, que no conduzcan a estos resultados indeseados.

Deben hacerse, asimismo, varias consideraciones adicionales:

- Si se entiende que en el polizonaje el engaño no mueve a disposición patrimonial, *tampoco puede ser constitutivo de dolo-vicio* (no sería un fraude *dans causam contractu*), por lo que el criterio no nos resulta de utilidad en nuestra tarea delimitadora.
- Pese a que es razonable la duda sobre la tipicidad como estafa de polizonaje por ausencia de acto de disposición y perjuicio (aunque no siempre: piénsese en los casos en que por culpa del polizón el defraudado ha debido *dejar en tierra* a un pasajero, dejando de ingresar una cantidad), hay no obstante otros muchos casos de defraudación en la prestación de servicios en los que la tipicidad es indubitada, como, por ejemplo los engaños que provocan la prestación de servicios individuales¹³.

2.4. Propuestas relativas a la *intensidad* del engaño o a su *grado de elaboración*

No lleva a mejores resultados el intento de graduar la relevancia del extremo sobre el que verse el engaño, reservando para el dolo civil los engaños *sobre extremos menos relevantes* y aplicando el tipo de estafa a los engaños *sobre las cuestiones esenciales*. Y ello porque el propio art. 1270 CC distingue entre el dolo grave (pfo. 1º; *dolus causam dans contractu*, el que versa sobre el núcleo esencial del contrato) y el incidental (pfo. 2º), que sólo afecta a cuestiones secundarias. Descartando el dolo incidental, el intento de distinguir entre el dolo civil grave, *que da causa*

¹³ Admiten la estafa de prestación de servicios, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 49; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 161; GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *Derecho Penal Español. Parte Especial* (M. Cobo del Rosal coord.), Madrid, 2004, p. 495; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 215; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 443.

al contrato (art. 1270, 1º pfo.) y la estafa como “engaño sobre cuestiones esenciales” es inviable.

Un sector doctrinal ha partido, con razón, de la gran coincidencia entre estafa y dolo civil, entendiendo que toda estafa contractual ha de ser, a la vez, un caso de dolo civil; pero de ahí ha concluido después, de modo más cuestionable, que deben reservarse para el tipo de estafa los supuestos en los que exista una mayor *elaboración* en el engaño. Así, la estafa no podría consistir en la mera comunicación de un hecho falso, sino que debería abarcar maquinaciones más complejas, que incluyan una *puesta en escena* más elaborada que la mera mentira¹⁴.

Pese a lo correcto del punto de partida, entiendo que debe desestimarse esta solución, importada del Derecho francés (art. 313.3 del Code)¹⁵. Caben perfectamente estafas en las que el engaño se desarrolla en escasas frases y sin apoyo de historias mendaces, documentos, colaboración de otros, etc., pero que reúnen perfectamente el desvalor típico de un engaño bastante para producir error. Es más: como señala el Tribunal Supremo, cabe cometer estafa incluso mediante *afirmaciones tácitas*, mensajes que se integran con el contexto o con elementos no verbales¹⁶, lo que abona aún más el rechazo de esta tesis de la “puesta en escena”: la *mise en scène* no es en nuestro Derecho un elemento típico necesario para hablar de estafa, sino, como se ha señalado, un elemento probatorio¹⁷.

Debe rechazarse también que el criterio de la “mayor o menor elaboración del engaño” se derive del principio de subsidiariedad de la intervención penal. Ese principio determina que el Derecho penal sólo debe intervenir ante las *infracciones más graves*, lo que no significa *ante los engaños más elaborados*: caben engaños no muy elaborados pero

¹⁴ Vid. por todos BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 33. En la Jurisprudencia reciente, ver por todas la STS 89/2007 de 2 febrero (Pte. Martín Pallín), FD 1º.

¹⁵ Sobre las diferentes posiciones al respecto, *vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Valencia, 2004, pp. 45 y ss.

¹⁶ Vid. GÓMEZ-CALLE, *Los deberes precontractuales... cit.*, p. 82; los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 4:107.1) recogen la posibilidad de dolo no sólo por mensajes verbales, sino también no verbales.

¹⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Derecho penal de la construcción... cit.*, pp. 199-200; se adhiere REBOLLO VARGAS, *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 19, 2008, p. 103.

determinantes de fraudes muy graves, y engaños elaboradísimos que únicamente revisten relevancia civil¹⁸.

2.5. En concreto: “engaño bastante para producir error” e imputación del error a la propia víctima.

La doctrina con frecuencia ha intentado resolver la cuestión tomando como eje de la solución la exigencia del tipo de estafa de que el engaño sea “bastante para producir error”¹⁹. Este requisito se ha entendido por parte de la doctrina más autorizada como un nivel mínimo de *idoneidad* del engaño²⁰: el engaño ha de ser suficiente como para producir error a un agente medio en ese concreto sector del mercado. Si se trata de un engaño burdo, que sólo podría desorientar a un agente económico descuidado, no cabrá hablar de estafa.

No se puede analizar aquí adecuadamente la compleja cuestión de la imputación del error a la propia víctima por considerarlo consecuencia de su propio descuido más que del engaño del autor²¹. Sin embargo, sí deben hacerse algunas consideraciones, necesariamente breves, en relación con el deslinde entre dolo civil y estafa.

En mi opinión, *la diferencia entre dolo civil y dolo penal no puede derivarse sin más de si el engaño es o no “bastante para producir error” del engaño*. El propio art. 1269 CC define el dolo-vicio como la maquinación por la que “es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Es decir: que el dolo civil no sólo ha de ser, como el de la estafa, *idóneo* (“bastante”) sino *aún más*: como el de la estafa *consumada*, ha de ser *eficaz* (no existe un “dolo vicio intentado”).

¹⁸ De hecho, y como acertadamente señalaba VALLE MUÑIZ (*op. cit.*, pp. 144-145) en su crítica a la posición aquí rechazada, la definición del dolo *civil* en el art. 1269 CC contempla engaños especialmente elaborados (“maquinaciones insidiosas”).

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, en *Derecho Penal Español, Parte Especial... cit.*, p. 493

²⁰ Fundamental GÓMEZ BENÍTEZ, “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n.º 28, 1985, pp. 333 y ss., p. 339.

²¹ Ver por todos PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2004, pp. 263 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada, 2006, pp. 153 y ss., 156 y ss..

Si el error de la víctima no es imputable al engaño del fraudulento, no cabe hablar de estafa ni de dolo civil.

Ello exige determinar si los criterios de imputación del error a la víctima en vez de al autor son idénticos en Derecho civil y en Derecho penal. En mi opinión, así es en relación con el dolo-vicio (a diferencia del error-vicio)²². Distinta es la cuestión de si, imputado el error al autor y no a la víctima, cuestiones relativas a la víctima y el nivel de cuidado que cabe exigirle (como término de comparación de la *idoneidad* del engaño) pueden graduar la *gravedad* del fraude. Más adelante se abordará esta cuestión.

En cualquier caso, nunca se advertirá demasiado de que debe usarse con cuidado el argumento de la imputación del error a la propia víctima. La doctrina no suele subrayar suficientemente que *se trata de un argumento que despliega sus efectos fundamentalmente en relación con víctimas comerciantes o profesionales, pero rara vez con víctimas consumidores*: en virtud del principio constitucional de protección de consumidores quienes contratan con los destinatarios finales de bienes y servicios están obligados a suministrarles prácticamente toda la información necesaria (con lo que se libera correlativamente al consumidor de *deberes de autoprotección*)²³.

2.6. La moderna doctrina del Tribunal Supremo: “una cuestión de tipicidad penal”.

De modo menos concreto, el Tribunal Supremo ha considerado que el problema es “una cuestión de tipicidad penal” (*vid.* por todas STS

²² La doctrina civil no es unánime sobre si la excusabilidad del error determina o no el ámbito del dolo grave (por todos, *vid.* PAZ-ARES, Cándido, “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *LH-Broseta* vol. III, pp. 2890 y ss., p. 2890). Quizá en ello influya la poca Jurisprudencia civil relativa al dolo vicio y un tratamiento no suficientemente diferenciado de la excusabilidad del error para *consumidores* y para otros agentes económicos.

²³ Así lo he expuesto en obras anteriores: DOPICO GÓMEZ-ALLER, “La estafa sobre datos registrales”, en *InDret* 3/2006, pp. 4 y ss.; EL MISMO, en *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada: 2006. Acoge mis tesis BAJO FERNÁNDEZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal*

722/1999, de 6 de mayo, Pte. De Vega Ruiz), es decir: que si se dan los requisitos típicos de la estafa, se aplicará el tipo penal, y de no ser así, se verá si se dan los requisitos del dolo vicio.

Así, afirma el Tribunal Supremo en multitud de sentencias: “*La STS. 17.11.97 indica que: “la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...” En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la “sanción” existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira*”²⁴.

Esta respuesta parte de la confianza en que los ámbitos del dolo civil y la estafa no coinciden punto por punto, aunque, desde el punto de vista contrario, no ha faltado quien ha considerado que *de facto* lo que se ofrece al afectado es la posibilidad de una doble vía, civil o penal²⁵.

2011, Santiago de Compostela: Francis Lefebvre, 2011, p. 996; también BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Madrid: CEURA, 2010, p. 642.

²⁴ El pasaje aparece en las siguientes sentencias: SSTS 729/2010 de 16 julio, FD 5º; Sentencia núm. 1278/2009 de 23 diciembre, FD 3º; 900/2009 de 23 septiembre, FD 3º; 918/2008 de 31 diciembre, FD 6º; 563/2008 de 24 septiembre, FD 2º; 37/2007, de 1 de febrero, FD 3º (ponente en todas ellas Berdugo y Gómez de la Torre). Estas resoluciones destacan la conexión entre el principio de *última ratio* y la distinción entre ambas figuras.

²⁵ VIVES ANTÓN, / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial* 1ª ed., p. 482; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, 2011, p. 428. Subraya MAGRO SERVET que la legislación procesal (arts. 40 y ss. LEC, 114 LECr) niega tal opción (MAGRO SERVET, Vicente. “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?”, en *La Ley* 2001, pp. 1265 y ss.).

En mi opinión, esta respuesta del Tribunal Supremo es cierta, pero en exceso vaga. Para que sea útil se requerirá un esfuerzo de concreción que nos permita dilucidar los límites del tipo penal de estafa en esta franja limítrofe con el dolo civil. A ese esfuerzo dedicaremos las siguientes páginas.

3. El concurso de leyes entre el dolo civil y el tipo penal de estafa y su reolución atendiendo a los elementos subjetivos del tipo (en especial: dolo de perjuicio patrimonial)

3.1. La relación entre ambas normas

Como han señalado diversos autores, la regulación legal no nos proporciona criterios cualitativos de distinción entre ambas figuras²⁶. En la medida en que a toda estafa contractual subyace un *dolus in contrahendo* grave, debe afirmarse que entre el dolo civil y el tipo penal de estafa se da un concurso de los llamados *aparentes* o *de leyes*²⁷. Por ello, deberá atenderse al caso concreto para determinar cuál de los preceptos resulta desplazado.

La relación entre dolo civil y *estafa* no es de especialidad *stricto sensu*, pues aunque no todo supuesto de dolo civil constituye estafa, también *existen estafas que no son dolo civil* (aquéllas en el acto de disposición inducido no pasa por la conclusión de un contrato). Estas figuras se relacionan como círculos secantes (relación de *interferencia*²⁸). Sin embargo, si nos limitamos al análisis de la estafa *contractual*, la relación que cabe afirmar ya es de *especialidad material* en relación con el dolo *in contrahendo*, que ha de ser considerado formalmente ley general y materialmente ley subsidiaria.

²⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 431; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSAC, *Derecho Penal. Parte Especial... cit.*, p. 481.

²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, pp. 70-71; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 431; recoge el criterio CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, pp. 54-55.

²⁸ Sobre la distinción entre las relaciones de especialidad e interferencia, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 47 y ss.

3.2. El deslinde entre ambas normas no lo impone el principio de vigencia sino el principio de subsidiariedad de la intervención penal

Debe señalarse en primer lugar que *quizá no sean el principio de vigencia y la prohibición de interpretaciones derogatorias los que impongan un deslinde entre dolo vicio y estafa que dé “un espacio propio” a la institución civil*. Piénsese en otros supuestos de vicios de la voluntad previstos en el art. 1265 CC como, por ejemplo, la **violencia** o la **intimidación**. Hay violencia “cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”, e intimidación “cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes” (art. 1267 CC). En estos otros vicios de la voluntad, regulados junto con el dolo vicio, **el deslinde con el ilícito penal es imposible**, pues se interprete como se interprete necesariamente alcanzará, *como mínimo*, la gravedad de las faltas de coacciones o amenazas leves. Por ello, debe interpretarse la definición de los vicios de la voluntad en el CC como una *mera definición de los límites negativos del consentimiento negocial*, coincida o no con el ilícito penal, pues en cualquier caso la consecuencia jurídico-civil es la misma: la nulidad del contrato, ya sea por la acción civil de nulidad, ya como consecuencia de un proceso penal. Esta consideración es plenamente aplicable al dolo vicio esencial (art. 1269 CC). En estos casos la acción civil cobra pleno sentido allí donde, por el motivo que sea, la acción penal resultase imposible o menos segura.

Ahora bien: *esto no significa que el ámbito de la estafa deba coincidir con el del dolo civil*. Ello supondría una definición excesivamente amplia del tipo penal, que iría notablemente más allá de su ámbito de protección y sería contrario al principio de *ultima ratio*²⁹. Pero la diferencia entre ambas figuras, por expresarlo llanamente, “no proviene del Derecho civil” (es decir, no la impone la necesidad de dotar de un ámbito propio al “dolo civil”), sino “del Derecho penal”, de la necesidad de configurar

²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Derecho penal de la construcción...*, p. 203. Se adhiere a mi posición REBOLLO VARGAS, *Revista de Derecho y Proceso Penal* n.º 19, 2008, p. 105.

la estafa como un fraude suficientemente relevante como para legitimar el recurso a la intervención punitiva³⁰.

3.3. Subsidiariedad penal y tipo subjetivo. El dolo de perjuicio patrimonial como criterio fundamental de distinción entre estafa y dolo civil

La gravedad específica que legitima el recurso al Derecho penal con frecuencia se deriva del *mayor desvalor de acción que supone el dolo típico*. La responsabilidad penal por estafa exige dolo típico; y siendo la estafa un delito *de resultado lesivo*, este dolo debe abarcar el perjuicio patrimonial. *Si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa*. La doctrina ya ha señalado en diferentes ocasiones que el elemento subjetivo del *dolus in contrahendo* es sólo la intención de engañar y hacer que el otro contrate, pero en la estafa el dolo debe abarcar, además, el perjuicio patrimonial³¹. Sintéticamente afirmaba la STS 8 de julio de 1983, Pte. Hijas Palacios: *“así como el dolo civil es una asechanza al consentimiento, el dolo criminal es una asechanza al patrimonio ajeno”*. Íntimamente relacionado con ello está el análisis de la concurrencia de *ánimo de lucro*: de no concurrir, no podrá calificarse la conducta como estafa y sólo cabrá acudir al dolo civil³².

³⁰ Por todos, *vid.* MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 431; CHOCLÁN MONTALVO, *Los delitos de estafa*, pp. 94-95.

³¹ Por todos, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, “Delitos contra el patrimonio...” *cit.*; p. 344 (maquinación consciente donde el dolo inicial no abarca el perjuicio; con referencia jurisprudencial); VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 62, pp. 272-273; entre los civilistas, por todos, *vid.* MORALES MORENO, Antonio, Comentario al art. 1269 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1-B, Madrid, Edersa, 1993, p. 469; *vid.* también el art. 4:107 (2) de los Principios Europeos de Derecho Contractual, que refiere el elemento subjetivo del fraude civil sólo a la intención de *engañar*, no de *dañar*.

³² Entre dolo de perjuicio patrimonial y ánimo de lucro existe una íntima relación, hasta el punto que en algunos casos resulta arduo distinguirlos. Así, en los casos de obtención fraudulenta de un préstamo, si el defraudador tiene intención de *no devolverlo*, el *ánimo de lucro* y el *dolo de perjuicio patrimonial* coinciden en el ánimo de *no devolver el dinero* (como *animus rem sibi habendi* o *Zueignungsabsicht*). De hecho, REBOLLO VARGAS hace coincidir ambos elementos cuando afirma que el elemento distintivo entre dolo civil y estafa reside en el ánimo de lucro, entendido como ánimo de obtener un beneficio derivado directamente de la posesión del objeto.

Es importante distinguir este criterio del ya criticado de la *existencia o ausencia de perjuicio*. En los supuestos de dolo civil es perfectamente posible que surja un perjuicio para la víctima, pero no es necesario que lo abarque la intención del sujeto (modelo por lo demás muy frecuente en la distinción entre ilícitos civiles y penales). La terminología civil no debe llamar aquí a error: el “dolo” (i.e.: el *fraude*) civil no exige *dolo de resultado*.

Cabe citar aquí muy diversos supuestos. Son interesantes los casos en los que se discute si consta o no *ab initio* una *disposición del sujeto activo a asumir él la posible pérdida*, o, quizá, en los que no consta la intención de desentenderse de ella³³. También es posible discutir, por

Para este autor, allá donde concurra ánimo de lucro, se deberá hablar de estafa y no de dolo civil (*Revista Derecho y Proceso Penal* n.º 19, pp. 106 y ss.).

En mi opinión, pese a la proximidad entre ambos elementos, estos no deben confundirse. En los casos en que la estafa se refiere a un negocio distinto del préstamo (una compraventa, por ejemplo, en la que el estafador cobra un dinero a cambio de la entrega de un objeto que jamás tendrá lugar), el *dolo de perjuicio patrimonial* deriva de la intención de *no entregar la cosa*, mientras que el ánimo de lucro —al menos, entendido como lo concibe el citado autor— deriva de la *obtención del precio*. Ese ánimo de lucro es independiente del dolo de perjuicio patrimonial, y concurre tanto en una venta *no fraudulenta* (el ánimo de legítimo lucro del vendedor) como en una venta *fraudulenta constitutiva de estafa* (el ánimo de lucro de quien vende y cobra a sabiendas de que jamás entregará la cosa).

Por ello, debe rechazarse que el ánimo de lucro sea el criterio de distinción entre el dolo vicio y la estafa. El criterio verdaderamente decisivo es el dolo de perjuicio patrimonial; y aunque en muchos casos coincidan, deben distinguirse conceptualmente. *Un fraude para inducir a contratar en el que concurra ánimo de lucro pero no haya dolo de perjuicio patrimonial* no puede ser típico de la estafa. De hecho, *es casi inimaginable una inducción a contratar —aunque sea mero dolo civil— en la que no haya ánimo de lucro propio o ajeno* (pues nadie lleva a otro a contratar sin que él mismo, su mandante o un tercero obtengan algún tipo de beneficio). Sin embargo, son perfectamente imaginables casos de inducción fraudulenta a contratar con ánimo de lucro pero *sin dolo de perjuicio patrimonial*. El criterio del ánimo de lucro puede funcionar allá donde el perjuicio patrimonial se produce precisamente por la *apropiación o no devolución de la cosa* (estafas cometidas mediante la solicitud fraudulenta de un crédito que no se va a devolver), pues allí el ánimo de no devolución determina a la vez la intención de perjudicar; pero *no es útil en los demás casos* (por ejemplo: allá donde el dolo de perjudicar deriva del ánimo de *no entregar la cosa vendida o no prestar el servicio ofrecido*).

³³ En ocasiones el TS ha tomado la conducta de *reparación* o asunción del perjuicio como indicio de que no había ánimo inicial de lucro ni de perjudicar (STS 686/2003,

ejemplo, si en muchos supuestos de “overbooking” o sobrecontratación cabe hablar de un auténtico dolo de perjuicio patrimonial.

Sin embargo, los “supuestos estrella” sin duda son las llamadas “estafas de crédito”. Se trata de casos en los que el autor engaña a una entidad de crédito sobre su solvencia para obtener un préstamo e invertir el capital en una operación lucrativa más arriesgada de lo que el banco estaría dispuesto a respaldar, que le permita no sólo devolver el dinero sino además obtener beneficio. Ciertamente, el prestatario mendaz aquí engaña dolosamente, emplea maquinaciones insidiosas para inducir al banco a prestarle dinero. Sin embargo, dado que desde un inicio piensa devolverlo, no cabe afirmar que tenga dolo de producir un perjuicio patrimonial³⁴. Siempre que no quepa afirmar un dolo de no devolver el préstamo³⁵, y en ausencia de un tipo específico de *estafa de crédito* en

de 1 de octubre —Pte. García Ancos— F.D. único; entre las Audiencias Provinciales, ver la SAP Valencia 15/2008, Sec. 2, de 11 de enero, F.D. 3º), pero otras veces ha considerado esa asunción del daño como mera reparación, que atenúa la pena pero no excluye la tipicidad (SSTS 792/2004, de 28 de junio —Pte. Bacigalupo Zapater—, F.D. 1º, 135/2002, de 6 de febrero —Pte. Martínez Arrieta—, F.D. 2º; 1320/1998, de 5 de noviembre —Pte. De Vega Ruiz—, F.D. 3º; y STS 759/1998, de 26 de mayo —Pte. De Vega Ruiz—, F.D. 9º)

³⁴ Una concepción minoritaria considera que en estos supuestos con la propia concesión del préstamo de mayor riesgo que el pretendido por el prestamista ya se ha producido el perjuicio patrimonial; *vid.* al respecto GALEGO SOLER, José-Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002., p. 440.

³⁵ Consideraba hace tiempo BAJO FERNÁNDEZ, “Protección penal del crédito”, en *PJ* nº especial IX (*Nuevas formas de delincuencia*), pp. 179 y ss., 191, que los casos de fraude de crédito podían ser castigados como estafas *con dolo eventual*: “Quien es capaz de obtener crédito ajeno por medio de la comisión de hechos delictivos de falsedad documental, está asumiendo los riesgos de la operación, lo que implica la aceptación de un posible fracaso que le impida en su día la devolución del crédito, fracaso que normalmente se presenta como probable. Pues bien, la institución del dolo eventual es suficiente, a mi juicio, para calificar el supuesto de delito de estafa”. En mi opinión, este auténtico *dolus ex re* supone mezclar indebidamente el plano objetivo (atribución de los riesgos) y el subjetivo (dolo): la imputación de los riesgos a una persona no prejuzga el carácter de su asunción como dolosa o imprudente. La posición de BAJO FERNÁNDEZ ha variado en este punto: *vid.* EL MISMO, *Los delitos de estafa*, p. 59). Considera poco viable el tratamiento de estos casos como estafas con dolo eventual SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El Derecho penal bancario en España”, en *Actualidad Penal* 1995, pp. 901 y ss. p. 906.

nuestro ordenamiento (como el § 265b del StGB alemán —*Kreditbetrug*—), estas conductas son atípicas como estafa. El encaje más adecuado de estos supuestos es su tratamiento como casos de dolo vicio (a salvo de la responsabilidad por otros hechos conexos, como las falsedades documentales —en especial las societarias— realizadas a tal efecto)³⁶.

Es aquí relevante la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Aunque no creo admisible un rechazo absoluto a toda posibilidad de estafa con dolo eventual³⁷, sí debe manejarse con sumo cuidado, en espe-

³⁶ En esta línea, niegan su tipicidad como estafa y apuntan otras posibles calificaciones penales TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos* 1980-1981, pp. 87 y ss., 120; también p. 92; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, pp. 207-208; FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Los créditos bancarios y el Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003, pp. 67 y ss, pp. 75 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 2010, p. 3888; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 540-541; EL MISMO, “De la llamada estafa de crédito”, en RDGP n.º 9, 2008, pp. 1 y ss.; EL MISMO, “Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios”, en AA.VV. *Falsedad y defraudaciones*, Madrid, 1995, pp. 163; EL MISMO, “Delitos societarios”, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón, 1997, p. 142; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998, pp. 273 y ss. (explorando otras posibilidades en el ámbito de las falsedades documentales: p 175 y ss.); SILVA SÁNCHEZ, en *Actualidad Penal* 1995, p. 907. Más dubitativo, PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, Valencia, 2001, p. 456. Pese a que la línea jurisprudencial más clara es la aquí señalada (*vid.*, SAP Madrid —sec. 3ª— 82/2000, de 23 de febrero; SAP Madrid —sec. 15ª— 450/2002, de 7 de octubre; SAP Cuenca 23/2000, de 5 de diciembre; SAP Barcelona —Sec. 10ª— 260/1995, de 12 de septiembre, a veces las Audiencias Provinciales han admitido casos de fraude crediticio como estafa, sin atender suficientemente al dolo de resultado. Así, las SSAP Madrid —Sec. 15ª— 24/2001, de 27 de enero, y Granada —Sec. 2ª— 299/2001, de 23 de mayo se limitan a afirmar que, como no se devolvió el crédito, hubo perjuicio, pero no dicen una palabra sobre el ánimo inicial de defraudar.

³⁷ En contra de la estafa dolosa-eventual, por todos, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, pp. 271 y ss. La solución debe ser matizada, no sólo porque el dolo eventual en relación con el acaecimiento del resultado ha de ser admitido en no pocas ocasiones, sino también porque cabe predicarlo de otras circunstancias típicas (respecto de si la práctica está o no aceptada en el mercado, etc.). La Jurisprudencia española ha admitido la estafa con dolo eventual, y ha negado su incompatibilidad con el elemento del ánimo de lucro (*vid.* STS 23 de abril de 1992, F.D. 24º). Sobre el dolo eventual en la estafa, *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Derecho penal de la construcción... cit.*, pp. 213 y ss..

cial si el dolo eventual se refiere a la posibilidad de que el negocio para el que se pide el préstamo fracase y no pueda devolverlo. Y ello, porque el riesgo de fracaso de un negocio es inherente a la actividad comercial, por lo que sólo serán estafa las obtenciones fraudulentas de préstamo cuando el solicitante asuma un riesgo notablemente alto e *inexplicable desde la lógica mercantil (ni siquiera como negocio de riesgo)*. Así ocurrirá en los casos de *huida hacia delante* si el autor no está persiguiendo un negocio, por arriesgado que sea, sino que sólo intenta, p. ej., *retrasar un hundimiento seguro* refinanciándose con préstamos que *sabe que no podrá pagar* (o que sólo podrá pagar *pidiendo nuevos préstamos*, ahondando su propia crisis). Piénsese en las consecuencias de ampliar el ámbito de la estafa dolosa-eventual a estos supuestos: si al final el negocio arriesgado tiene éxito, y el sujeto devuelve el préstamo, tendríamos que hablar de un *desistimiento de la tentativa* (por cierto: ¡un desistimiento planeado desde un inicio, y sin condiciones!)... a menos que se entienda que la consumación ya había tenido lugar con la obtención del préstamo, en cuyo caso *no cabría evitar la condena por delito de estafa consumada (atenuada, en su caso, por la reparación del daño, art. 21.4 CP), pese a que el sujeto activo nunca quiso dañar y finalmente no dañó* (es más: incluso *lucró a la supuesta víctima pagándole los intereses del préstamo*).

3.4. Subsidiariedad penal y tipo objetivo. Un criterio adicional: exclusión de las conductas que no alcancen un “*umbral de gravedad típico*”

Como han apuntado doctrina y Jurisprudencia, allá donde formalmente coincidan los elementos de dolo civil y estafa, el problema se debe resolver como una cuestión de subsidiariedad y fragmentariedad del ordenamiento penal. Debe atenderse, como dice el Tribunal Supremo, a la *tipicidad* de la estafa. No obstante, en ocasiones la mera concurrencia formal de los elementos mencionados en el tipo no permite afirmar la tipicidad: es necesario constatar la concurrencia de una efectiva y material antijuridicidad. En estas ocasiones, pese a encontrarnos con un fraude que formalmente reúne los requisitos típicos del art. 248 CP, la ausencia de antijuridicidad material impide hablar de estafa. Así,

sólo constituirán estafa los fraudes que sobrepasen un mínimo *umbral de gravedad*³⁸.

Ciertamente, se trata de un criterio *blando*, que debe ser ponderado en cada supuesto, ya que no remite sin más a elementos objetivos tasados, sino a una valoración conjunta de la gravedad de la conducta. Sin embargo, renunciar a una valoración de estas características supondría tener que admitir que cabe aplicar la pena del delito de estafa a fraudes frecuentes en el mercado pero de gravedad ínfima³⁹. La tarea interpretativa de *fixar un umbral de relevancia del tipo* se deriva tanto del principio de subsidiariedad (que obliga a sancionar penalmente sólo los casos más graves) como del genérico principio de proporcionalidad: la conducta típica no puede abarcar conductas para las cuales la pena típica sea desproporcionada (STC 136/1999, caso *Mesa nacional de HB*).

Para comenzar a trazar ese umbral de gravedad típico que separa el dolo civil de la estafa en estos casos debe recordarse en primer lugar que *el debate sobre el deslinde entre estafa y dolo civil nunca se refiere a conductas “socialmente adecuadas”*. Un engaño leve y socialmente adecuado (una “mentira permitida”, como el llamado *dolus bonus* o exageración de las virtudes del producto que se vende) no puede ser ni estafa, ni dolo civil. En el dolo civil hablamos de *conductas ilícitas*, pero

³⁸ En un sentido similar, habla CHOCLÁN MONTALVO (*El delito de estafa*, pp. 95-96) de diferencias de gravedad basadas en la mayor o menor carga de injusto o reprochabilidad. Extraña la referencia a la diferencia de *reprochabilidad* entre dolo civil y estafa si se refiere al concepto técnico más usual (relativo a la categoría dogmática de la culpabilidad).

³⁹ En aplicación de este criterio también se han considerado atípicos pequeños fraudes callejeros de bagatela, como la llamada “estafa de mendigo” y otras similares, que, sin embargo, carecen de relevancia desde la perspectiva civil. Siempre se ha señalado que estas estafas hay que distinguir cuidadosamente los (escasos) supuestos típicos de los atípicos (ANTÓN ONECA, José, “Estafa”, *NEJ*, tomo IX, Barcelona, 1975, p. 66; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial... cit.* p. 483; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* p. 77-78). Recientemente CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 148, distingue los casos irrelevantes de otros relevantes como, p. ej., los de recaudación fraudulenta de fondos por parte de una supuesta ONG. El autor distingue con razón (pp. 130-131) los casos de *conducta socialmente adecuada* (por ejemplo, los supuestos de *dolus bonus*) y los de *conducta ilícita pero insignificante* desde la perspectiva penal (como las citadas estafas de mendigo).

que no alcanzan la gravedad de la estafa⁴⁰. Por ello, debemos fijarnos en *engaños prohibidos* que, pese a afectar a los negocios, son *penalmente irrelevantes* y sólo tienen consecuencias civiles.

Ese umbral de gravedad atiende a multitud de circunstancias del caso concreto, y no debe identificarse con ninguna de ellas en concreto (ni con la *elaboración* del engaño, ni con la *ausencia de "culpa de la propia víctima"*, etc.). Entre ellas es fundamental, sin duda, la cuantía del *perjuicio patrimonial*, que no sólo supone el límite entre delito y falta de estafa, sino que *modula la importancia de todos los demás aspectos* (cuanto mayor sea el perjuicio, más relevante es el deber de veracidad y más grave es, correlativamente, el engaño: como dice la STS 646/2005, de 19 de mayo, Pte. Berdugo y Gómez de la Torre, F.D. 3º): "*el ámbito del riesgo permitido dependerá (...) entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga*". El mismo fraude escasamente relevante y sólo constitutivo de dolo civil cuando se refiere a una cantidad menor, puede ser una estafa si el importe defraudado es altísimo o si se adopta una dinámica que dificulte las pretensiones reclamatorias de la víctima.

Asimismo, también pueden influir en la graduación de la gravedad de la conducta consideraciones sobre el perjuicio no ya cuantitativas sino *cualitativas*⁴¹. El engaño sobre **extremos que no supongan una lesividad suficientemente relevante como para justificar el recurso a la pena** (el que *frustra una finalidad irrelevante o no plenamente relevante*) es atípico penalmente, pero puede ser constitutivo de *dolo civil incidental*.

También es relevante aquí la *gravedad y suficiencia* del engaño. Como hemos señalado, no es correcto reconducir la cuestión al dolo civil cuando el engaño *no sea bastante para producir error*, pues también en el

⁴⁰ Es necesario matizar, pues, afirmaciones como que "hay un límite de engaño socialmente permitido, y sólo cuando se sobrepasa ese límite entrará en juego el Derecho penal" (SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 417). En realidad, sobrepasado el límite de la adecuación social comienza el dolo civil, y sólo alcanzado un determinado nivel de gravedad entrará en juego el tipo de estafa. Desde una perspectiva tópica distingue adecuadamente CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, pp. 128 y ss.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 431.

dolo-vicio es requisito que la decisión de contratar sea imputable al engaño. Sin embargo, una vez traspasado ese límite del *engaño bastante*, cabe apreciar diferencias graduales. Igual que existen errores sólo imputables a la propia víctima y otros que sólo cabe imputar al autor, es posible también encontrar *puntos intermedios, en los que el engaño, siendo imputable al autor, ha de ser considerado como de relevancia menor*. Este dato, así como otras características del engaño (mayor o menor elaboración, etc.) pueden tener también *relevancia cuantitativa* a la hora de determinar, junto con el resto de los elementos, la gravedad de la conducta.

Otros elementos relevantes en relación con el perjuicio son la existencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo de pérdida definitiva. Así, cabe modular la gravedad de la conducta (y, así, su relevancia penal) atendiendo a cuestiones como la *sumisión inicial del sujeto activo a juntas arbitrales de consumo*, el otorgamiento de amplias *garantías de devolución en caso de insatisfacción* del cliente, etc. Aunque este tipo de circunstancias pueden ser empleadas en primera línea para la prueba del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro, sin duda son también importantes a la hora de determinar la gravedad *objetiva* del fraude desde una perspectiva patrimonial, pues nos hablan de su mayor o menor irreversibilidad.

3.5. Implicaciones formales de la subsidiariedad penal. Imputación a personas físicas o jurídicas. Acción civil y acción penal

En trabajos previos a la reforma penal de 2010, introductora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, he afirmado que la diferencia entre ambas figuras (dolo civil y tipo penal de estafa) es fundamental cuando el fraude era atribuible a una persona jurídica (a la que no se podía exigir responsabilidad penal), pero no era atribuible pero no —o no tan fácilmente— a una física⁴².

Ilustraba esta afirmación con el caso de la SAP Barcelona (Sec. 9ª) 6-10-2000 (Pte. Cámara Martínez, F. D. 1º y 2º). En ella la víctima adquirió una vivienda fiándose de un documento que le presentaron los

⁴² DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Derecho Penal de la Construcción... cit.*, pp. 209 y ss.

empleados de la empresa intermediaria —interesada en vender la vivienda— que certificaba que ésta *no padecía aluminosis*. En realidad, el documento era una falsificación confeccionada a partir de fotocopias de un informe real que afirmaba taxativamente que la vivienda *sí* sufría tan grave defecto. La Audiencia consideró que *no cabía determinar qué empleado de la empresa intermediaria había falsificado el certificado para engañar a la víctima*, por lo que no condenó penalmente a nadie; *ello no excluye, evidentemente, la responsabilidad de la empresa por dolo civil*, pues sin duda uno de sus empleados, en nombre y beneficio de la empresa, realizó las maquinaciones insidiosas de las que habla el art. 1269 CC.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la reforma que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe matizarse esta respuesta, pues uno de los delitos que permiten su imputación a la persona jurídica es la estafa (ver art. 251 bis) cometida en beneficio de la empresa. Por ello:

- a) La calificación como *mero* dolo civil sólo es posible *cuando no se den los presupuestos del art. 31 bis para imputar el delito a la persona jurídica*. Será el caso, por ejemplo, si el delito lo cometió un empleado *a pesar de que la persona jurídica había adoptado el debido control para evitarlo*.
- b) Si por el contrario cupiese deducir responsabilidad penal contra la persona jurídica pese a que no pudiese identificar a una persona física responsable del delito, entonces se daría también en la persona jurídica el concurso de leyes entre dolo civil y el tipo penal de estafa. Debería aplicarse, pues, el tipo de estafa (art. 248 CP, en relación con el art. 251 bis CP).

Por ello, si en el recién expuesto caso de la SAP Barcelona (Sec. 9ª) 6-10-2000 se apreciase que la persona jurídica no había adoptado ningún tipo de medida de control para evitar esta clase de fraudes y que por ello se había podido cometer el delito, cabría hablar de una estafa *de la persona jurídica* (pues como se establece en el art. 31 bis 2, cabe exigir responsabilidad penal a la entidad “*aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”). Si, por el contrario, la empresa hubiese

cumplido con sus deberes de control, no cabría imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, aunque ello no impediría que se le imputase el dolo civil.

Así, cabría hablar de dolo civil y no de estafa, por ejemplo, cuando desde estratos superiores de una entidad se pudiese en el mercado un producto en unos términos que pudiese llevar a engaño a un consumidor, pese a que no existiese (o no pudiese probarse) dolo de engañar. Es interesante en este sentido, aunque ahora en la jurisdicción civil, la resolución que conoció del caso de los llamados “depósitos estructurados” (*vid.* SAP Soria 28/2004, de 12 de febrero, Pte. Ruiz Ramo), relativo al lanzamiento de un producto financiero al que el banco llamó “depósito financiero”. Según el CC (arts. 1758, 1770), y en la común comprensión, el depositante tiene derecho a recuperar, como mínimo, la cosa depositada. Sin embargo, en este contrato el capital *depositado* se invertía en bolsa y podía perderse totalmente (como de hecho ocurría, pues el producto se lanzó al final de un ciclo ascendente). Dice la sentencia: “si había pérdidas las sufre el cliente, y si hay ganancias éste no obtendrá más que el interés garantizado por el *depósito*”, que en realidad no era depósito, sino un contrato financiero atípico. El banco había ocultado todo esto, no facilitando los preceptivos folletos informativos reducidos, donde se reconocía que el producto era “de riesgo elevado” y que eran posibles “pérdidas... total(es)” en el principal invertido. Sería muy difícil hablar de una estafa cometida por alguno de los apoderados o empleados, entre otras causas, porque lo más posible —al menos, desde la perspectiva de lo que puede ser demostrado en un proceso penal— es que los concretos empleados no tuviesen la conciencia de la tipicidad de la conducta, confiando en que si el banco lanza un producto, su oferta no será delictiva (todo ello, sin entrar en la compleja cuestión de si había *dolo de resultado*); ahora bien: ello no excluye que quepa imputar a la entidad de crédito un claro dolo civil^{43, 44}.

⁴³ Por esta infracción de los deberes precontractuales de información —*reforzados* por proteger a consumidores—, parece más razonable hablar en el plano civil de un *dolo civil* (art. 1269 CC) cometido mediante omisión de la información debida, que de un mero vicio de *error* (art. 1266 CC), como se solicitó y como afirma la sentencia.

⁴⁴ Similar es el caso de la STS 155/2011 de 10 de marzo (Pte. Varela Castro), en la que una empresa de multipropiedad enajenaba un inmueble sobre el que carecía de

Por último, debe señalarse otro ámbito propio de juego del dolo civil: *en supuestos en que la acción penal resulta inviable*. Ello puede derivar de diversas eventualidades procesales, así como de los diferentes plazos de prescripción de las acciones civiles y penales (más breve en el tipo básico de estafa que en la acción civil de nulidad para el dolo). Es una lógica consecuencia de la relación de subsidiariedad entre el dolo civil y la estafa contractual.

4. Bibliografía citada

- ANTÓN ONECA, José, “Estafa”, *NEJ*, tomo IX, Barcelona, 1975.
- BAJO FERNÁNDEZ, “Protección penal del crédito”, en *PJ* n° especial IX 1989 (monográfico: *Nuevas formas de delincuencia*), pp. 179 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Madrid: CEURA, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal 2011*, Santiago de Compostela: Francis Lefebvre, 2011.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Valencia, 2004.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Estafa y otros fraudes en el tráfico inmobiliario”, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada: 2006, pp. 131-317.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, “La estafa sobre datos registrales”, en *InDret* 3/2006, p. 4 y ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Dolus in contrahendo y estafa”, en *Al Día —Civitas—* n° 4 -2006-, pp. 1 y ss.

cualquier derecho; pero *no constaba que el empleado en cuestión lo supiese*. Al no haber una persona física que cometiese estafa (pues no constaba el dolo), no se podía tampoco imputar delito a la persona jurídica. En el concreto caso, no obstante, no está claro si podría hablarse de un *dolus in contrahendo* imputable a la entidad o de un mero vicio de *error*.

- FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Los créditos bancarios y el Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003.
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Estructura jurisprudencial del delito de estafa (una revisión crítica de sus elementos objetivos)”, en *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, (dir. J. Boix), Madrid, 2005.
- GÓMEZ BENÍTEZ, “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n.º 28, 1985, pp. 333 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código penal de 1983 (Hurto, robos, estafas e insolvencias punibles)”, en *RFDUCM monogr. n.º 6*, 1985, pp. 331 y ss;
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *Derecho Penal Español. Parte Especial* (M. Cobo del Rosal coord.), Madrid, 2004
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870*, vol. VII, Salamanca, 1897.
- LANDO, Ole; BEALE, Hugh -eds.- *Principles of European Contract Law I-II*, The Hague, 2000.
- MAGRO SERVET, Vicente. “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?”, en *La Ley* 2001, pp. 1265 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 2010
- MORALES MORENO, Antonio, Comentario al art. 1269 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1-B, Madrid, Edersa, 1993
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delitos societarios”, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón, 1997.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios”, en AA.VV. *Falsedad y defraudaciones*, Madrid, 1995
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la llamada estafa de crédito”, en *RDGP* n° 9, 2008
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2004.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN (coords.), “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Univ. de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 257 y ss.
- PAZ-ARES, Cándido, “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *LH-Broseta* vol. III, pp. 2890 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, Valencia, 2001
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad)”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* (Aranzadi) n° 3, 2000, pp. 45 y ss.
- REBOLLO VARGAS, “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* n° 19 (2008), pp. 93 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, 2011
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El Derecho penal bancario en España”, en *Actualidad Penal* 1995, pp. 901 y ss.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos* 1980-1981, pp. 87 y ss.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*. Barcelona, 1987

VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996

VIVES ANTÓN, Tomás S.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo blanch, 2010.