

XXII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DE LA EMPRESA

Jueves 16- viernes 17/05/2019

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: “ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DEL RE-ALQUILER VACACIONAL FRAUDULENTO”, del Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.

Viernes 17 de mayo de 2019, 16:15-17:40 h.

Ponente: Prof. Dr. D. JOSÉ-ZAMYR VEGA GUTIÉRREZ.

Moderador: Prof. Dra. Dña. MARÍA A. TRAPERO BARREALES.

Relator: Prof. Dña. CRISTINA ISABEL LÓPEZ LÓPEZ.



ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DEL RE-ALQUILER VACACIONAL FRAUDULENTO

Ponente: Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá.

Moderador: Prof. Dra. Dña. María A. Trapero Barreales. Catedrática aced. de Derecho Penal. Universidad de León.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Diego-M. Luzón Peña, Octavio García Pérez, José Manuel García Sobrado, Fernando de la Fuente Honrubia, Javier de Vicente Remesal.

Relator: Prof.^a Dña. Cristina Isabel López López. Investigadora Predoctoral. Universidad de Oviedo.

Comienza la moderadora **Prof.^a Trapero Barreales** dando las gracias al ponente por su exposición, tras lo cual da la palabra al **Prof. Luzón Peña**, quien reafirma el excelente nivel de la ponencia. A continuación, manifiesta que va a ceñir su intervención al aspecto que da título a la ponencia, es decir, a los fraudes y especialmente a las estafas.

En primer lugar, explica que en el caso del subarriendo no declarado ni al propietario ni al subarrendatario, el arrendatario que se convierte en subarrendador está engañando, por omisión, a dos personas. Ambos podrían ser sujetos pasivos de una eventual y posible estafa, de tal forma, que podría haber un concurso de delitos, real o ideal, en función de si se entiende que hay una sola acción o varias separadas en el tiempo y frente a uno de los dos sujetos pasivos. El interviniente descarta un posible concurso de normas, pues tanto el sujeto pasivo como los aspectos de cada fase serían diferentes.

Añade a continuación el Prof. Luzón Peña que no le convence la explicación del Prof. Vega Gutiérrez al afirmar que cuando se aplica el concepto de estafa inmobiliaria esta tiene unos requisitos distintos del concepto de estafa general, ya que la estafa inmobiliaria no es más que un subtipo agravado de estafa. Así, el art. 250.1, 1.º del CP indica que, en vez de imponerse la pena del tipo básico (art. 249 CP), es decir, prisión de 6 meses a 3 años, se impondrá pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. También apoya su explicación en la frase inicial del apartado primero del precepto (“El delito de estafa será castigado [...]”) y el primer inciso (“Recaiga sobre [...] viviendas”), concluyendo que en la estafa inmobiliaria será necesario el cumplimiento de todos los elementos de la estafa del tipo básico.

Partiendo de esta idea, el Prof. Luzón Peña realiza una puntualización respecto del subarriendo del inmueble durante un periodo de gran afluencia o turístico, obteniendo el subarrendatario unas ganancias, convirtiéndose en arrendador clandestino. En este caso, para que se acredite la estafa respecto del propietario, es necesario examinar la existencia de daño, la existencia de perjuicio y, en tercer lugar, si entre el daño y el perjuicio se dan los requisitos detallados en el art. 248 del CP para el delito de estafa. En este punto, el interviniente da un dato muy interesante, pues indica que el precepto legal acoge la definición de estafa que ANTÓN ONECA daba en su monografía sobre la estafa y que, a su vez, estaba inspirada en autores italianos. Pues bien, este concepto fue copiado por el legislador sin tener en cuenta que la definición doctrinal podría dejar por el camino algún supuesto concreto. Así, explica el Prof. Luzón Peña que la estafa es más sencilla de lo que indica el legislador, pues es un engaño que induce a error a otro, sufriendo este o un tercero un perjuicio. Sin embargo, el Código Penal español intercala en la cadena causal un requisito explícito: la realización de un acto de disposición por parte del inducido a error. Pues bien, dando por supuesto la existencia del engaño, este último requisito se aprecia en la estafa frente al subarrendatario que desconoce que quien le alquila la vivienda no es el dueño, realizando un acto de disposición patrimonial (pago del alquiler) por un producto averiado. Este acto de disposición es además perjudicial, pues paga más de lo que el producto valía, o puede que se vea perturbado en el disfrute del inmueble, o que ni siquiera llegue a ocupar la vivienda... En conclusión, “va a tener problemas”.

Sin embargo, respecto del propietario del inmueble y nuevamente partiendo de la suposición de que existe engaño, el Prof. Luzón Peña se pregunta si se induce al propietario a hacer un acto de disposición o si este ya se había realizado previamente con la entrega de las llaves. Seguidamente pregunta si la firma inicial del contrato de arrendamiento y la entrega del inmueble es una situación parecida al ya conocido caso del cliente que entra en un restaurante sin intención de pagar, pero al que se le sirve creyendo que tiene capacidad para asumir el precio.

En segundo lugar, el interviniente lanza otra pregunta: ¿cabe engaño por omisión? A juicio del Prof. Luzón Peña sí cabe engaño por omisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos de adecuación y engaño bastante. Explica a continuación que el engaño por omisión puede fundamentarse de dos formas, tal y como ha explicado el Prof. Vega. La primera, a través de actos concluyentes, indicando el interviniente que entonces no habría omisión, sino un hecho activo unido a un silencio. O, en segundo lugar, que haya

un engaño omisivo, coincidiendo en este extremo el Prof. Luzón Peña con el ponente, reafirmando que puede existir engaño omisivo, siendo este en comisión por omisión. Ante esta afirmación, él mismo expone la duda que le puede haber surgido a los presentes: ¿no es necesario la preexistencia de una posición de garante para que se aprecie comisión por omisión? El interviniente, anticipando una modificación que está realizando en su manual, responde que él cree que hay bastantes casos de omisiones impropias que no requieren posición de garante, independientemente de lo que establezca el art. 11 del CP o el párrafo 13 del Código penal Alemán. Y explica los motivos que le llevan a esta conclusión. En primer lugar, porque el art. 11 CP puede interpretarse de forma restrictiva, concluyendo que sólo es de aplicación a los delitos de resultado puros; por tanto, no aplicable a aquellos delitos que describen medios de realización de la conducta. En segundo lugar, porque el art. 11 podría estar equivocado; de hecho, el interviniente afirma que ya lo está, precisamente por la forma en la que describe los deberes jurídicos o las posiciones de garante por ley o por contrato. Y, en tercer lugar, porque el art. 11 CP no regula la participación en la omisión impropia, existiendo casos en los que se puede ser partícipe omisivo sin concurrir en él posición de garante alguna.

Para finalizar, el Prof. Luzón Peña explica que, según su criterio, sí puede existir engaño omisivo, y todo ello porque, con base en los criterios de equivalencia formulados por él mismo, era evidente que las partes debían o se daba por hecho que iban a decir verdad y no permanecer en silencio; por lo que se concluye que al callar están engañando. Con ello, el interviniente quiere dejar claro que, aunque el ponente no ha hecho expresa referencia a este último punto, no significa que lo haya pasado por alto, sino que presume que es posible un engaño por omisión pues, aunque la doctrina mayoritaria entiende que es necesaria la posición de garante, hay un sector que cree que no lo es.

La moderadora da la palabra al ponente, comenzando el **Prof. Vega Gutiérrez** dando las gracias a su maestro por las observaciones realizadas. Respecto a la primera cuestión (posible concurso de delitos entre la estafa frente al propietario y la estafa sobre el consumidor turístico), explica que él parte de la idea de que no se cumplen los requisitos básicos de la estafa en ninguno de los dos casos, por lo que no hay posible concurso de delitos.

En segundo lugar, afirma que en su ponencia no ha abordado en qué momento se realizaba el acto de disposición por parte de la víctima propietario, centrándose en analizar el engaño y el perjuicio patrimonial ya que considera que estos son los elementos que precisan un mayor análisis. No obstante, puntualiza que coincide con el Prof. Luzón Peña en que la entrega de las llaves por parte del propietario implicaría, según su criterio, un acto de disposición. En este momento, pide la palabra el **Prof. Luzón Peña** para preguntar al ponente si la simple entrega de las llaves es un “acto de disposición patrimonial [realizado] en perjuicio propio o ajeno” tal como indica el art. 248 del CP, pues considera que para afirmar que la entrega de las llaves es perjudicial es necesario fundamentarlo. En respuesta, el **Prof. Vega Gutiérrez** indica que la firma del contrato en el contexto de la LAU establece una prohibición expresa de subarrendar el bien, por lo que esto denota que el acto de entrega de la llave y la firma del contrato puede ser un acto de disposición que puede ser además perjudicial para el propietario.

En tercer lugar, el ponente coincide con el Prof. Luzón Peña en que la estafa inmobiliaria también requiere todos y cada uno de los elementos del tipo básico de la estafa. Explica a continuación que al atribuirse el sujeto facultades de disposición se estaría cumpliendo íntegramente el requisito del engaño, generando este un error que trae como consecuencia un acto de disposición patrimonial, que finalmente produce un perjuicio económico.

Finalmente, el Prof. Vega aclara que aún alberga dudas respecto a la posibilidad de que pueda aceptarse el engaño por omisión. Sin embargo, sabe que ciertos autores la admiten o al menos no la niegan del todo, citando a continuación autores que apoyan o rechazan esta idea.

Por un lado, respecto a aquellos autores que sí la admiten, menciona a PÉREZ MANZANO, quien no obstante considera que al ser la estafa un delito de medios determinados es difícil que se dé una omisión impropia. Así mismo cita a ROMEO CASABONA, autor que, partiendo de la idea de que el delito de estafa es un delito de resultado, acoge la posibilidad de que este se cometa en comisión por omisión, si bien admite que el problema fundamental en este caso es establecer de dónde surge la posición de garante. Por último, cita a GARCÍA MOSQUERA, autora que ya en su monografía indica que no le parece razonable excluir de entrada la comisión por omisión en el delito de estafa, aunque admite la dificultad de que se dé en la estafa de seguro (delito sobre el que concretamente versa su libro).

Por el contrario, en relación con la otra parte de la doctrina que no lo admite, cita a SILVA SÁNCHEZ, cuyo argumento fundamental para descartarlo es que el delito de estafa es un delito de medios determinados. A continuación, destaca el ponente la posición de CHOCLÁN MONTALVO, quien realiza un paralelismo entre la estafa y la inducción, señalando el autor que al igual que no es posible una inducción en comisión por omisión, tampoco lo es en el delito de estafa.

Tras el estudio de ambas opiniones y los respectivos autores que las apoyan, el ponente concluye indicando que, según su criterio, el arrendatario que guarda silencio respecto de sus verdaderas pretensiones no está realizando una conducta omisiva, sino que realmente se trata de un complejo de conductas positivas que denotan la disposición de cumplir las cláusulas del contrato, por lo que no es necesario reconducirlo a la teoría de los actos concluyentes. Finalmente indica el ponente que le parece muy interesante la posición de ANTÓN ONECA, que, si bien admite la comisión por omisión en el delito de estafa, también afirma que muchos casos que se tratan como comisión por omisión, en realidad no lo son. Así, el Prof. Vega Gutiérrez explica que el autor trae a colación el ejemplo que citó previamente el Prof. Luzón Peña (cliente que pide en un restaurante sin intención de pagar), concluyendo el autor que este no es un caso de comisión por omisión, sino un engaño activo reconducible a la teoría de los actos concluyentes.

La moderadora da la palabra al **Prof. García Pérez**. El interviniente considera que la reforma de la apropiación indebida ha devuelto el interés por la estafa por omisión, ya que con la anterior regulación se descartaba esta acudiendo a la apropiación indebida de recepción por error, figura que ha desaparecido tras la reforma. Apunta además la existencia de una reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que se condena por estafa por omisión, considerando que este va a ser un tema de discusión importante en los próximos años.

En último lugar, plantea una duda respecto a la estafa inmobiliaria, indicando que de la lectura del precepto (art. 251.1 CP) parece extraerse que el sujeto debe enajenar, gravar o arrendar un inmueble que no tiene. Sin embargo, en el caso aquí planteado, el arrendatario está cediendo la posesión de un bien del cual es el *legítimo poseedor*. Por tanto, si se ponen trabas al subarrendatario para disfrutar del bien, podría concluirse que el arrendatario-arrendador ha incumplido el contrato, aunque por causas ajenas a la voluntad del legítimo poseedor. Cosa distinta, afirma, es que una norma civil indique que el arrendatario no debe subarrendar. Concluye el Prof. García Pérez manifestando

sus dudas respecto a este planteamiento, pero considerando que esta idea podría ser tenida en cuenta para determinar si efectivamente hay estafa inmobiliaria.

El **Prof. Vega Gutiérrez** da las gracias y comienza explicando la confianza que de forma habitual tiene el consumidor turístico en las facultades de disposición del que se presenta como arrendador. Esta confianza puede, según el ponente, traer problemas en materia de error, pues podría exigirse al consumidor turístico que se asegure de que la contraparte tiene efectivamente facultades de disposición.

Por otro lado, el ponente explica que el caso de estafa inmobiliaria que propone es mucho más sencillo. Simplemente parte del supuesto en el que no se entregan las llaves al subarrendatario y este, en consecuencia, sufre un perjuicio. Ahora bien, si la no entrega de las llaves está justificada, el Prof. Vega Gutiérrez descarta la estafa inmobiliaria. Plantea el ponente otras dos variantes. En primer lugar, el supuesto en el que quien impide el disfrute del subarrendatario es el propietario. En este caso concluye que también se podría plantear un delito de estafa inmobiliaria. Y, en segundo lugar, el supuesto en el que el subarrendatario disfruta del bien sin molestia alguna. Respecto a este, el ponente se pregunta si cabría la posibilidad de una tentativa de estafa inmobiliaria por haberse ocultado la falta de facultades de disposición. A su parecer, no cabría siquiera una posible tentativa, pues el subarrendatario no sufre perjuicio alguno.

La Prof.^a Trapero Barreales le da la palabra al **Prof. García Sobrado**, quien comienza afirmando que él no presentaría querrela o denuncia alguna por estafa. Prosigue indicando que no aprecia diferencia entre el arrendatario que subarrienda el inmueble y aquel que invita a sus amigos a la casa que él tiene alquilada. La única diferencia que aprecia es el beneficio económico que se embolsa el arrendatario. Y para explicar su postura pone el siguiente ejemplo: aquel que alquila un local por 300 € para el establecimiento de un quiosco pero, después de un tiempo, el quiosco tiene unos rendimientos impresionantes porque el arrendatario lo subarrienda a máquinas de apuestas, siendo así que el propietario solicita una subida en el precio. Tras esta explicación, el Prof. García Sobrado indica que en estos casos no alcanza a ver dónde está el engaño, indicando que quizá se están utilizando dos conceptos distintos de forma indiferente: el valor que puede tener un arrendamiento y el coste real de ese arrendamiento. Finalmente, el interviniente concluye que, según su criterio, no hay estafa alguna ni respecto al propietario ni respecto al consumidor turístico. A esta

afirmación responde el **Prof. Luzón Peña** que le pregunta por este último supuesto indicándole que no entiende cómo no aprecia estafa habiéndose arrendando un producto averiado, pues el subarrendatario no va a poder disfrutar de él. El **Prof. García Sobrado** contesta que el no disfrute dependerá del propietario. Así pues, en esa situación se tendría que acudir, según el interviniente, a la realización arbitraria del propio derecho, pues el propietario sólo podrá impedir la entrada del subarrendatario mediante el uso de la violencia. El **Prof. Luzón Peña** replica, pidiendo al mismo tiempo disculpas por contestar no siendo él el interpelado, que no basta con la simple entrada en la vivienda, pudiendo ocurrir que ya estando dentro se eche del lugar al subarrendatario.

Interviene la moderadora para cerrar el debate y dar la palabra al **Prof. Vega Gutiérrez** que comienza indicando que coincide plenamente con el Prof. García Sobrado cuando indica que no hay posible estafa respecto al propietario del inmueble. Explica que desde su punto de vista sí habría estafa inmobiliaria, pero sólo en casos muy concretos en los que se impida la entrada a la vivienda, ya sea por parte del subarrendador o del propietario, pues en ambos casos se materializa un perjuicio económico.

En segundo lugar, apunta el ponente que el binomio valor *versus* coste real es uno de los criterios en los que se apoya para excluir la estafa desde la perspectiva del propietario. Y explica que en este caso el perjuicio económico se basaría en la simple frustración de unas expectativas de ganancia. Sin embargo, según su propio parecer, las expectativas de ganancia del propietario se han visto satisfechas con la fijación de un precio, por lo que el beneficio obtenido por el arrendatario no es el correlato de un perjuicio que se ocasione en el propietario.

Por último, destaca que quizá, desde la perspectiva judicial, la vía penal puede ser más rápida que la vía civil, pero que, según su criterio y el de MAGRO SERVET, esta es una instrumentalización del Derecho Penal, pudiendo relegar esta si a través de otra vía, en este caso la civil, podemos obtener la tutela de nuestros derechos.

La moderadora da la palabra al **Prof. De la Fuente Honrubia** que interviene aportando una visión de la realidad judicial. Explica que la aparente estafa al propietario del inmueble no tiene trayectoria judicial en España, pues es un país en el que el subarriendo es una práctica habitual y con una alta tolerancia social, por lo que, aún encontrándose en una situación de ilegalidad, no se inicia procedimiento judicial alguno por esta causa. A continuación, pasa a exponer su opinión sobre los aspectos típicos de

la estafa y cómo estos encajan o no en los supuestos expuestos por el ponente. Considera que sí existe engaño en los casos tratados, pero opina que también lo hay cuando el arrendatario no paga la renta teniendo el firme propósito de no hacerlo desde la firma del contrato. Seguidamente apunta que aquel elemento que a su parecer daría lugar a que el hecho no fuera típico y que por tanto conllevaría el sobreseimiento libre de la causa es el desplazamiento patrimonial. Afirma que este elemento no se cumpliría, pues el propietario, tras la firma del contrato, cobra todos los meses la renta, correspondiéndose esta con su expectativa de ganancia.

Por otro lado, destaca que existen dos supuestos en los que sí podría apreciarse estafa. El primero, los casos de actuación de hecho por parte del propietario y que tiene por objeto forzar al subarrendatario a abandonar el inmueble, con conductas como por ejemplo: cambios de cerradura, cortes de luz... Este tipo de actuaciones no se deben tanto a una cuestión económica, sino a que el subarrendatario provoca molestias al propietario que, según apunta el Prof. De la Fuente Honrubia, aqueja un perjuicio más de carácter civil que penal, actuando por su propia mano frente al subarrendatario.

El segundo supuesto, es el caso del alquiler vacacional de un inmueble sobre el que no se tienen facultades de disposición o que ni siquiera existe el inmueble, o que las condiciones del alquiler no son las previamente pactadas. Este último supuesto, indica el interviniente, es uno de los que se da con mayor asiduidad en la vía judicial. Para ilustrar el caso pone el ejemplo del subarrendatario que alquila la vivienda para el uso completo de la misma y que cuando llega al inmueble se encuentra con que solo puede utilizar parte de esta, frustrando por completo sus expectativas en el uso de la vivienda. Apunta el Prof. De la Fuente Honrubia, que estos casos suelen calificarse como estafas leves.

Para concluir, indica que estas dos últimas situaciones son las que en realidad tienen recorrido judicial en nuestro país, siendo así que los otros casos no tienen esa relevancia judicial precisamente por la propia idiosincrasia de nuestro país, en donde el subarriendo suele ser sobrevenido e incluso querido por el propietario para garantizar el pago.

El **Prof. Vega Gutiérrez** le agradece sus reflexiones y que haya compartido su experiencia judicial con el foro. Seguidamente hace referencia al ejemplo final propuesto por el Prof. De la Fuente Honrubia (frustración de las expectativas de disfrute del total de la vivienda por el subarrendatario), indicando que este es uno de los

ejemplos en los que las expectativas tienen una protección penal. Explica que esto se debe a que las expectativas del subarrendatario son concretas y tienen una base jurídica preexistente, siendo así que la conducta puede ser calificada como estafa.

La moderadora da la palabra al **Prof. De Vicente Remesal**, que propone el siguiente ejemplo: arrendatario que alquila el inmueble por 500 €. Uno o dos años después lo subarrienda a una persona en situación de precariedad por 200 €, pero continúa pagando al propietario la renta inicialmente fijada, es decir, 500 €. El interviniente pregunta al ponente si en este caso habría producto averiado, perjuicio patrimonial y, en definitiva, estafa.

Tras agradecer la pregunta, el **Prof. Vega Gutiérrez** contesta que este matiz no incide sobre la calificación como estafa en la medida en que sigue sin haber un perjuicio patrimonial, pues el propietario percibe la renta. Tampoco habría engaño, pues el arrendatario firma el contrato con la expectativa de cumplirlo, por lo que habría un *dolus subsequens* (incumplimiento contractual subsiguiente) que no fundamenta un delito de estafa, pues este requiere un engaño precedente o concomitante. Descartada la estafa, el Prof. Vega entiende que lo que se da es un incumplimiento contractual. Por lo que sólo quedaría determinar, en la vía civil, si ese incumplimiento está o no amparado por la situación concreta sobrevenida. Es decir, determinar si hay motivos para la rescisión del contrato, la restitución de la posesión y la indemnización por daños y perjuicios. El ponente añade el criterio restrictivo del Tribunal Supremo según el cual no basta el incumplimiento contractual para ser merecedor de una indemnización por daños y perjuicios, ya que es necesario un daño efectivamente causado. Por tanto, sólo cabría acudir a la vía civil, pudiendo el propietario en todo caso solicitar la rescisión del contrato y la restitución de la posesión.

La **Prof.^a Trapero Barreales** da las gracias al ponente y a los intervinientes, y da por concluida la sesión.