

MASTER DERECHO PENAL, 2024
DELITOS PATRIMONIALES II: LAS DEFRAUDACIONES
Dra. Nuria Pastor Muñoz
PROGRAMA, BIBLIOGRAFÍA, SISTEMA DE EVALUACIÓN Y CASOS

I. PROGRAMA	1
I.1. EL DELITO DE ESTAFA.....	1
I.2. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	2
I.3. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.....	3
II. BIBLIOGRAFÍA	3
II.1. BIBLIOGRAFÍA OBLIGATORIA.....	3
II.2. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.....	3
III. EVALUACIÓN	4
IV. CASOS	5
CASO 1: SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL 16.2.2007, NÚM. 132/2007 – “COMPRANDO APROBADOS”.....	5
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 1 (A): STS 16.3.2011, NÚM. 500/2011 – “BILLETES TINTADOS”.....	24
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 1 (B): STS 13.5.1997, NÚM. 655/1997 – “VENDO LICENCIAS”.....	35
CASO 2: STS 20.4.2007, NÚM. 307/2007 - “LETRAS”.....	37
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 2: SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL* DE MADRID 15.6.2011, NÚM. 743/2011 – “TARJETAS AJENAS”...	43
CASO 3: STS 11.7.2005, NÚM. 928/2005 – “PROFESORES AVARICIOSOS”.....	46
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 3: STS 30.3.2010, NÚM. 305/2010 – “EL PREMIO”.....	56
CASO 4: STS 10.6.2005, NÚM. 737/2005 – “DEBILIDAD MENTAL”.....	66
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 4: STS 27.5.2010, NÚM. 508/2010 – “TARJETAS DE RESIDENTE”.....	72
CASO 5: STS 2.3.2005, NÚM. 276/2005 – “LIBERACIÓN DE ENCADENADOS EN LA OTRA VIDA”.....	83
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 5: STS 2.2.2007, NÚM. 89/2007 – “CURACIÓN MILAGROSA”.....	94
CASO 6: SAP BARCELONA 12.9.2000, NÚM. 659/2000 – “LÍNEAS TELEFÓNICAS”.....	100
SUPUESTO RELACIONADO CON EL CASO 6: SAP MÁLAGA 17.9.2009, NÚM. 450/2009 – “ESTAFA DE HOSPEDAJE” –.....	105
CASO 7: STS 21 DE NOVIEMBRE DE 2017, “CASO AFINSA”.....	110
CASO 8: SAN 6 DE OCTUBRE DE 2020, “CASO PESCANOVA”.....	111
CASO 9: STS DE 28 DE JUNIO DE 2018, “CASO DEL CARBÓN”.....	111
CASO 10: STS 30 DE NOVIEMBRE DE 2016 (CASO DE LA CAM).....	145
SUPUESTO RELACIONADO: STS DE 17 DE JULIO DE 2006, PONENTE SÁNCHEZ MELGAR, “CASO BOTÍN”.....	146

I. PROGRAMA

I.1. El delito de estafa

A. El patrimonio como bien jurídico protegido

- a) ¿Qué es el patrimonio para el Derecho penal? ¿Por qué y hasta qué punto el Derecho penal protege el patrimonio?
- b) Patrimonio, valor económico y libertad.
- c) La relación entre el Derecho penal patrimonial y el resto del ordenamiento jurídico: relevancia teórica y práctica de la cuestión. La discusión entre el “pensamiento civilista” y el “pensamiento fáctico”. Estafa y economía ilegal. Casos: estafa en negocio ilícito, pagos de corrupción (en general y en contexto de corrupción sistémica), cajas B.
- d) Los elementos de personalización del concepto de patrimonio: fundamento y relevancia práctica (en la estafa, en la administración desleal).
- e) Patrimonio, perjuicio y responsabilidad civil derivada de delito.

B. Los diversos injustos patrimoniales y la estructura del tipo de estafa

- a) a estructura del tipo de estafa: los elementos del tipo y la relación existente entre ellos
- b) Diferencias con la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles.
- c) Diferencias con los delitos apropiatorios.

d) El método de análisis de los casos de estafa.

C. El papel central del “engaño bastante”

- a) La importancia de la delimitación del engaño típico. Distinción entre la función del delito de estafa y la de la responsabilidad civil.
- b) Criterios para delimitar el comportamiento típico. Estudio del planteamiento causalista, la victimodogmática y de las propuestas de la teoría de la imputación objetiva.
- c) Discusión sobre la definición de los límites del engaño típico a la luz de los problemas actuales: actividad bancaria, negocios inmobiliarios, tráfico económico mediante tarjetas de crédito.

D. Estandarización de la víctima y víctimas “no estándar”

- a) La víctima que confía en el autor: el problema del abuso de confianza.
- b) Las víctimas avariciosas: ¿estafa o asunción de riesgos?
- c) Las víctimas con debilidad estructural
- d) Las víctimas supersticiosas

E. El cumplimiento del deber de veracidad del autor

- a) Información formal e información material.
- b) ¿Estafa por omisión? Engaño y silencio. El problema de las omisiones en el tráfico económico. Estafa de hospedaje y casos semejantes.
- c) El límite entre la estafa y el incumplimiento contractual. El problema del engaño sobre “hechos internos”: los denominados “negocios civiles criminalizados”.

F. Perjuicio patrimonial

G. Estafa y negocios inviables. El deslinde con las insolvencias punibles

H. Estafa de crédito.

I. Estafa en estructuras empresariales complejas: estafas triangulares y relación con la administración desleal y apropiación indebida.

I.2. El delito de administración desleal

A. Introducción al nuevo art. 252 CP

- a) Panorama anterior a 2015
- b) Los cambios esenciales derivados de la adopción del modelo alemán

B. La posición de garantía del administrador

- a) Naturaleza del deber del administrador.
- b) La fuente del deber: teoría material vs. teoría formal
- c) Autonomía como criterio esencial de la posición de administrador.
- d) El deslinde respecto al mero abuso de poder jurídico

C. Las conductas típicas.

- a) El problema de la omisión.
- b) La creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado.

D. La idoneidad para perjudicar.

- E. Administración desleal y consentimiento
- F. Administración desleal y compliance
- G. Administración desleal y corrupción
- H. Delimitación con otros tipos y cuestiones concursales

I.3. El delito de apropiación indebida

- A. Estructura del delito y distinción respecto a otras figuras.
- B. El problema de los límites entre apropiación indebida e incumplimiento contractual.
- C. Apropiación indebida y administración desleal, a la luz de la evolución de la jurisprudencia. Los criterios del Tribunal Supremo. Crítica.

II. BIBLIOGRAFÍA

II.1. Bibliografía obligatoria

- PASTOR MUÑOZ, Tema 9, “El delito de estafa”, en Silva Sánchez (dir.)/Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, 2ª edición, Atelier, 2023.
- PASTOR MUÑOZ, Tema 10: “Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en Silva Sánchez (dir.)/Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, 2ª edición, Atelier, 2023, [solamente la parte relativa a la obtención fraudulenta de crédito]
- El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero, por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Ramon RAGUÉS I VALLÈS, Ricardo ROBLES PLANAS, Nuria PASTOR MUÑOZ, Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, Ivó COCA VILA y Albert ESTRADA I CUADRAS, *InDret* 3/2023, <https://indret.com/revista-critica-de-jurisprudencia-penal-el-caso-pescanova-2/> (Pastor Muñoz: p. 687-701; solamente hay que leer el comentario al delito de estafa)
- PASTOR MUÑOZ, «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPC*, 2ª época, enero 2000, p. 335 ss.
- PASTOR MUÑOZ, «Pastillas adelgazantes», en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, p. 307-318
- PASTOR MUÑOZ, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa», *InDret* 4/2016, p. 1-25, <http://www.indret.com/pdf/1252.pdf> [solamente la parte relativa al concepto de patrimonio]

II.2. Bibliografía recomendada

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Estafa y abuso de crédito», *La Ley*, 1983, p. 998 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ PÉREZ MANZANO, Mercedes/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho*

Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales y económicos, 2ª ed., 1993.

- CASTIÑEIRA PALOU, M. Teresa/ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La reforma del art. 531 del Código Penal (Ley Orgánica 8/1983). (Sobre la utilización del Derecho Penal para sancionar ilícitos civiles)», *La Ley*, 1985, p. 1143 ss.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «La estafa sobre datos registrales», indret 3/2006, http://www.indret.com/pdf/363_es.pdf
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio, Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Valencia, 2002.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Función y contenido del error de tipo en la estafa», *ADPCP*, 1985, p. 333 ss.; también en GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Estudios penales*, Madrid, 2001, p. 149 ss.
- HUERTA TOCILDO, Susana, Protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, 1980.
- KINDHÄUSER, Urs, «La estafa como autoría mediata tipificada», Colombia, 2002. [Traducción al castellano de Jorge Fernando Perdomo Torres].
 - «Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa», *AP*, 2000, p. 415 ss. [trad.: Pastor Muñoz].
- DE LA MATA, Norberto, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», *PJ*, 34 (1994), p. 295 ss.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPC*, 2ª época, enero 2000, p. 335 ss.
 - La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Madrid, 2004
 - «Pastillas adelgazantes», en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, p. 307-318
- PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal, Barcelona, 2016.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, 59 (1996), p. 373 ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *Hacia un Derecho Penal Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 285 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial», *PJ*, 39 (1995), p. 525 ss.
- ROMERO, Gladys, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La estafa de seguro. Criminología, Dogmática y Política Criminal», *CPC*, 32 (1987), p. 329 ss.
 - «El Derecho penal bancario en España», *AP*, 1994, p. 905 ss.
 - «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Acción y resultado típico en la estafa procesal», *Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 877 ss.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil, Barcelona, 1987.

III. EVALUACIÓN

Los alumnos deben asistir a clase tras haber estudiado la bibliografía y preparado los casos correspondientes a cada sesión. En concreto:

- Sesión 1: caso 1 y supuestos relacionados
- Sesión 2: casos 2,3,4 y 5 y supuestos relacionados
- Sesión 3: casos 6,7 y 8 (solo lo esencial de este último) y supuestos relacionados
- Sesión 4: casos 9 y 10 y supuestos relacionados

La **nota final de la asignatura** se basa en dos parámetros: por una parte, las intervenciones en clase sobre los casos preparados previamente por los alumnos; por otra, un breve examen oral cuya fecha se comunicará a los alumnos al inicio de las clases de la asignatura.

En caso de no superar la asignatura, se prevé un **examen oral de recuperación**. Si este no fuera superado, los coordinadores determinarán cómo proceder a evaluar al alumno.

IV. CASOS

Caso 1: Sentencia Tribunal Supremo español 16.2.2007, núm. 132/2007 – “comprando aprobados”

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 1438/2006

Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón **Berdugo y Gómez de la Torre**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 19-5-2006, condenó a don Enrique, como autor de un delito continuado de estafa, a la pena de tres años y seis meses de prisión y nueve meses de multa.

Contra la anterior Resolución recurrió en casación el acusado.

El TS *declara haber lugar* al recurso y dicta segunda Sentencia en la que, manteniendo los restantes pronunciamientos, condena al acusado, a la pena de un año y nueve meses de prisión.

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Enrique, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, que condenó al acusado, por un delito continuado de estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Argirmiro Vázquez Guillen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 1 de Arzua, incoó Procedimiento Abreviado con el número 25 de 2005, contra Enrique, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña, cuya Sección Primera, con fecha 19 de mayo de 2006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

Hechos Probados: Como tal expresamente se declaran que, el acusado Enrique –mayor de edad y sin antecedentes penales– a raíz de sus prolongadas relaciones comerciales de productos de peluquería trabajó amistad con Lina y su marido Donato con quienes mantenía contactos más allá de lo negocial. A principios de 1999 tuvo lugar en Melide una conversación entre el citado matrimonio y el inculpado en la que casualmente y hablando de temas familiares se dijo que Asunción había realizado un par de años antes una oposición de personal laboral de la Xunta de Galicia aprobada aunque sin plaza para ingresar y que en ese

momento estaba matriculada en otra convocada a finales de 1998 para auxiliares administrativos del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) de la Xunta. Ante ese comentario el imputado manifestó que así, o sea, sólo estudiando, no se, conseguía nada y sí, en cambio, pagando, ofreciéndose a facilitar la superación de las pruebas gracias a sus contactos directos con los miembros del tribunal de la oposición, a cambio de una cantidad de dinero del «orden de dos millones de pesetas en todo o en parte destinada a aquéllos. Convencidos de la influencia de su amigo, Donato y Lina aceptaron y, de acuerdo con él, fueron efectuándole diversas transferencias bancarias de fondos desde su cuenta en Banco pastor (la primera) de 500.000 pesetas a la de Enrique en Banco de Santander – NUM000 – el 24-2-1999, y a sucesivas reclamaciones telefónicas suyas, para irreales abonos a los examinadores desde la de Banesto en Melide en fechas 22-9-1999 (250.000 pesetas), 13-12-1999 (250. 000 ptas.), 19-1-2000 (250. 000 ptas.), 24-2-2000 (100. 000 ptas.), 28-2– 2000 (100. 000 ptas.) y 28-4-2000 (200. 000 ptas.), todas con los correspondientes gastos de corretaje, insistiendo aún en otra ya negada porque Asunción informó a sus padres de que en el Diario Oficial de Galicia estaba publicado que había suspendido el segundo de los tres ejercicios previstos de la fase inicial del concurso-oposición. Requerido el encartado al reintegro de las sumas desembolsadas y que había hecho propias según la idea inicial y subsiguiente puesta en escena, sin negar el reembolso no lo llevó a cabo ni siquiera parcialmente.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo : Que debemos condenar y condenamos a Enrique como responsable en concepto de autor, de un delito continuado de estafa ya definido y circunstanciado a la pena, de 3 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación durante ese período para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo multa de 9 meses con cuota diaria de 3 euros y el apremio personal legalmente previsto, a que indemnice a Lina y Donato en 9.944,89 euros con el interés previsto en el artículo 576 de la [LECiv \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y al pago de las costas procesales con inclusión de las de la acusación particular.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y, notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes á la última notificación.

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Enrique, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes motivos de casacion .

I.– Al amparo del art. 849.1 [LECrím \(LEG 1882, 16\)](#) por violación de los arts. 248.1, 249, y 250.7, así como de los arts. 74.1 y 74.2 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) .

II.– Al amparo del art. 849.1 [LECrím](#) por violación de los arts. 248.1 y 250.7 CP. en relación con el art. 1275 y 1305 CP.

III.– Al amparo del art. 849.1 [LECrím](#) por violación de los arts. 419, 420 y 423.1 CP. en relación con los arts. 248.1 y 250.7 CP.

IV.– Al amparo del art. 851.6 LECrim por violación con los arts. 54.12º y 56 de la misma Ley.

V.– Al amparo del art. 851.6º LECrim en relación con los arts. 54.12º y 55 de la misma Ley.

VI.– Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) por vulneración del art. 24.2 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

VII.– Al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 24.2 CE.

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día seis de febrero de dos mil siete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

No obstante haber sido articulados en cuarto, quinto y sexto lugar, procede su análisis prioritario en cuanto inciden en el derecho a un Juez imparcial y a un proceso con todas las garantías.

Así en el motivo cuarto se denuncia, al amparo del art. 856.1 [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) violación de los arts. 54.12 y 56 de la misma Ley, por cuanto el Tribunal sentenciador fue el mismo que resolvió, desestimándolo el recurso de apelación que la representación procesal del acusado interpuso contra el auto del Juzgado de instrucción que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el auto de transformación de las diligencias previas en Procedimiento Abreviado, entendiendo que existían indicios de delito que justificaban dicha transformación, lo que supone que el Tribunal que conoció del juicio oral tuvo participación en la instrucción de la causa y por lo tanto, quedó contaminado para dictar sentencia, como así lo planteó el recurrente el día del juicio oral, 15.5.2006, como cuestión de previo pronunciamiento, al amparo del art. 786.2 LECrim recusando al Tribunal por concurrir la causa 12 del art. 54 LECrim que fue desestimada por la Sala al entender que era extemporánea, haciéndose constar por la defensa su protesta, por entender que se estaba vulnerando el art. 56 LECrim ya que la recusación puede proponerse en cualquier estado de la causa antes de que comience el juicio oral.

El motivo deviene inadmisibile.

El art. 233 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) . dispone expresamente que se inadmitirán las recusaciones cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del Juez o Magistrado a recusar si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese a anterior a aquél, precepto que complementa al art. 56 LECrim, redacción dada por la Disposición Final 12.2ª Ley 1/2000 de 7.1 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que igualmente previene que la recusación deberá proponerse tan luego se tenga conocimiento de la causa en que se funde pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.

Así pues, cuando se dan los supuestos citados, la decisión de los recusados, inadmitiendo de pleno la recusación no infringe el derecho del Juez ordinario (SS. 19.5.2004 [RJ 2004, 3782], 5.3.2003 [RJ 2003, 2814], y 21.2.2003 [RJ 2003, 2291]).

Por lo tanto como advierte la reciente sentencia de esta Sala 735/2006 de 4.7 (RJ 2006, 3553), «lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales».

En el caso que examinamos, el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, que desestimó el recurso de apelación manteniendo el auto del Juzgado de Instrucción que acordó la incoación de procedimiento abreviado, lo fue el 13.12.2005, y el recurrente tuvo conocimiento de que dos de los Magistrados que firmaron dicha resolución formaban parte de la Sala que iba a celebrar el juicio oral, desde el 16.3.2006, resulta por ello, evidente que el planteamiento de la recusación, como cuestión previa al inicio del juicio oral, casi dos meses después del conocimiento de la composición de la Sala, lo fue con infracción de lo preceptuado en los arts. 56 LECrim y 232 LOPJ. y por tanto, planteada intempestivamente.

SEGUNDO

El motivo quinto al amparo del art. 851.6 LECrim (LEG 1882, 16) en relación con los arts. 54.12 y 55 de la misma Ley, por cuanto una vez conocida por el Tribunal la causa de recusación del art. 54.12, también tenía el Tribunal la obligación de abstenerse de oficio del conocimiento de la causa, ya que tratándose de una cuestión que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, es una cuestión de orden Público.

El motivo debe ser desestimado por entender esta Sala que los Magistrados, cuya recusación se interesó extemporáneamente, no estaban afectados por causa legal alguna de recusación ni por relaciones con el objeto del proceso que les deberían haber llevado a inhibirse del conocimiento de la causa.

El desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE. (RCL 1978, 2836) comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del TS STC 145/88 (RTC 1988, 145), TS 16-10-98 (RJ 1998, 8082), 21-12-99 (RJ 1999, 9436), 7-11-00 (RJ 2000, 9769), 9-10-01 (RJ 2001, 8791) el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-48 (LEG 1948, 1), en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50 (RCL 1979, 2421) y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-66 (RCL 1977, 893). Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene un fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función a juzgar, pues sin ella no puede existir el «proceso debido o «juicio justo».

La sentencia 145/88 TC inició la relación de la imparcialidad del juzgador con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público, con todas las garantías (art. 24.2 CE) se encuentra, aunque no se cite de

manera expresa, el derecho a un juez imparcial «que constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de Justicia en un Estado de Derecho».

Asimismo el T.E.D.H. ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en sentencias como la del Caso Delcourt /17-1-70 [TEDH 1970, 1]), Piersack (1-10-82 [TEDH 1982, 6]), De Cobre (26-10-84 [TEDH 1984, 16]), Hauschildt (16-7-87), Holm (25-11-93), Sainte-Marie (16-12-92), Saraira de Carbalno (22-4-94 [TEDH 1994, 19]), Castillo Algar (28-10-98 [TEDH 1998, 51]) y Garrido Guerrero (2-3-00 [TEDH 2000, 115]).

Como decíamos en las SSTs 1070/2004 de 24.9 (RJ 2004, 7579) y 1167/2004 de 22.10 (RJ 2004, 7951) el derecho Constitucional a un proceso con todas las garantías exige dice la STS 27.201 (RJ 2001, 482) que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser esta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (SSTs 16.10.98 [RJ 1998, 8082] y 21.12.99 [RJ 1999, 9436]).

Esta garantía de imparcialidad no está únicamente concebida a favor de las partes procesales, sino fundamentalmente a favor del interés público por lo que también han de tomarse en cuenta los supuestos en que pueda existir una «sospecha razonada de parcialidad. Para alcanzar dichas garantías de imparcialidad (imparcialidad real del Juez-subjetiva y objetiva e inexistencia de motivos que puedan generar en el justiciable desconfianza sobre tal imparcialidad) se establece legalmente un elenco de causas de abstención o recusación (art. 219 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635] y 54 LECrim) que incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal, por lo que ha de colegirse que también incidirán en el ánimo del Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la LOPJ., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la LECrim y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores ampliadoras de las causas inicialmente contempladas (LO 7/88, de 28.12 [RCL 1988, 2605] , causa 10 y LO 5/97 de 4.12 [RCL 1997, 2878] , causa 12). Estas causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al legislador a considerar que en estos concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aún cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el legislador la «objetiva», estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación (STS 21.12.99, núm. 1493/99 [RJ 1999, 9436]).

TERCERO

Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla. La prohibición de que se acumulen funciones instructoras y decisorias en un mismo órgano jurisdiccional surge de la razonable impresión de que el contacto con las investigaciones y actuaciones

encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y en la culpabilidad de los presuntos autores, puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva y en consecuencia el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial que es inherente a un proceso con todas las garantías. La causa de recusación prevenida en el número 12 del art.54 de la LECrim (LEG 1882, 16) tiene una especial relevancia como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, especialmente de la sentencia núm. 145/88, de 12 de julio (RTC 1988, 145) , que declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la LO 10/80 (RCL 1980, 2598) , en su párrafo segundo, que establecía que no era aplicable la causa de recusación núm. 12 del art. 54 de la LECrim trata de tutelar la imparcialidad objetiva, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido obtenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. Con ello no se trata de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni desconocer que la instrucción supone exclusivamente una investigación objetiva de la verdad en la que el Instructor debe indagar, consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como las favorables al reo. Pero lo cierto es que esta actividad al poner a quien la realiza en contacto directo con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y con sus supuestos responsables puede provocar en el ánimo de instructor, pese a sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado, impresiones que pueden influir en el momento del enjuiciamiento. Incluso en aquellos supuestos en que esta influencia no se produzca, es difícil evitar para los terceros y para el propio acusado la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar del modo absolutamente imparcial que constituye la mejor garantía para los afectados.

CUARTO

La aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario, que es el de los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Por ello no se puede extender esta causa de recusación, conforme a la doctrina del TC y de esta Sala, a los Tribunales a los que la Ley les encomienda funciones diferentes de la instrucción pero relacionadas con ella, por ejemplo la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del Juez instructor, bien sobre la practica de diligencias, bien sobre las resoluciones de ordenación o conclusión del proceso dictadas en el curso de la instrucción, bien sobre el procesamiento o bien sobre la libertad de los imputados.

La jurisprudencia de esta Sala y del TC viene precisamente el alcance que debe darse al término «instructor», y a la expresión «actividades instructoras», para que éstas tengan la relevancia suficiente que determine la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible en un juicio con todas las garantías.

Con carácter general la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del Juez instructor S. de 30.6.2000, núm. 1158/00 (RJ 2000, 6602) , entre las mas recientes).

Cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencia distingue, como señala la sentencia de 21.12.99, núm. 1493/99 (RJ 1999, 9436) , entre aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la fase de un relato que el Tribunal no ha constituido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (ss. 1186/98 de 16.10 [RJ 1998, 8082] , 1405/97 de 28.11

[RJ 1997, 9059] , entre otras) o aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento ex novo sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el Juez de instrucción. (auto de 8.2.93 [RJ 1993, 943] , caso de la presa de Tous y sentencia de 8.11.93 [RJ 1993, 8373]), en los que si cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

Asimismo el TC en sentencias como las 85/92 (RTC 1992, 85) , 136/92 (RTC 1992, 136) , 142/97 (RTC 1997, 142) , entre otras, ya anteriormente reseñadas, estima que no existe confusión entre funciones instructoras y decisorias cuando la Audiencia conoce en apelación de un auto dictado por un juez de instrucción pues la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra un auto de procesamiento solo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad en el procesado realizada cuateladamente por el instructor, sin que deba ser considerada una actividad instructora que contamine la imparcialidad objetiva del Tribunal. Como regla general el TC insiste en la idea de que la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto sino que haya que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su animo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que no inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral.

Como señala la sentencia de 21.12.99 núm. 1493/99, en la doctrina se ha planteado que la Sentencia dictada el 28.10.98 (TEDH 1998, 51) por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo-Algar imponía una revisión radical del citado criterio jurisprudencial, tanto del Tribunal como de esta Sala conforme al cual el Tribunal que tiene encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del juez instructor no queda en principio afectado por la causa de recusación analizada, ya que esta sentencia del TEDH apreció una vulneración del art. 6 del Convenio Europeo (RCL 1979, 2421) en un supuesto en el que dos vocales del Tribunal Militar Central que confirmaron un auto de procesamiento formaron parte del Tribunal sentenciador. Sin embargo esta Sala ha señalado ya con reiteración que no se puede pretender extraer conclusiones generalizables de dicha resolución, pues está muy íntimamente vinculada a las circunstancias específicas del caso concreto examinado (s. 569/99 de 7.4 [RJ 1999, 3314] s. de 21.12.99, 1493/99. Así lo ha entendido entre otras, la sentencia núm. 569/99 de 7.4, que tras un minucioso análisis de la doctrina del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega a la conclusión de que la doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada substancialmente por la sentencia dictada el 28.10.98 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo– Algar por tratarse de un supuesto específico, y que han sido las circunstancias especiales del caso y en concreto los términos empleados en los específicos razonamientos que se inscribieron en la resolución que confirmó el auto de procesamiento lo que determinaron que el Tribunal Europeo apreciase como razonable el temor a la pérdida de imparcialidad en los miembros del Tribunal que confirmaron el procesamiento y que posteriormente formaron parte del Tribunal sentenciador.

En el mismo sentido la sentencia de 15.10.99 núm. 2/99 (RJ 1999, 7176) de causas especiales, caso Gómez de Liaño, reitera este criterio resaltando que de lo que se trata no es de si la confirmación de un acto de procesamiento (en abstracto) elimina objetivamente la imparcialidad del Tribunal que la decide, sino de si en las circunstancias de la causa ello es así, concluyendo que lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la imparcialidad objetiva es que el auto dictado por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado. Este criterio se reafirma en las sentencias 1393/00 de 19.9 (RJ 2000, 7125) , 1158/00 de 30.6 (RJ 2000, 6602) , 1494/99 de 2.1.00 (RJ 2000, 106) , entre otras.

QUINTO

De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos:

1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante.

2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 [RJ 1993, 943] caso de la presa de Tous y s. de 8.11.93 [RJ 1993, 8373] , o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (ss. 569/99 de 7.4 [RJ 1999, 3314] , 15.10.99 [RJ 1999, 7176] , 19.9.2000 [RJ 2000, 7125] , 1158/00 de 30.6 [RJ 2000, 6602] , 1494/99 de 2.1 [RJ 2000, 106] , entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor (TC. 138/91 [RTC 1991, 138] , TS 24.9.91 [RJ 1991, 6565] , 28.12.93 [RJ 1993, 9811] y 20.196 [RJ 1996, 188]) o se acuerde la apertura del juicio oral, TC 170/93 (RTC 1993, 170) .

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, el auto de Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Coruña de 13.12.2005, se limitó a resolver un recurso de apelación contra el auto del Instructor y desestimó la reforma interpuesta contra el auto de transformación de las diligencias previas a Procedimiento Abreviado, advirtiendo que los indicios considerados para la fundamentación razonable de la resolución recurrida eran incluso de «consistencia muy discutible», aunque ello no equivalía a su inexistencia, y que la pretensión de los querellantes distaba de ser ni tan siquiera lógica, lo cual suponía que los indicios considerados aun existiendo debían ser debidamente contrastados en ulterior juicio, considerando las conductas de todas y cada una de las personas indiciariamente implicadas.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado por entender esta Sala que los Magistrados que dictaron aquella resolución no estaban afectados por causa legal alguna de recusación, ni por relaciones con el objeto del proceso que pudieran servir de fundamento a una tacha de imparcialidad.

SEXTO

El motivo sexto al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim (LEG 1882, 16) y el art. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) , denuncia la misma falta descrita en los dos motivos precedentes por cuanto supone que tramitar el Derecho a un proceso con todas las garantías.

El motivo debe ser desestimado dando por reproducido lo ya argumentado en los motivos precedentes insistiéndose en que en el caso presente no concurre la causa legal de abstención, pues la actuación del Tribunal resolviendo, en el mismo sentido que el Instructor, un recurso devolutivo no implica una

actuación equivalente a la auténtica función de instrucción que suponga un riesgo cierto de pérdida de imparcialidad.

SÉPTIMO

El motivo séptimo al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim (LEG 1882, 16) . y art. 5.4 LOPJ (LEG 1882, 16) por vulneración del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) , derecho a la presunción de inocencia, por cuanto las únicas pruebas de cargo han sido las declaraciones de los querellantes y su hija, víctimas todas ellas del mismo, sin que cumpliesen los requisitos jurisprudencialmente exigidos para destruir la presunción de inocencia, cuando la única prueba de cargo es la declaración del testigo que a su vez es víctima del delito, y en la presente litis los querellantes alegan unos hechos que de ser ciertos suponen que ellos mismos confiesan haber cometido un delito, lo que dice muy poco de la fiabilidad de sus declaraciones y desde luego no se cumplen los requisitos exigidos para que puedan valer para destruir la presunción de inocencia.

El motivo debe ser desestimado.

Cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001 de 12.7 [RJ 2001, 7719]).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 2004 de 9.3 [RJ 2004, 2679]).

Por ello, cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en

cuenta por aquél Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria (STS 1582/2002 de 30.9 [RJ 2002, 8680]).

De ahí que sea preciso insistir en que el juicio sobre la prueba practicada en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación.

En definitiva, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, pues como precisaron la STC 36/86 (RTC 1986, 36) y el auto 338/83 (RTC 1983, 338 AUTO) : «cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador»

Ciertamente lo que ocurre en éste y otros muchos supuestos llegados a esta vía casacional, no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador que, en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim (LEG 1882, 16) y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE. (RCL 1978, 2836) , no hace sino asumir su propia competencia, quedando ésta extramuros en la propia de este Tribunal.

El auto 338/83 reiterando la misma doctrina, señala que no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional –igual puede decirse de este Tribunal Supremo– pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir su pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal ya que ello es atribución privativa de éste por mandato «ex» art. 741 LECrim

En igual sentido la STC 205/98 de 26.10 (RTC 1998, 205) recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues «no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria, sino de discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues «no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC 17/84 [RTC 1984, 17] , 177/87 [RTC 1987, 177] , 150/89 [RTC 1989, 150] , 82/92 [RTC 1992, 82] , 70/94 [RTC 1994, 70] y 82/95 [RTC 1995, 82]). Y no se olvida que la posición de esta Sala al examinar la supuesta infracción de la presunción de inocencia, como precepto constitucional es similar a la del Tribunal Constitucional.

OCTAVO

En el caso presente la Sala, partiendo de que la recepción del dinero por el recurrente a través de sucesivas transferencias bancarias de los querellantes, efectuadas los días 24.2.99 (500.000 ptas.), 22.9.99 (250.000 ptas.), 13.12.99 (250.000 ptas.), 19.1.2000 (250.000 ptas.), 24.2.2000 (100.000 ptas.), 28.2.2000 (100.000

ptas.), 28.4.2000 (200.000 ptas.), cuya constancia documental está en la causa, está admitida por el mismo, analiza su versión exculpativa, al ser debidas o en préstamo para atender a su difícil situación económica, que rechaza por estar desprovista de indicio alguno que lo justifique y comprobarse que la situación económica del matrimonio querellante no era la más idónea para ejercicios de altruismo, y concede credibilidad a la testificar de éstos que considera «contundente y no alberga contradicción o fisura alguna en lo que concierne al verdadero motivo de las sucesivas entregas, que no es otro que el logro para su hija de un puesto de trabajo en la Administración Pública.

Valoración probatoria que debe ser mantenida en esta sede casacional. Que la versión de los querellantes suponga a juicio del recurrente, la comisión de un delito –que no ha sido objeto de acusación alguna– no es óbice para dudar de su credibilidad desde el momento, incluso, en que las valoraciones de las declaraciones de los coacusados no está prohibida por la Ley y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus declaraciones, pudiendo, cuanto menos, estimarse como constitutivos de una mínima actividad probatoria siempre que: a) Exista o subyazca en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente, que el coimputado haya prestado su declaración con la promesa de trato procesal más favorable. b) Que la declaración inculpativa de los coprocesados no se haya prestado con fines de auto exculpación, animadversión u otros motivos espurios. c) Que algún dato corrobore mínimamente su contenido y esto ocurre cuando la declaración está avalada por algún hecho, dato o circunstancias externas. En la casuística queda la determinación de los supuestos en que se produce la corroboración ([SSTC 65/2003 \[RTC 2003, 65\]](#) , [118/2004 \[RTC 2004, 118\]](#) , [152/2004 \[RTC 2004, 152\]](#)).

NOVENO

El motivo primero al amparo del art. 849.1 [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) por violación de los [arts. 248.1 y 249 \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) al faltar uno de los requisitos esenciales del tipo de la estafa que es «el engaño bastante para producir error en otro; del art. 250.7, por cuanto no existe un «abuso» en las relaciones personales entre víctima y defraudador; y de art. 74.1 y 2 por defectuosa aplicación del delito continuado en cuanto a la penalidad a aplicar.

En relación a la primera infracción, como decíamos en las recientes [sentencias 93/2007 de 1.2 \(RJ 2007, 737\)](#) , [1169/2006 de 30.11 \(RJ 2006, 8220\)](#) , [700/2006 de 27.6 \(RJ 2006, 5176\)](#) , [182/2005 de 15.2 \(RJ 2005, 5214\)](#) , y 1491/2004 de 22.12 (RJ 2005, 494) , entre otras muchas, la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la situación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad ([SSTS 1479/2000 de 22.9 \[RJ 2000, 8074\]](#) , [577/2002 de 8.3 \[RJ 2002, 6759\]](#) , y [267/2003 de 24.2 \[RJ 2003, 2448\]](#)), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a «cualquier falta de verdad o simulación», cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado ([STS 27.1.2000 \[RJ 2000, 446\]](#)), hacer creer a otro algo que no es verdad ([STS 4.2.2002 \[RJ 2002, 3066\]](#)).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una

operación de «puesta en escena» fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente, constituye un dolo antecedente ([SSTS 3.3.98 \[RJ 1998, 1771 \]](#) , [2.3.2000 \[RJ 2000, 483 \]](#) y [26.7.2000 \[RJ 2000, 6923 \]](#)).

La [STS 1508/2005 de 13.12 \(RJ 2006, 4176 \)](#) , recuerda que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa. ([STS 2464/2001, de 20 de diciembre \[RJ 2002, 279 \]](#)).

Ahora bien, como precisó la [STS 1195/2005 de 9.10 \(RJ 2005, 7658 \)](#) , «el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador. Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ([Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre \[RJ 2004, 459 \]](#)), porque en caso contrario, quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares, en la historia criminal), o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil (generalmente, los llamados negocios criminalizados).

Pues bien si el engaño de la estafa se debe apreciar cuando el autor afirma como verdadero algo que no lo es o cuando oculta algo verdadero para impedir que el otro lo conozca. Tales elementos se dan perfectamente en el caso que estamos tratando. En efecto, el recurrente manifestó que solo estudiando no se conseguía nada, y si, en cambio, pagando, ofreciéndose a facilitar la superación de las pruebas, afirmando como verdadero que «tenía contactos directos con los miembros del Tribunal de la oposición a cambio de una cantidad de dinero del orden de dos millones de pesetas en todo o en parte destinada a aquéllos», aunque esto no era cierto. En consecuencia no cabe duda de que hubo engaño. También se dan el error y la disposición patrimonial, pues Donato y Lina, convencidos de la influencia de su amigo, aceptaron y de acuerdo con él, fueron efectuándole diversas transferencias bancarias, así como los elementos subjetivos propios de este delito, esto es, el animo de lucro, exigido hoy de manera explícita en el art. 248 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , es decir, el propósito por parte del sujeto activo de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado.

DÉCIMO

La sentencia recurrida estima concurrente el subtipo agravado del art. 250.7 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) por cuanto «la relación existente entre el sujeto activo y los querellantes derivada de una relación que, más allá de lo profesional, constituyó verdadera amistad (el acusado asistió a la primera comunión de la hija de aquéllos), y contribuyó a facilitar la comisión de la estafa hasta el punto de que las periódicas transferencias dinerarias hubiesen continuado de no ser por la intervención de la hija, confiando los progenitores que con las aportaciones económicas el acusado lograrían el puesto de trabajo anhelado».

El CP. de 1995, recoge como agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el «abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional», caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva un «plus» que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza en estos delitos.

La [STS 1218/2001 de 20.6 \(RJ 2001, 6566\)](#) , precisa que la agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por si misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa ([sSTS 28.5.2002 \[RJ 2002, 7757\]](#) , [5.4.2002 \[RJ 2002, 4607\]](#) , [4.2.2003 \[RJ 2003, 2431\]](#) , [5.11.2003 \[RJ 2003, 7346\]](#)).

En igual sentido la [STS 785/2005 de 14.6 \(RJ 2005, 4993\)](#) , recuerda que hemos dicho ([STS 383/2004, de 24 de marzo \[RJ 2004, 1560\]](#)), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.7 CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver [STS núm. 890/03 \[RJ 2003, 5653\]](#)) que tal como señalan las [Sentencias de 28 abril de 2000 \[RJ 2000, 3310\]](#) y la [626/2002, de 11 de abril \[RJ 2002, 4951\]](#)), la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa ([Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002 \[RJ 2002, 1184\]](#) , y [1753/2000, de 8 de noviembre \[RJ 2000, 8934\]](#)).

En el caso presente la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico tercero justifica la aplicación del subtipo agravado en la relación existente entre el sujeto activo y los querellantes derivada de una relación que, mas allá de los profesional, constituyó verdadera amistad y contribuyó a facilitar la comisión de la estafa.

Esta Sala no puede compartir esta argumentación por cuanto fue ese abuso de relaciones personales lo que originó el nacimiento del injusto típico, resultando impensable la producción de ese engaño

«bastante» si no estuviera fundamentado en la propia confianza generada por esa dilatada relación de amistad que fue la que les determinó a considerar creíble el ofrecimiento de su amigo.

No existe, por tanto, relación distinta de la que por si misma represente la relación jurídica que integra la conducta engañosa.

El motivo, en este extremo, debe ser estimado. Reconduciéndose los hechos al tipo básico de los arts. 248 y 249 CP. castigado con pena prisión de 6 meses a tres años prisión, modificación operada [LO 15/2003 de 30.11 \(RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903\)](#) que favorece al reo.

UNDÉCIMO

Respecto a la infracción de los arts. 74.1 y 74.2 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) existe una jurisprudencia consolidada ([SS. 23.12.98 \[RJ 1998, 9848\]](#) , [17.3.99 \[RJ 1999, 2946\]](#) , [9.5.2000 \[RJ 2000, 4888\]](#) , [7.5.2002 \[RJ 2002, 6327\]](#) , [12.3.2004 \[RJ 2004, 3402\]](#) , [27.6.2006 \[RJ 2006, 5176\]](#)), que considera que tal apartado 2 del art. 74 es una norma específica para los delitos contra el patrimonio que no obliga en el delito continuado a la imposición de la pena señalada para la infracción mas grave en su mitad superior, tal como preceptua el apartado 1; sino que permite recorrer todo el margen correspondiente a la misma.

En efecto la obligada referencia al perjuicio total causado a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados al patrimonio (art. 74.2, inciso 1º CP.), junto con la previsión legal de que en tales delitos el Juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados «si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas» (artículo 74.2, inciso 2º CP), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1º del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del perjuicio total causado, puede imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico del que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena. De no interpretarse así el precepto carecería de sentido la referencia al «perjuicio total causado», impidiendo, al propio tiempo, al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, «de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una notoria gravedad y afectasen a una generalidad de personas». No sería lógico tampoco, siguiendo esta línea, que un sólo delito de estafa por cuantía elevada pero no suficiente para la aplicación de la agravación del art. 250.1.6, resultase menos castigado al ser factible la imposición de la pena en su mitad inferior, que dos infracciones por importe de 400 euros cada una, apreciadas como continuadas que implicaría aplicar la mitad superior.

Doctrina esta recogida en la reciente [sentencia 93/2007 de 1.2 \(RJ 2007, 737\)](#) , que refiere la de esta Sala iniciada en las [SSTS 23.12.98 \(RJ 1998, 9848\)](#) , [17.3.99 \(RJ 1999, 2946\)](#) , [11.10.99 \(RJ 1999, 7027\)](#) , en virtud de la cual, habida cuenta de la configuración actual del art. 74, en el que se regula la figura del delito continuado –con un apartado 2º destinado a determinar las penas para esta clase de delitos en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado en un punto y aparte del apartado 1º, en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general– ha de entenderse que no es aplicable en los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general se prevé en el apartado 1º consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior.

Tal apartado 2º es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando estos consisten en «infracciones contra el patrimonio», norma que desplaza a la general del apartado 1º, si bien solo en cuanto a la determinación de la pena. Es decir, en estos casos de delitos continuados ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2º, que tiene un doble contenido:

1º) Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos (o faltas) contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura de delito continuado.

2º) La posibilidad para los casos de delito masa (hecho de notoria gravedad y habiendo perjudicado a una generalidad de personas) de imponer en uno o dos grados.

Esta jurisprudencia ha sido originada ante la necesidad de acomodar la pena a la menor o mayor gravedad del delito, pues no parece adecuado castigar con mayores penas (la mitad superior) un delito continuado cuya suma total sea de pequeña cuantía, cuando por el hecho de no ser continuado, en delitos de cuantías mas graves es posible la imposición de la pena en la mitad inferior.

A las sentencias antes citadas, en la misma línea, podemos añadir aquí las siguientes: [28.7.99 \(RJ 1999, 6664\)](#) , [11.10.99 \(RJ 1999, 7027\)](#) , [9.5.2000 \(RJ 2000, 4888\)](#) , [19.6.2000 \(RJ 2000, 6315\)](#) , [7.5.2002 \(RJ 2002, 6327\)](#) y [7.6.2002 \(RJ 2002, 7582\)](#) , entre otras muchas, que llegan hasta las [sentencias de 8.5 \(RJ 2006, 3336\)](#) y [20.12.2006 \(RJ 2007, 265\)](#) que precisan que si bien la regla 2ª del art. 74 es autónoma e independiente de la regla 1ª que exige necesariamente la imposición de la pena en la mitad superior, tampoco lo proscrib, razón por la cual considera que no se vulnera la proporcionalidad de la pena cuando ésta se impone en dicha mitad superior, dado que la valoración de la cuantía junto con la reiteración de la conducta, así como las demás circunstancias de los hechos deben valorarse adecuadamente por el Tribunal de instancia en el momento de individualizar la pena en cada caso, con la finalidad de ajustar a cada conducta, considerada en su globalidad, el reproche que merece ([STS 23.5.2003 \[RJ 2003, 4241\]](#)).

Como dijimos en la [STS 9.2.99 \(RJ 1999, 293\)](#) la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determina una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

En el caso presente la Sala de instancia entiende erróneamente que la continuidad delictiva obliga a imponer la pena señalada a la más grave de las infracciones en la mitad superior de la señalada por la Ley, y es partiendo de tal presupuesto cuando considera que ya no existe mérito alguno para imponerla más allá del mínimo de esa mitad superior 3 años y 6 meses prisión y 9 meses multa.

Motivación por tanto, que parte de una premisa equivocada y que puede ser revisada en la segunda sentencia que se dicte por esta Sala.

DUODÉCIMO

El motivo segundo al amparo del art. 849.1 [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) por violación de los [arts. 248.1 y 250.7 \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) , en relación con los arts. 1275 y 1305 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) .

Considera el motivo que sentado que la conducta del matrimonio querellante integra un delito de cohecho del art. 423.1 CP. es evidente que el pacto concertado entre el acusado y aquéllos es un pacto radicalmente nulo o inexistente por tener **causa ilícita** por imperativo del art. 1275 Cc. y por lo tanto, no produce efecto alguno y así no podrá servir de título para justificar un engaño como elemento esencial de la **estafa**, y por aplicación de lo establecido en el art. 1305 Cc. en lo que se refiere a la responsabilidad civil, al no generar acción para reclamar lo entregado por las partes, no es posible la condena a indemnizar a los acusadores particulares en 9.944.89 E más intereses legales.

La cuestión planteada radica en si el tipo penal de la **estafa** puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con **causa ilícita**, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin **ilícito**, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal.

Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima delinciente es interesante desde la perspectiva criminológica y de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a Derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito (así en los casos del tipo de la estampita, engaño de la maquina de fabricar dinero o «filo-misho», billete de lotería premiado o tocomocho», timo del pañuelo o «paquero», y la entrega de dinero para el trafico con supuestas influencias ante funcionario Público, el caso de quien paga al supuesto asesino para dar muerte a otro; o a quien paga para que le saque ilegalmente del país, cuando en ningún momento el pretendía prestar el servicio convenido y otros análogos, en estos casos sería posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio, pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS 655/97 de 13.5 (RJ 1997, 3811) , que en su caso en que el recurrente afirmó como verdadero que «tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas» de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que «la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 Cc. o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir», concluyendo en este sentido que «el titular de un patrimonio que «compra influencias» de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido».

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea **ilícita**, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la **estafa**, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero

entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la **estafa** carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de **causa ilícita** y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la **estafa** se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber **estafa** cuando el objeto de la misma sea **ilícito**, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que «siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con animo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral».

En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir –si fuera posible– la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS 2.7.52 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS 29.12.61 que calificó como estafa el caso de un medico que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicara un aborto, resultado que, tras el oportuno examen tocológico, el medico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS 28.2.86 (RJ 1986, 932) , en un caso de timo del pañuelo, [STS 16.7.92 \(RJ 1992, 6645\)](#) caso de billete lotería premiado o «tocomocho», [STS 7.6.94 \(RJ 1994, 4539\)](#) , abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se recogía en el art. 529.4 [CP/1973 \(RCL 1973, 2255\)](#) solo podía realizarse sobre el supuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho.

DECIMOTERCERO

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado. El supuesto que se contemplaba en la [sentencia 655/97 \(RJ 1997, 3811\)](#) antes citada, es distinto al presente. En el primero, el perjudicado necesitaba unas autorizaciones administrativas del Concejal Presidente de la Junta Municipal de Distrito de Moncloa, y en esta situación el acusado, en su condición de vocal de la referida Junta adujo, pese a carecer de ellas, tener las influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas que aquél tenía, ofreciéndose a resolverlos para lo cual debería de recibir una cierta cantidad de dinero, logrando así que el perjudicado le entregase en efectivo 200.000 ptas., comunicándole posteriormente el acusado que con el fin de hacer una serie de regalos a los funcionarios de la Sección de Obras de dicha Junta Municipal debería recibir otras 500.000 ptas. quedando citados para ello un día determinado, si bien el perjudicado puso los hechos en conocimiento de la Policía, y cuando entregó al acusado dos talones por dicho importe, intervinieron agentes de la autoridad que procedieron a la detención de éste. Por ello esta Sala Segunda, sin dejar de expresar su sorpresa por el inexplicable error de las acusaciones de omitir acusar al supuesto perjudicado por el primero de los hechos sobre la base del art. 391 [CP/1973 \(RCL 1973, 2255\)](#) ([actual art. 423 \[RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\]](#)), entendió que no era un perjudicado por el primero de los hechos probados, es decir, aquel que consistió en la entrega de las 200.000 ptas., pues sabía que compraba influencias de un

funcionario –el acusado– que luego resultaron inexistentes, tratándose en consecuencia del autor de un delito de cohecho activo del art. 391 CP. 1973 (actual art. 423), y no de un perjudicado por un delito de estafa, de ahí que no le reconociera derecho alguno a la indemnización al ser las 200.000 ptas. entregadas a efectos provenientes del delito sobre las que el sujeto pasivo de la estafa carecía de derecho jurídicamente protegible.

Supuesto se insiste distinto del que es objeto de la presente litis, en el que no se produce entrega alguna de dinero a funcionario –el recurrente no ostenta tal condición– ni ofrecimiento de las cantidades a los miembros del Tribunal para la superación de las oposiciones, lo que hubiera permitido la subsunción de los hechos, tanto para el acusado como para los querellantes, en el delito del art. 423 CP. consistiendo, por el contrario, la conducta del acusado, aprovechándose de la preocupación que suponía para sus padres el futuro laboral de su hija, convencer a aquellos que era posible mediante la entrega de dinero el trato favorable en las oposiciones, el engaño constitutivo de un delito de estafa consumado, con derecho del perjudicado a la indemnización por las cantidades defraudadas.

En este sentido los arts. 1275 y 1305 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) no son obstáculos a tal pronunciamiento. La doctrina más autorizada entiende que el Derecho Civil y el Derecho Penal, cada uno de ellos por su parte, provee a distintos fines inmediatos, bien que el fin sea uniforme. El civil tutela valores e intereses predominantemente objetivos formales y sobre todo la permanencia, mientras que el penal enjuicia conductas humanas singulares, que pueden superponerse con plena independencia, sin afectarse mutuamente. El derecho penal sanciona y obliga a reparar los daños y perjuicios causados por el delito en la extensión prevista en los arts. 110 y 22 CP., pero jamás obligaría al cumplimiento de la contraprestación torpe o ilícita.

DECIMOCUARTO

El motivo tercero al amparo del art. 849.1 [LECrim \(LEG 1882, 16 \)](#) por violación de los arts. 419, 420 y 423.1 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) en relación con los arts. 248.1 y 250.7 del mismo Cuerpo Legal ya que los hechos declarados probados por la sentencia recurrida serían, en su caso, constitutivos de los delitos tipificados en estos preceptos, cohecho, y nunca de un delito de estafa, por lo que el recurrente habrá de ser absuelto, desde luego, del delito de estafa y en su caso, vuelto a juzgar por la posible comisión de dicho delito.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que la víctima del delito de estafa puede realizar con su comportamiento el tipo subjetivo de otro delito, así quien ofrece dinero para que otro infrinja el deber de fidelidad para con la administración, son acciones que llenan los tipos subjetivos de determinadas figuras punibles. Sin embargo nos encontraríamos ante una tentativa inidónea, no punible con carácter general, tesis acogida por esta Sala Segunda en sentencia 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3840), que si bien declaró que: «el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 9.1 CP vigente (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , que no admite la aplicación de las Leyes penales a casos distintos a los comprendidos en ella», insistiendo en la atipicidad no solo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados «delitos putativos», sino también los «supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y en general, los casos de inidoneidad absoluta», admitió la tentativa en los casos que denomina de «inidoneidad relativa», «en que los medios utilizados «objetivamente» valorados ex ante y desde una perspectiva general son estricta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)», (STS 1303/94 de 21.6 [RJ 1994, 5220] y 1243/2002 de 2.7 [RJ 2002, 7984]).

La STS 992/2000 de 2.6 (RJ 2000, 4722) resume la doctrina de la Sala declarando que «la tentativa inidónea puede ser punible en el Derecho vigente pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa... no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente quiere significar... que el plan o actuación del autor, «objetivamente considerados» son racionalmente aptos para ocasionar el resultado» (véase ss. 21.6.99 [RJ 1999, 5663] y 13.3.2000 [RJ 2000, 1190]).

Siendo así quien ofrece dinero para corromper a un funcionario realiza una acción adecuada para inducir a un delito de cohecho y por ello su conducta es disvaliosa desde el punto de vista del tipo del art. 423 CP., pero en el caso presente quien realiza la oferta a los querellantes es el propio acusado –que no es funcionario público– las supuestas influencias a cambio de dinero eran inexistente y aquél ofrecimiento a los miembros del Tribunal de la oposición en ningún momento iba a producirse, y en ello radica el engaño constitutivo de la estafa, por cuanto de ser ciertas, no estaríamos ante un delito de estafa, y si ante un cohecho, art. 423, para cuya consumación no es necesaria la entrega del presente o dádiva al funcionario, bastando su ofrecimiento y el mero intento de corromper al funcionario (SS. 883/94 de 11.5 [RJ 1994, 3687] , 1192/1999 de 16.7 [RJ 1999, 6504]).

Consecuentemente, y en el peor de los casos para los perjudicados, nos encontraríamos ante unos actos preparatorios que podrían subsumirse en la proposición o conspiración para la comisión de un delito de cohecho, no punible en base a lo dispuesto en el art. 17.3 CP.

En base a lo expuesto y no habiéndose formulado acusación alguna por el Ministerio Fiscal respecto al delito de cohecho, no puede entenderse cometida la infracción denunciada.

DECIMOQUINTO

Estimándose parcialmente el recursos, las costas se declaran de oficio, art. 901 [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) .

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Enrique, con estimación parcial del motivo primero, por infracción de Ley y desestimación de los restantes, contra sentencia de 19 de mayo de 2006 , dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo por estafa, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente referida resolución, dictando nueva sentencia más acorde a Derecho con declaración de oficio costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Arzua con el número 25 de 2005, y seguida ante la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, por delito de estafa, contra Enrique, con DNI. NUM001, hijo de Pedro y de Isabel, nacido el 13 de julio de 1934 en Pontevedra, jubilado, sin antecedentes penales, de insolvencia (parcial) situación económica, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados incorporados a la sentencia precedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico Décimo no es de aplicación el subtipo agravado del art. 250.1.7, debiéndose reconducirse los hechos a la estafa genérica, arts. 248 y 249.

SEGUNDO

En orden a la necesaria individualización de la pena, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del hecho, la naturaleza continuada de la infracción delictiva y el total perjuicio causado, art. 74.2 [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) , dado el marco penológico en que nos movemos 6 meses a 3 años prisión, se considera adecuada la de 1 año y 9 meses prisión.

FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, de fecha 19 de mayo de 2006 , debemos condenar y condenamos a Enrique, como autor de un delito de estafa genérico a la pena de 1 años y 9 meses prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN. –Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 1 (A): STS 16.3.2011, núm. 500/2011 – “billetes tintados”

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 10958/2010

Ponente: Excmo Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

El TS *declara haber lugar en parte* al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 26-07-2010 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, casándola y anulándola en el sentido expuesto en el fundamento séptimo de la presente Resolución.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Mayo de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Millán , Olegario , Sabino y Sergio , contra [Sentencia dictada por la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca \(JUR 2010, 309034\)](#) , que les condenó por un delito continuado de estafa, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sras. Martin Marquez, Moral Garcia y Delgado Azqueta respectivamete. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de Instrucción núm. 9 de los de Palma de Mallorca, incoó Procedimiento Abreviado con el número 1284/09, contra Olegario , Sabino , Sergio y Millán , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. nº 1) que, con fecha [veintiseis de julio de dos mil diez \(JUR 2010, 309034\)](#) , dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

«Probado y así se declara que:

Desde fecha no determinada pero en todo caso desde enero de 2009 los acusados Sabino (conocido como " Bola ") y Sergio, aprovechando que el primero había sido empleado del empresario Pedro Francisco en el pasado, iniciaron una serie de contactos con el citado constructor para verificar si éste disponía de propiedades inmobiliarias venales, explicándole que conocían a personas importantes en África que estaban deseando adquirir bienes raíces como inversión. De este modo, pusieron en contacto a Pedro Francisco con otro acusado llamado Olegario. Este se presentó con un aura de persona solvente, bien ataviado, alojado en buenos hoteles y diciendo ser el hijo de un importante Ministro africano cuya familia quería invertir en Mallorca los beneficios obtenidos en negocios de petróleo y diamantes. Tras varias negociaciones, se llegó a un acuerdo precontractual al respecto de unos chalets sites en Santa Eugenia sin que en ese momento se llegara a cerrar la compraventa por manifestar Olegario que tenía que ir a Valencia para ultimar la salida de efectivo desde su país con la ayuda de un diplomático. A partir de ese momento Pedro Francisco inicia contactos telefónicos con el acusado Millán, quien se presentó como " Bucanero ", diciendo ser hermano de Olegario y el responsable de la familia para cerrar los negocios importantes. Con el objeto de acordar la forma de pago, Pedro Francisco fue citado en un hotel de Valencia, en el que tanto Olegario como Millán le explicaron que eran personas serias y que le querían demostrar que conocían un sistema para lograr la salida de dinero en beneficio mutuo. Y así, ante sus propios ojos, sacaron de maletas repletas de papeles ennegrecidos, seis billetes que, tras aplicársele un reactivo y agua caliente, resultaron ser papel moneda por valor de 500 (cuatro de ellos) y 100€ (los otros dos). Los acusados le regalaron a Pedro Francisco esos 2.200€ conminándole a verificar su autenticidad. Al día siguiente Pedro Francisco acudió a un banco para realizar comprobación sobre su autenticidad, operación que logró con éxito y sin que en la entidad de crédito se detectara ninguna irregularidad, adquiriendo definitiva confianza Pedro Francisco en los acusados y viendo superados sus iniciales recelos.

De este modo, y para sufragar la comisión que había de cobrar el diplomático para intermediar en la salida de dinero, se realizaron las siguientes entregas por parte de Pedro Francisco a los acusados, todas ellas en momentos temporales diferenciados:

- La primera, por importe de 120.000€, a razón de 40.000€ por cada una de las tres cajas fuertes que le fueron entregadas.

- La segunda, pocos días después, por importe de 280.000€, a razón del mismo importe por cada una de las siete cajas que le fueron entregadas.

El primer reactivo con el cual limpiar los billetes le fue entregado a Pedro Francisco con carácter gratuito. Comoquiera que Pedro Francisco trato de repetir la operación en su casa y ésta no funcionó, entró de nuevo en contacto con los acusados Olegario y Millán, quienes le explicaron que el líquido se habría malogrado y que debía recuperarse a través de un costoso procedimiento químico. Y así, bajo el miedo de haber perdido la anterior inversión, se produjeron nuevas entregas por parte de Pedro Francisco:

La tercera, por importe de 80.000€ que resultó insuficiente para la restitución del reactivo.

- La cuarta, por importe de 220.000€ para un nuevo líquido revelador.

Los acusados Olegario y Millán llegaron a solicitar de Pedro Francisco, añadido a las anteriores cantidades, el montante de 1.000.000€, momento en que el perjudicado sospechó por lo elevado de la cifra y comprobó el contenido de algunas cajas, desoyendo la advertencia de no abrirlas hasta no tener el producto químico, observando sólo entonces que se trataba de cartulinas negras en su mayoría, envueltas en fajos con film transparente.

Tras ello, el constructor interpuso denuncia ante la Guardia Civil y el Grupo de Delitos contra el Patrimonio de este cuerpo, a través de su Policía Científica, inició la investigación bajo instrucción judicial. Así, en el domicilio de los Sabino, se halló un sobre que contenía billetes tintados y la tarjeta de visita de Pedro Francisco ; en el teléfono de Olegario , se hallaron registros de llamadas efectuadas por Sergio, del mismo modo que en el teléfono de Sergio se hallaron llamadas recibidas de Olegario ; en el teléfono de Olegario también se verificó el contacto de Sabino (" Bola "); y, por último, en el equipaje de Millán, se hallaron botellines de reactivo tóxico y tarjetas de personalidades importantes»

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< LA SALA ACUERDA : que debe condenar y CONDENAMOS a los acusados Olegario Y Millán como autores de un delito continuado de estafa en su modalidad de especial gravedad por el valor de la defraudación, precedentemente definido, a las penas de: seis años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con cuota diaria de veinte euros con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; y a los acusados Sabino Y Sergio a las penas de: tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con cuota diaria de doce euros con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Los acusados habrán de indemnizar, conjunta y solidariamente a Pedro Francisco en la cantidad de 700.000 euros. Con expresa condena en costas, que habrán de abonar los cuatro condenados a razón de 1/4 cada uno, incluyéndose expresamente las causadas por la intervención de la Acusación Particular.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese a los condenados el tiempo por el cual han estado privados de libertad por esta causa.

Se decreta el comiso del efectivo incautado a los acusados, en tanto que ganancia obtenida del delito. También se decreta el comiso de las cajas fuertes y maletas utilizadas para perpetrar el delito, cuyo precio se habrá de aplicar al pago de las responsabilidades civiles.

Destruyanse los billetes tintados y el reactivo embotellado.

Contra esta sentencia puede interponerse Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.>>

3

- Con fecha veintisiete de julio de dos mil diez la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó Auto que contiene la siguiente parte dispositiva:

<< El fallo de la sentencia nº 67/10, dimanante del Rollo de la Sala 105/09 , en cuanto a la cuota diaria de multa, debe ser modificado en sentido de fijar como cuota diaria de multa la cantidad de 6 euros para todos los acusados, conforme a lo dispuesto en el fundamento jurídico quinto, último párrafo, de la resolución de oficio corregida>>.

4

Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales, por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Millán :

MOTIVO PRIMERO (anunciado como A).- Por conculcación de preceptos constitucionales con sede procesal en el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 120.3 de la CE .

MOTIVO SEGUNDO (anunciado como B).- Por la conculcación de los derechos fundamentales, en base a lo prevenido en el art. 5.4 de la LOPJ , por la conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE .

MOTIVO TERCERO (anunciado como C).- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el art. 851.1 inciso primero de la LECriminal.

MOTIVO CUARTO (anunciado como D).- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248.1 del Código Penal .

MOTIVO QUINTO (anunciado como E).- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, al condenar al recurrente por un delito de estafa sin que se haya acreditado la preexistencia de las cosas estafadas.

MOTIVO SEXTO (anunciado como F).- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248.1 del Código Penal en relación con el art. 250.1.6 al condenar al recurrente por un delito de estafa agravada.

MOTIVO SÉPTIMO.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 741 del Código Penal , al condenar al recurrente a un delito de estafa continuado.

Motivos aducidos en nombre de Olegario :

MOTIVO PRIMERO (anunciado como A).- Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24.2 de la CE en referencia al principio de presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO (anunciado como B).- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el art. 851.1 inciso primero de la LECriminal.

MOTIVO CUARTO (anunciado como D el C ha sido renunciado). Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248.1 del Código Penal .

MOTIVO QUINTO (anunciado como D).- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 741 del CP .

Motivos aducidos en nombre de Sabino y Sergio :

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de nuestra Constitución.

MOTIVO SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo previsto en el art. 851.1 inciso primero .

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 248.1, 250.1.6 y 74.1 todos ellos del Código Penal, al amparo del art. 849.2 de la LECriminal subsidiariamente.

.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el acusado, impugnando todos los motivos en él aducidos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cinco de mayo de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La coincidencia en materias y alegaciones que presentan gran parte de los motivos formalizados por los recurrentes aconseja su tratamiento conjunto, sin perjuicio de las diferenciaciones que procedan cuando lo exija la singularidad del planteamiento.

SEGUNDO

.- El quebrantamiento de forma del art. 851 1º de la [LECriminal \(LEG 1882, 16\)](#) constituye el contenido del motivo segundo en el recurso de Olegario , del tercero en el recurso de Millán , y del segundo en el recurso conjuntamente formalizado por Sabino y Sergio .

Todos los recurrentes formalizan sus respectivos motivos con la misma alegación: "haberse omitido en la relación de Hechos Probados datos que son esenciales para la calificación jurídica de los hechos, provocando indefensión y predeterminando el Fallo". A lo que sigue en cada caso una argumentación más o menos extensa según los recurrentes que o bien discurre a través de una extensa revaloración de las pruebas personales con continuas referencias al sentido y alcance de las declaraciones prestadas -recurso

de Millán y de Olegario - o bien se ciñe a la breve afirmación de que los hechos declarados probados no contienen los elementos del tipo penal apreciado- recurso de Sabino y Sergio -.

Sólo con lo expuesto resulta ineludible la necesidad de desestimar el quebrantamiento de forma invocados por los cuatro recurrentes:

a) En primer lugar el art. 851.1º de la LECriminal, no contempla uno sino varios quebrantamientos de forma, diferentes entre sí y sometidos a exigencias distintas, aunque todos referidos a la resultancia histórica de la Sentencia: se trata de la falta de claridad en los hechos probados que impida su comprensión e ininteligibilidad; de la contradicción interna entre las distintas partes del hecho probado haciéndolos incompatibles por mutuamente excluyentes; y de la inclusión en el relato histórico de conceptos jurídicos en sustitución de expresiones descriptivas del acontecer natural.

Nada que ver por tanto con el planteamiento de los recurrentes: 1) La omisión en los hechos probados de datos esenciales para la calificación jurídica no es quebrantamiento de forma de la Sentencia, sino en su caso insuficiencia del relato histórico para permitir la calificación apreciada en ella, lo que se combate por la vía del art. 849.1º de la LECriminal, como infracción de ley penal sustantiva; 2) La infracción en la calificación de los hechos, de existir, no afecta a las posibilidades de alegación y prueba ni supone indefensión para el acusado que tiene la posibilidad de atacar esa calificación por la vía casacional correspondiente; 3) Ningún concepto jurídico se menciona como indebidamente incluido en la declaración de hechos probados; y 4) está absolutamente fuera del ámbito casacional utilizado las numerosas consideraciones que acerca del resultado probatorio se hacen en un intento de presentar una distinta y alternativa valoración de las pruebas.

Por lo expuesto se desestiman el motivo segundo de Emmanuel el tercero de Millán y el segundo de Sabino y Sergio .

TERCERO

El primero de cada uno de los tres recursos interpuestos denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que los dos primeros recurrentes (Olegario y Millán) además conectan con la infracción del deber de motivar la sentencia ya que según ellos no se han expresado los criterios de la valoración, terminando por invocar también el principio in dubio pro reo.

1.- Ha dicho con reiteración esta Sala que el control casacional de la observancia por el Tribunal Juzgador de este derecho fundamental, alcanza a la comprobación de que su relato de hechos probados cuente con el soporte suficiente de una prueba de cargo lícita, válida y de contenido incriminador; pero no se extiende a la revaloración de la prueba presenciada por el Tribunal de instancia con las ventajas de la inmediación, a excepción del control sobre la propia racionalidad de su juicio valorativo expresado en la motivación de la Sentencia.

Por consiguiente la comprobación en casación de que se ha desvirtuado la presunción de inocencia exige, como señala la [Sentencia de 10 de mayo de 2010 \(RJ 2010, 5181 \)](#) : a) que concurra prueba de cargo practicada con pleno respeto a los derechos fundamentales (lícita), y acomodada a las normas que disciplinan su práctica procesal (válida); b) que el Tribunal Juzgador operando sobre esa base objetiva haya obtenido la convicción subjetiva sobre lo que relata como probado, pues si expresara dudas o falta de convencimiento la absolución se impondría por exigencias del principio "in dubio pro reo"; c) que entre ambas exigencias -el presupuesto probatorio objetivo, y la convicción subjetiva resultante- exista un enlace de racionalidad y lógica, comprobable objetivamente, cuyo control corresponde al Tribunal de casación, a través de la motivación expresada en la Sentencia recurrida; lo cual no puede confundirse con la formación de una nueva convicción propia sustitutiva, que resulta imposible sin la inmediación de la prueba. Como

dice la [Sentencia de 16 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 2232\)](#) y reiteran las posteriores de [2 de febrero \(RJ 2010, 3241\)](#) y [11 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 4483\)](#) , el control consiste en determinar si, más allá del convencimiento subjetivo que adquirió el Tribunal de instancia sobre la veracidad de la acusación, al valorar los medios de prueba, puede estimarse que los medios valorados autorizan verdaderamente a tener su convicción por objetivamente aceptable y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justifica la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existen buenas razones que obsten aquella certeza objetiva.

2. - En este caso concreto la Sentencia recurrida no carece de la necesaria motivación que exprese los criterios valorativos de la Sala sobre la prueba de cargo. Por el contrario dedica un extenso y pormenorizado Fundamento de Derecho Primero a su análisis y ponderación examinando sucesivamente las declaraciones de los acusados, la declaración de la víctima perjudicada, el testimonio de quienes depusieron en el proceso, y las piezas de convicción. Y al respecto hemos de precisar:

A) Ninguno de los elementos de prueba analizados y ponderados a lo largo de nueve folios adolece de ilicitud por vulneración de derechos fundamentales, (lo que ni siquiera se cuestiona por los recurrentes); ni presenta en su práctica procesal vicios obstativos de su validez como instrumento de prueba.

B) En la ponderación razonada de la prueba de cargo la Sala de instancia no expresa duda alguna acerca de la realidad de los hechos que relata en la Sentencia como probados. Lo cual deja sin fundamento la invocación del principio in dubio pro reo, que como es sabido solo se vulnera si el Tribunal resuelve sus propias dudas, o sea las suyas, no las del recurrente, en sentido desfavorable.

C) El camino discursivo que enlaza esa convicción del Tribunal con el material objetivo de la prueba de cargo, se desarrolla en este caso de manera absolutamente lógica y razonable. En efecto contó la sala con la pormenorizada descripción por parte de la víctima del engaño sufrido, y con la identificación de los acusados siendo esa declaración testifical la prueba principal. Contó además con las declaraciones de los acusados, que como en el caso de Emmanuel, explicaron la escenificación del timo, o como en el caso de los demás les fueron ocupados elementos materiales de la estafa perpetrada, como billetes tintados encontrados en la casa de Sabino , o botellines de reactivo incautados en el equipaje de Millán , y una tarjeta de la víctima en poder de Sergio . Elementos estos que no hacen sino corroborar objetivamente es decir coadyuvar a la eficacia demostrativa que por sí misma ya tiene la muy precisa y detallada declaración testifical prestada por la víctima de la estafa. A todo lo cual se suma la ausencia de verosímiles explicaciones alternativas, como sucede con la explicación por Sabino de poseer billetes tintados como los usados para el timo, porque se le pidió que los guardara sin saber por qué y para qué o la más singular de Millán explicando al Tribunal que los botellines de reactivo de su equipaje contenían en realidad un medicamento de hierbas africanas para su hermana que padecía malaria, siendo así que los botellines requisados habían reventado cuando estaban en el depósito por efecto de los gases del reactivo, lo que da buena cuenta de la supuesta naturaleza medicinal de la pócima embotellada.

En definitiva: La Sala establece un concreto relato histórico de hechos probados asentados en pruebas de cargo lícita, válidamente practicadas en juicio oral y público, bajo el principio de inmediación y que el Tribunal pondera y valora con criterios lógicos y razonables que explicita en una extensa motivación, que en esta vía casacional no aparece como ilógico, absurda o irrazonable.

Por lo expuesto se desestima el motivo primero de cada uno de los tres motivos.

CUARTO

El motivo segundo del recurso de Millán , sin correlación con ninguno otro de los restantes recursos, denuncia por la vía del art. 5.4 de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#)), como consecuencia de aceptarse "medios de prueba no practicados en el juicio oral intervenciones telefónicas no practicadas y reconocimiento fotográfico, y el efectuado en el acto del juicio oral con las debidas garantías (sic), así como la analítica en la que -añade el recurrente literalmente- se concluye con (sic) los botellines que portaba el Sr. Millán en su maleta eran reactivos tóxicos".

Es difícil comprender qué se quiere decir con lo expuesto en esos términos pero parece que el recurrente, por lo que luego expone en el motivo, plantea una queja triple:

a) Con relación a las escuchas telefónicas, no se cuestiona un problema de licitud, sino de validez probatoria en el ámbito de la legislación ordinaria. Pero lo cierto es que ni las partes interesaron su audición en el Juicio ni la Sala de instancia las considera para nada al hacer un relato de hechos que se fundamenta en las declaraciones testimoniales de la víctima, en las confesiones y explicaciones de los acusados y en los hallazgos tenidos como objetivamente corroborantes de la declaración de aquel; b) Respecto al reconocimiento fotográfico sobre álbumes policiales, ningún valor tienen en el razonamiento de la Sala que se apoya en la declaración de la víctima en el juicio oral, donde reconoció a los acusados a presencia del Tribunal; y c) Con relación a la ausencia de pericial sobre el líquido contenido de los botellines, el hecho de que estallaran por compresión de gases hace obviamente innecesaria cualquier pericial sobre su supuesta naturaleza medicinal para curar la malaria.

Por lo expuesto se desestima el motivo segundo del recurso de Millán .

QUINTO

- La impugnación de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de estafa del art. 248.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , es el objeto del motivo cuarto del recurso de Millán , cuarto del recurso de Olegario , y del recurso de Sabino y de Sergio ; todos ellos amparados en el art. 849.1º de la LECriminal (LEG 1882, 16) en su alegación de que no concurren las exigencias del delito de estafa, porque falta un engaño bastante, suficiente e idóneo, para causar error, que aquí se produjo por la ausencia en la víctima de medidas de **autoprotección** .

1. - Como ya señaló esta Sala en Sentencia de 19 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4485) y en Sentencia 1435/2001 de 18 de julio (RJ 2001, 7272) , el engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (Sentencias de 13 de enero de 1992 (RJ 1992, 2571) ; 3 de julio de 1995 (RJ 1995, 5548) ; 3 de abril de 1996 (RJ 1996, 2871)). De este modo el criterio de valoración, -dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10161) - viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: **a)** se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2644)); **b)** pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; **c)** se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o

ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

2. - En el caso presente el engaño descrito en el relato histórico de la Sentencia, aunque no se considere apto para embaucar a la mayoría de las personas lo es para las especialmente crédulas o confiadas, cuya detección precisamente constituye una de las habilidades del timador. De modo que lo que pudiera considerarse a priori como un engaño ineficaz en términos generales resulta perfectamente adecuado para engañar a ciertas personas solo porque su credulidad y propia vulnerabilidad hace que ese mismo engaño sea para ellas el adecuado, para inducirles a error en su perjuicio. No se trata aquí de una equivocación fundada en un negligente actuar contrario a deberes de vigilancia y control preexistentes, sino de un error derivado de la aptitud y capacidad engañosa que para una concreta víctima, especialmente crédula tenía el engaño hábilmente desplegado por los acusados ante ella.

Los motivos referenciados, por todo lo expuesto se desestiman.

SEXTO

Los motivos quinto y sexto del recurso de Millán , y parte del motivo tercero del formalizado por Sabino y Sergio , se dirigen a impugnar la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1. 6º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) , en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos, apreciable cuando revistan especial gravedad atendiendo a los criterios de valoración recogidos en el precepto.

La impugnación descansa en la inexistencia de prueba sobre lo que el recurrente llama la "preexistencia del dinero", es decir la cantidad entregada por la víctima en virtud del engaño sufrido (motivo quinto) de lo que vendría a resultar la inaplicabilidad del subtipo agravado (motivo sexto); criterio sostenido igualmente por el motivo tercero del otro recurso mencionado antes.

Con independencia de que los referidos motivos quinto y sexto de Millán , se amparan en la vía casacional del art. 849.1º , destinada a combatir las calificaciones jurídicas a partir de un estricto y riguroso respeto de los hechos probados (art. 884.3º de la [LECriminal \(LEG 1882, 16\)](#)), es lo cierto que la cuantía defraudada en este caso se apoya tanto en la declaración de la víctima como en el testimonio de los empleados bancarios que a instancia de aquella prepararon las cantidades que luego la víctima entregó en sucesivas ocasiones a los defraudadores.

Por ello los motivos referidos, quinto y sexto de Millán y parte del tercero de Sabino y Sergio , se desestiman.

SÉPTIMO

- El motivo séptimo de Millán , el quinto de Olegario , y parte del tercero de Sabino y de Sergio , amparados por el art. 849.1º de la LECriminal denuncian la indebida aplicación del art. 74 del Código Penal .

Alegan los recurrentes que no concurre la continuidad delictiva en el delito de estafa, porque no hay más que una acción natural desarrollada en el tiempo.

En este punto los recurrentes tienen razón:

1. - La jurisprudencia acertadamente invocada por los recurrentes, exige para el delito continuado: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario o de aprovechamiento de idénticas ocasiones pero en las que el dolo surge en cada una de las situaciones concretas; d)

homogeneidad en el modus operandi, lo que significa uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) el elemento narrativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) que existe cierta conexidad temporal, ([SS 24 de septiembre de 2008 \(RJ 2008, 5601\)](#) , [5 de noviembre de 2008 \(RJ 2009, 555\)](#) , [17 de diciembre de 2008 \(RJ 2009, 131\)](#) , entre otras muchas).

2. - En este caso las sucesivas entregas de dinero por la víctima, se produjeron en momentos distintos pero a impulso de un mismo estado de errónea creencia acerca de las supuestas propiedades de los billetes tintados que habían de recuperar el aspecto normal según los métodos e instrumentos facilitados por los estafadores. El error es uno sólo, aunque mantenido de forma estable por los autores conforme se desenvolvían los acontecimientos en el tiempo. No hay sucesivas acciones iguales pero diferenciables y separadas, ni hay un renacimiento del dolo criminal en cada una de ellas, sino un sólo plan criminal, con un único dolo inicial mantenido que provoca el error en el destinatario, quien desenvuelve su perjudicial disposición mediante sucesivas entregas, aunque los autores aseguran manteniendo estable la errónea creencia provocada desde el principio.

No hay sucesión de estafas sino una sola estafa y una sola defraudación ejecutada por sucesivas disposiciones realizadas en virtud de un solo estado de error.

Por lo expuesto procede estimar los recursos en lo que atañe a la impugnación del delito continuado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Millán , contra [Sentencia dictada por la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca \(JUR 2010, 309034\)](#) , que le condenó por un delito continuado de estafa, por estimación del motivo séptimo de su recurso , y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Millán , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación del motivo quinto de su recurso , que le condenó por un delito continuado de estafa, por estimación del motivo quinto de su recurso , con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Sabino y Sergio , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación parcial del motivo tercero de su recurso , que le condenó por un delito continuado de estafa, con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Mayo de dos mil once.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Palma de Mallorca, fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y que fue seguida por un delito continuado de stafa de especial gravedad por el valor de la defraudación contra Olegario , Sabino , Sergio y Millán , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala

Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y los Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- Los Hechos declarados Probados constituyen un delito de estafa del art. 248 y 250.1 6º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) que no es apreciable como delito continuado del art. 74 del Código Penal , por las razones ya expuestas en nuestra Sentencia de Casación que damos en esta segunda por reproducidas.

SEGUNDO

.- En lo demás se confirman los Fundamentos de la Sentencia de instancia que aquí damos por reproducidos.

TERCERO

.- Por los propios criterios de individualización de las penas contenidos en la Sentencia de instancia, pero partiendo de la pena establecida en el art. 250.1º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) procede imponer a los autores la de prisión e CUATRO AÑOS, y a los cómplices la de diez meses de prisión.

III. FALLO

1

- Condenamos a los acusados Olegario Y Millán como autores de un delito de estafa de especial gravedad por el valor de lo defraudado a la pena de cuatro años de prisión, y a Sabino y Sergio como cómplices del mismo delito a la pena de diez meses de prisión.

2

- En lo demás no modificado por el anterior pronunciamiento confirmamos los restantes de la Sentencia de instancia, que en ésta damos por reproducidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 1 (B): STS 13.5.1997, núm 655/1997 – “vendo licencias”

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 42/1996

Ponente: Excmo Sr. Enrique **Bacigalupo Zapater**

«Jerónimo M. había alquilado un local en el que tenía el propósito de instalar un negocio de hostelería y tenía que llevar a cabo ciertas reformas, para lo cual necesitaba la oportuna licencia de obras y autorizaciones administrativas que eran competencia del Concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Moncloa. Le surgieron una serie de problemas en cuanto a su obtención y, en esta situación, conoció a Emilio F., quien ostentaba en dicha Junta un cargo que carecía de atribuciones decisorias sobre la concesión de licencias de obras y de apertura de locales comerciales. Éste se ofreció a resolver los problemas de Jerónimo, aduciendo, pese a carecer de ellas, tener las influencias y contactos suficientes. A cambio exigía recibir una cierta cantidad de dinero: Jerónimo creyó a Emilio y le entregó 200.000 pesetas en efectivo el día 17 de Abril de 1991. Posteriormente, Emilio le comunicó que necesitaba 500.000 ptas. más para hacer una serie de regalos a los funcionarios de la Sección de Obras de dicha Junta, y se citaron para ello el día 25 de abril de 1991. Jerónimo puso los hechos en conocimiento de la autoridad y, bajo su vigilancia, realizó la entrega del dinero — dos cheques al portador librados contra su cuenta corriente por importe de 200.000 y 300.000 pesetas—, intervinieron los Agentes de Autoridad, detuvieron a Emilio, y le ocuparon los cheques reseñados.»

La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 8-11-1995 condenó al acusado Emilio Félix F. S. como autor de un delito continuado de estafa, a la pena de cuatro meses de arresto mayor, debiendo indemnizar en 200.000 ptas. al perjudicado Jerónimo M. M.

Contra la anterior resolución recurrió en casación el acusado alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El TS *declara haber lugar* al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado Emilio Félix F. S. como autor de un delito de estafa en grado de frustración, a la pena de 1.000.000 de ptas., decretando el comiso de la cantidad recibida por el condenado de 200.000 ptas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Alega en primer término el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [[RCL 1978\2836](#) y ApNDL 2875]), basándose en que «la única prueba existente (...) es precisamente la declaración del denunciante» que contradice las declaraciones de los testigos «que no eran sospechosos de amistad» con el recurrente.

El motivo debe ser desestimado .

El recurrente plantea una cuestión de hecho, dado que su impugnación del fallo de la sentencia se basa en cuestionar la credibilidad de las declaraciones que el acusado y los testigos prestaron en el juicio. Tales cuestiones, como lo viene reiterando constantemente esta Sala son ajenas al objeto del recurso de casación, pues en éste no se prevé una repetición de la prueba que permitiría un juicio sobre la prueba que respetara el principio de inmediación y oralidad. Es evidente que la inmediación y la oralidad no son

suficientes para determinar si un testigo es veraz o no, pero también lo es que sin ellos es imposible juzgar sobre la credibilidad de las declaraciones de acusados y testigos.

SEGUNDO.-

El restante motivo del recurso se basa en la infracción del art. 528 CP 1973 ([RCL 1973\2255](#) y NDL 5670). Sostiene en apoyo de su tesis el recurrente que no ha existido engaño suficiente «para determinar el acto de disposición», dado que «malamente podría existir un engaño en la actitud de mi representado -dice la Defensa- para inducir a otra persona, cuando precisamente esa persona, desde luego, no es engañada». Al respecto dice el recurrente que ello se deriva de la propia actitud del perjudicado que puso en conocimiento de la Policía la grabación de las manifestaciones del acusado. Asimismo el recurrente cuestiona los restantes elementos del tipo de la estafa.

El motivo deber ser estimado parcialmente .

1. El engaño de la estafa se debe apreciar cuando el autor afirma como verdadero algo que no lo es o cuando oculta algo verdadero para impedir que el otro lo conozca. Tales elementos se dan perfectamente en el caso que estamos tratando. En efecto, el recurrente afirmó como verdadero que «tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas» de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto. En consecuencia no cabe duda de que hubo engaño. También se dan el error y la disposición patrimonial, así como los elementos subjetivos propios de este delito.

Sin embargo, lo que no se da es el perjuicio patrimonial, dado que este concepto no puede ser entendido de una manera puramente económica, como lo hace la concepción económica del patrimonio. En efecto, el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal (STS 23 abril 1992 [[RJ 1992\6783](#)]). De acuerdo con esta noción se debe partir del carácter patrimonial de los bienes objeto de protección, pero la misma sólo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 Código Civil, o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir.

En este sentido, el titular de un patrimonio que «compra influencias» de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido. Cierto es que el art. 529.6 CP prevé una circunstancia agravante para el caso en el que el engaño consiste en influencias mentidas o en el pretexto de remuneración de funcionarios públicos. Sin embargo, no se podría sostener que esta disposición desautoriza el punto de vista que se viene sosteniendo. En efecto, la agravación contenida en el art. 529.6.º CP 1973 (ya eliminada de las agravantes específicas de la estafa en la nueva redacción del art. 250 CP vigente) no se fundamentaba en la calidad de funcionario del autor, sino en el mayor disvalor del resultado, consistente en el peligro generado por el engaño para el honor del funcionario implicado falsamente. Por ese motivo, el propio texto legal establecía que la agravante se aplicaría «sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos (a los funcionarios públicos) corresponda». De todo ello se deduce que el art. 529.6.º CP 1973 no es aplicable en casos como éste, porque el funcionario que ofrece influencias mentidas carece de honor protegible por el ordenamiento jurídico.

2. Esta Sala no puede dejar de expresar su sorpresa por el inexplicable error de las acusaciones al abandonar en las conclusiones definitivas la calificación de cohecho (art. 386 CP 1973) que habían mantenido en las provisionales, aunque omitiendo, también erróneamente, acusar al supuesto perjudicado por el primero de los hechos sobre la base del art. 391 Código Penal. En efecto, el señor don Jerónimo M. M., al que se ha permitido ejercer la acusación particular, no es un perjudicado por el primero

de los hechos probados, es decir, por aquél que consiste en haber entregado 200.000 ptas. el 17 de abril de 1991, dado que sabía que compraba influencias de un funcionario, que luego resultaron inexistentes. Se trata, en consecuencia del autor de un delito de cohecho activo del art. 391 CP y no de un perjudicado por un delito de estafa. Indudablemente esta Sala no puede corregir, como tampoco lo pudo la Audiencia, esta injusta situación de impunidad que beneficia a un corruptor de funcionarios, dado que no ha existido acusación al respecto ni recurso que lo permita.

3. De la no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa se derivan dos consecuencias: en primer término el delito no se ha consumado y debe ser sancionado como una tentativa acabada (delito frustrado), dado que la prohibición de «reformatio in perjus» nos impide sancionar por un concurso real de dichos delitos de estafa (el del 17 de abril de 1991 y el del 25 de abril de 1991); en segundo lugar no cabe reconocer al supuesto perjudicado derecho alguno de indemnización, dado que las 200.000 ptas. entregadas son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados (art. 48 CP 1973). En la medida en la que el comiso es una consecuencia accesoria de la calificación penal de los hechos probados, resulta también una consecuencia de la estimación parcial del motivo del recurrente.

Caso 2: STS 20.4.2007, núm 307/2007 - “letras”

[palabras clave: engaño burdo - engaño “penalmente permitido” - engaño típico; incumbencias de autoprotección del engañado, “desprotección” voluntaria, estafa y abuso de confianza; deslealtad del engañado en la estafa en triángulo]

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 2022/2006

Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

La Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sección Segunda, con fecha 15-05-2006, dictó Sentencia en la que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa agravada, con la concurrencia respecto del delito de estafa de la atenuante del art. 21.5 del CP, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses con cuota diaria de 6 euros, por el delito continuado de falsedad, y un año y seis meses de prisión, con la misma accesoria, y multa de siete meses con igual cuota, por el delito continuado de estafa.

Contra la anterior Resolución el acusado y la acusación particular interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

En la Villa de Madrid, a veinte de abril de dos mil siete.

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Andrés y “BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO” (Acusación Particular), contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gran Canaria (Sección Segunda), con fecha quince de mayo de dos mil seis, en causa seguida contra Andrés y Rebeca por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Andrés representado por la Procuradora Doña María Cristina Huertas Vega y el Banco Santander Central Hispano representado por el Procurador Don Esteban Jabardo Marareto.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número uno de los de Las Palmas de Gran Canaria, incoó Procedimiento Abreviado con el número 306/2002 contra Andrés y Rebeca, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gran Canaria (Sección Segunda, rollo 231/2004) que, con fecha quince de mayo de dos mil seis (PROV 2006\ 206692), dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

”Son hechos probados, y así se declara expresamente, que el acusado, Andrés, mayor de edad, sin antecedentes penales, en el año 1998 ostentaba la condición de administrador único de las mercantiles Burcar y Susancar, de las que eran socios él y su esposa, la también acusada Rebeca mayor de edad, sin antecedentes penales. Dichas sociedades tenían suscritos, cada una de ellas, sendas pólizas de negociación de letras de treinta millones de pesetas, en virtud de los cuales las mismas vinieron presentando, en la sucursal que Banco Santander Central Hispano tenía en la calle Juan Rejón de Las Palmas de Gran Canaria, durante años gran cantidad de efectos (letras de cambio y pagarés, básicamente) para su descuento y consiguiente abono de su importe en las cuentas de las que eran titulares, relaciones comerciales que habían venido siendo satisfactorias para ambas partes. En los primeros meses del año 1998, y con la finalidad de obtener liquidez que los negocios de ambas sociedades precisaban, el acusado confeccionó por lo menos veintidós letras de cambio, identificadas con los número NUM000, NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, NUM009, NUM010 (en las que aparecen como libradoras las mencionadas Susancar y Burcar y firmadas como tal por el acusado, salvo en la NUM011, que aparece firmada por la acusada, Rebeca, y constando como librada la mercantil Novolar, SL, apareciendo firmado y sellado el acepto de cinco de ellas) y números NUM012, NUM013, NUM014, NUM015, NUM016, NUM017, NUM018, NUM019, NUM020, NUM021, NUM022 (en el que aparecen como libradoras las mencionadas Susancar y Burcar y firmadas como tal por el acusado, constando como librada la mercantil Pesquerías Estévez Lino, SA, apareciendo firmado el acepto de todas ellas y sellado en cinco casos) Dichas letras de cambio no reflejaban una operación mercantil existente, de hecho en el caso de Novolar dicha sociedad jamás tuvo relaciones comerciales con Susancar y Burcar, y en el caso de Pesquerías Estévez Lino sus operaciones comerciales fueron anteriores a la emisión de dichas letras de cambio en las que, además, con el objetivo de reforzar la seguridad en su cobro, el acusado, por sí o con la ayuda de un tercero, simuló la firma de los administradores de dichas sociedades, y en algunas incluso el sello. Tales instrumentos financieros, cuyo importe ascendía, s.e.u.o involuntario a 79.834.626 pesetas, (479.869, 86 euros), junto a otros que sí que correspondían a operaciones reales, fueron presentados para su descuento en la oficina del Banco Santander Central Hispano entre los meses de febrero y abril de 1998 por el acusado, Andrés, salvo en dos casos en los que la presentación de las mismas cumplían con todas las formalidades exigidas a tales documentos y de las relaciones comerciales previas que entre el banco y Burcar y Susancar se habían venido desarrollando, fue abonado su importe en las cuentas correspondiente de las mercantiles Susancar y Burcar, con el descuento oportuno a favor de la entidad de crédito, que se destinó a atender las necesidades de las mismas. Las letras, a su vencimiento, entre mayo y septiembre de 1998, resultaron impagadas no pudiéndose lograr por el banco la recuperación del dinero satisfecho mediante su cobro a Susancar y Burcar por no existir saldo a favor de las sociedades en sus cuentas y mediante su cobro a las entidades libradas y, en muchos casos, aceptantes, por negarse al abono de las letras las libradas por no responder a las mismas a deuda alguna y no haber sido firmados y sellados sus aceptos por sus administradores o representantes. Posteriormente a estos hechos los acusados han venido abonando a Banco Santander Central Hispano diversas cantidades de dinero que ascienden a unos ochenta y dos millones de pesetas (492.829, 92 euros).- No se ha acreditado que la acusada, Rebeca se concertase con Andrés para ejecutar tales actos ni que tuviese conocimiento de los mismos. (sic)

SEGUNDO La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

”QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Andrés, ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de UN DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL EN CONCURSO MEDIAL CON UN DELITO CONTINUADO DE ESTAFA AGRAVADA, de los apartados 3, 6 y 7 del número 1 del art. 250 del CP (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), en grado de consumación, ya definidos, con la concurrencia respecto del delito de estafa de la atenuante del art. 21.5 del CP, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO Y NUEVE MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y MULTA DE NUEVE MESES CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, por el delito continuado de

falsedad, y PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y MULTA DE SIETE MESES CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, por el delito continuado de estafa, quedando sujeto, en caso de impago de cualesquiera de las multas, a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, al abono de la mitad de las costas procesales incluidas, en dicha proporción, las de la acusación particular.- QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Rebeca de los delitos de falsedad documental y estafa que le imputaban el Ministerio Fiscal y la acusación particular en esta causa declarando de oficio la mitad de las costas procesales.- Se reservan a favor de Banco Santander Central Hispano las acciones civiles que pudieran corresponderle para reclamar los importes no satisfechos por los acusados en relación con las letras de cambio y demás efectos presentados en esta causa.” (sic)

TERCERO Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por las representaciones de Andrés y la Acusación Particular “Banco Santander Central Hispano”, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO El recurso interpuesto por la representación del recurrente “Banco Santander Central Hispano” (Acusación Particular) se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16) por error de hecho en la valoración de la prueba en relación con la absolución de Rebeca, la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777) respecto al delito de estafa por el que se condena a Andrés y la limitación de la responsabilidad civil a la cantidad de 79.843.626 ptas.

QUINTO El recurso interpuesto por la representación del recurrente Andrés se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Por infracción de Precepto Constitucional, en virtud del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\ 16).

2.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber incurrido la sentencia en error de derecho.

3.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entendiéndose que el delito de falsedad documental ha prescrito.

SEXTO Instruido, de ambos recursos, el Ministerio Fiscal, los impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día trece de abril de dos mil siete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Andrés

PRIMERO El acusado ha sido condenado en la sentencia de instancia como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada del artículo 250.1, apartados 3, 6 y 7, con la concurrencia de la atenuante del artículo 21.5 todos del Código Penal (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), en el delito de estafa, a la pena de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses por el delito continuado de falsedad y un año y seis meses de prisión y multa de siete meses por el delito de estafa.

Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando cuatro motivos. En el primero de ellos, sustancialmente coincidente con el tercero, aunque por distintas vías de impugnación, denuncia que no se deduce de los hechos de la sentencia ni de las pruebas practicadas la existencia de engaño precedente o concurrente y bastante. Señala que el Banco había asumido riesgos respecto de las empresas del recurrente que exigían una especial cautela si fueran sobrepasados, como efectivamente ocurrió; que las mayoría de las letras estaban sin aceptar, lo que las hacía inidóneas para el descuento, teniendo las aceptadas, además, un sello burdo en el acepto; y cita sentencias de esta Sala acerca de la exigencia de un dolo inicial en los casos de descuento bancario.

La cuestión está correctamente resuelta en la sentencia impugnada. El tipo objetivo del delito de estafa exige la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error esencial que le induzca

a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. De un lado, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor; y de otro, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal disposición tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

En relación con el primer aspecto, es decir, la idoneidad del engaño, decía la sentencia núm. 895/03 de 18 de junio (RJ 2003\ 5379), citada por la STS núm. 994/2006, de 9 de octubre (RJ 2006\ 6600), que “la Ley requiere que el engaño sea “bastante” y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico o de efectividad, sino normativo- abstracto y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado. Con esto quiere decirse -según la misma resolución- que lo exigido es un engaño de calidad, escenificado de forma que sustraerse a él, en las condiciones dadas, presentase cierto grado de dificultad. Que es lo único que podría justificar el esfuerzo estatal de protección del bien jurídico en riesgo”.

De otro lado, esta Sala ha aceptado finalmente la posibilidad de la existencia de engaño bastante para apreciar un delito de estafa en el marco de un contrato de descuento bancario tras el Pleno no jurisdiccional de 28 de febrero de 2006 (PROV 2006\ 103395), en el que se acordó por mayoría que “El contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en un momento posterior, durante la ejecución del contrato”. Criterio que fue seguido en algunas sentencias posteriores a esa fecha como la STS núm. 62/2006, de 5 de mayo (RJ 2006\ 3970); STS núm. 852/2006, de 26 de julio (RJ 2006\ 6331); y STS núm. 900/2006, de 22 de septiembre (RJ 2007\ 1677).

Las dudas, que dieron lugar a líneas jurisprudenciales distintas, unificadas tras el Pleno anteriormente mencionado, podrían haber surgido al considerar que en el inicio de las operaciones, es decir, en el momento de perfección del contrato, no existía en el autor ningún propósito defraudatorio. Sin embargo, en realidad, la ejecución del contrato de descuento bancario se produce en cada una de las operaciones, es decir, en cada ocasión en la que se presenta al banco un efecto de los pactados para su descuento, pues en cada una de esas ocasiones tiene lugar un acto de disposición consistente en la entrega de su importe a quien lo presenta, descontando las cantidades que corresponden al banco. Por lo tanto, es posible que en cada operación, o en unas o en otras, esté presente el engaño, que siempre será anterior o concurrente al desplazamiento patrimonial concreto de esa operación y causa del mismo.

En realidad, el recurrente se queja de la falta de idoneidad del engaño en relación con las obligaciones de autotutela que corresponderían a la entidad engañada. En este sentido, hemos dicho en alguna ocasión (STS núm. 527/2004, de 26 de abril [RJ 2004\ 3659]), que alguna clase de precauciones pueden ser exigibles en la víctima, en función del caso concreto, para evitar el engaño. Así como determinadas conductas que faltan en parte a la verdad en la presentación de una operación mercantil pueden ser valoradas como adecuadas socialmente, también puede considerarse de la misma forma la observancia de una mínima diligencia orientada a la protección frente a posibles engaños. Sin embargo, la exigencia de una cierta diligencia en la puesta en marcha de los deberes de autoprotección no puede llevarse hasta el extremo de significar la imposibilidad real y efectiva de la estafa, toda vez que su eficacia la excluiría en todo caso, ni tampoco puede conducir a instaurar en la sociedad un principio de desconfianza permanente que obligue a comprobar exhaustivamente toda afirmación de la contraparte negocial. La diligencia exigible será la propia del ámbito en que se desarrollen los hechos según los usos habituales en el mismo, de forma que la omisión de aquélla

podiera considerarse una conducta excepcional, por su negligencia evidente. De otro lado, las circunstancias del caso concreto pueden conducir a considerar adecuada al uso social, al que antes se hizo referencia, la debilitación de ese deber de autoprotección, precisamente porque los mecanismos utilizados por el autor del hecho inciden directamente sobre aquél. Podemos afirmar en definitiva que el engaño será bastante si ha sido capaz de provocar un error en el sujeto pasivo que éste no debiera haber evitado mediante una conducta diligente, exigible en cuanto socialmente adecuada en el marco del hecho concreto ejecutado (STS núm. 956/2003, de 26 de junio [RJ 2003\ 6249]).

En el caso, sin embargo, la conducta delictiva del acusado se produce en el marco de la ejecución de un contrato de descuento bancario que se desarrollaba con absoluta normalidad, respetando cada parte las obligaciones contraídas. Las letras que en la sentencia se dice que fueron falsificadas se presentan al descuento entre otras muchas, unas aceptadas y otras no, giradas contra dos empresas concretas con las que las entidades que el acusado dirigía mantenía desde hacía tiempo relaciones comerciales presididas por la normalidad, de forma que, aun cuando el Banco hubiera sobrepasado los riesgos inicialmente concedidos, no había razones objetivas para dudar de realidad de las operaciones subyacentes, de la corrección mercantil del negocio cambiario ni de la solvencia, tanto del acusado como de las empresas que aparecían como libradas en los efectos descontados, ni tampoco para suponer que algunas de las letras, dentro de otras muchas legítimas, habían sido falsificadas con la finalidad de defraudar a la entidad bancaria. En nada afecta a estas consideraciones el hecho de que algunas de las letras no estuvieran aceptadas, pues la confianza generada por las operaciones anteriores o simultáneas incluían el giro de efectos no aceptados que eran puntualmente atendidos, ni tampoco el que el sello de la empresa pudiera calificarse como burdo, pues no consta que la presencia de otra clase de sello fuera condición de la validez del efecto en cuestión.

Por lo tanto, ambos motivos se desestiman.

SEGUNDO En el motivo segundo por la vía del artículo 849.1º de la LECrim (LEG 1882\ 16), denuncia la aplicación indebida de los artículos 248.1 y 250.1 apartados 3, 6 y 7 del Código Penal (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), pues entiende que no se ha podido acreditar el importe económico de la supuesta estafa, declarándose que se ha devuelto un importe superior, por lo que no es posible la aplicación del subtipo agravado.

El motivo debe ser desestimado. En el hecho probado de la sentencia se establece con claridad que el importe de lo defraudado asciende a 79.843.626 pesetas, equivalente a 479.869, 86 euros. El cálculo se ha efectuado por el Tribunal en función del importe obtenido en el descuento de las letras cuya falsificación ha considerado acreditada el Tribunal, respecto de lo que nada dice el recurrente. Por lo tanto, nada impide la aplicación del artículo 248 y del subtipo agravado por la especial cuantía de lo defraudado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO En el cuarto y último motivo sostiene que debió apreciarse la prescripción de los delitos de falsedad, pues la última letra, librada en febrero o marzo, tenía su vencimiento en septiembre de 1998 y la querrela se presentó en enero de 2002, datando el auto de incoación de diligencias previas del 20 de febrero siguiente.

La doctrina de esta Sala ha entendido que en los casos de concurso medial, los distintos delitos que lo integran constituyen una unidad, lo que precisamente explica el tratamiento penológico que el artículo 77 del Código Penal (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777) le dispensa, de manera que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. De esta forma la prescripción se produce de modo conjunto, y los plazos a considerar no son los que corresponden aisladamente a cada delito, sino que debe tenerse en cuenta el plazo correspondiente a la infracción más grave. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS núm. 1242/2005, de 3 de octubre (RJ 2006\ 3328) y la STS núm. 979/2005, de 18 de julio (RJ 2005\ 6656), que a su vez cita la STS núm. 590/2004, de 6 de mayo (RJ 2004\ 5018) y la STS núm. 630/2002, de 16 de abril (RJ 2002\ 4210).

En el caso, al delito de estafa le correspondería una pena de prisión comprendida entre un año y seis años, lo cual supone un plazo de prescripción de diez años, que evidentemente no había transcurrido entre la ejecución de los hechos y la presentación de la querrela que da lugar a la actuación judicial.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Recurso de la acusación particular

CUARTO También la acusación particular interpone recurso de casación contra la sentencia de instancia, formalizando un único motivo al amparo del artículo 849.2º de la LECrim (LEG 1882\ 16), alegando su disconformidad con la absolución de Rebeca, con la apreciación de la atenuante de reparación y con la limitación de la responsabilidad civil a la cantidad de 79.843.626 pesetas.

Los requisitos exigidos por la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En principio, el motivo debería ser desestimado por razones formales, pues el recurrente no designa documento alguno del que pueda deducirse el error de hecho del Tribunal. Respecto de la primera cuestión señala que la citada Rebeca intervenía activamente en la gestión de las sociedades pues firmó varias letras como libradora. El argumento, basado indirectamente en las letras firmadas por la citada que operarían implícitamente como documento a los efectos del artículo 849.2º de la LECrim, no es convincente en orden a lo pretendido. La firma de varias letras de las presentadas al descuento, en sí misma considerada, no significa necesariamente que quien lo hace intervenga activamente en la gestión, pues puede limitarse a firmar por indicación de otro que es quien realmente gestiona. En cualquier caso, no demuestra que esa persona conociera que las letras que firmaba no correspondían a previas actuaciones realizadas por el acusado como administrador y, menos aún, que las firmas de los aceptos estuvieran falsificadas. Por lo tanto, del dato señalado no se obtiene con certeza la autoría de la acusada absuelta.

En segundo lugar, se queja el recurrente de la aplicación de la atenuante de reparación, pues afirma que la cantidad entregada corresponde en parte al pago de dos descubiertos. Sin embargo, su alegación no viene acompañada de la designación de los documentos que acrediten este dato, por lo que no puede ser aceptada en contra del hecho no controvertido de la entrega de cantidades que, en realidad, superan el importe de lo defraudado.

Y en tercer lugar, en relación a la limitación de la responsabilidad civil a la cantidad de 79.843.626 pesetas, dice el recurrente que todas las letras estaban falsificadas y que no se ha demostrado que las no incluidas fueran auténticas. Parte el motivo de bases erróneas. En primer lugar porque la presunción de inocencia impide partir de la existencia del hecho delictivo requiriendo del acusado la demostración de su inexistencia. En el caso, hubiera sido preciso demostrar la falsedad de las letras para poder incluirlas en la acción delictiva. No ocurrió así, según el criterio del Tribunal y el recurrente no aporta ningún dato documental que permita la modificación del relato fáctico. En segundo lugar, la responsabilidad civil se limita a la derivada del delito y en el caso la defraudación delictiva, según resulta del relato fáctico, ascendió a la cantidad antes dicha, que opera como límite máximo de la indemnización ante la ausencia de otros perjuicios acreditados.

Por todo ello, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuestos por las representaciones de Andrés y “BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO” (Acusación Particular) contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gran Canaria (Sección Segunda), con fecha quince de mayo de dos mil seis (PROV 2006\ 206692), en causa seguida contra Andrés y Rebeca por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en los recursos interpuestos y la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular, y su ingreso en el Tesoro Público.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca José Antonio Martín Pallín
PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 2: Sentencia Audiencia Provincial* de Madrid 15.6.2011, núm. 743/2011 – “tarjetas ajenas”

* a partir de ahora: SAP

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 106/2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael **Mozo Muelas**

ROLLO RP Nº 106/11

JUZGADO DE LO PENAL Nº 15 DE MADRID

JUICIO ORAL 99/09

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS. SRES. DE LA SECCIÓN 23ª

Dª OLATZ AIZPURUA BIURRARENA

D. RAFAEL MOZO MUELAS

D. JESUS EDUARDO GUTIERREZ GOMEZ

SENTENCIA Nº 743/11

En Madrid, a 15 de Junio de 2011.

VISTA, por esta Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y en grado de apelación la presente causa nº 99/09, procedente del Juzgado de lo Penal nº 15 de Madrid seguida por delito de estafa y falsedad documental, siendo apelante, Sara , representada por el procurador Sr.Pujol Varela y defendido por la letrada Sra. García Romo.

Ha sido parte apelante el Mº Fiscal y ponente el Magistrado Dº RAFAEL MOZO MUELAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la causa mencionada, con fecha 7 de Junio de 2010, el juzgado de lo penal nº 15 de Madrid, dicto sentencia , cuya parte dispositiva dice: "Valorando en conciencia la prueba practicada resulta probado y así se declara que los días 17, 18 y 19 de marzo de 2008, la acusada Sara , mayor de edad, nacida el 8 de julio de 1996, de nacionalidad española, con DNI NUM000 , hija de Julio de María Luisa, con domicilio en la calle DIRECCION000 NUM001 , NUM002 , de Madrid, sin antecedentes penales, con el ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito, realizó diversas compras de artículos en establecimientos de la cadena EL CORTE INGLES de la localidad de Madrid, por un valor total de 2.609.,30 euros, utilizando sin autorización de su titular la tarjeta de compras de El Corte Ingles expedida a nombre de Emilia y contra cuya cuenta bancaria se cargan los importes de las compras efectuadas con dicha tarjeta; a tal fin, la acusada estampó una firma en los talones acreditativos de cada compra una firma que hizo pasar como la de la titularidad legítima del mencionado medio de pago, tarjeta de la que no consta cómo llegó a poder de la acusada, y cuyo extravío o hurto la señora Emilia no había advertido . La señora Emilia y la acusada han sido compañeras de trabajo. No consta que la acusada presentara un documento de identidad a nombre de Emilia a los efectos de identificarse como titular de la tarjeta de crédito.

El día 17 de marzo de 2008, la acusada efectuó tres compras, por importes de 55,359, y 89 euros; el día 18 de marzo de 2008, la acusada efectuó tres compras, por importes de 101,90,582,40, y 739 euros; y el día 19

de marzo de 2008 efectuó una compra de 683 euros; ese mismo día, al tratar de efectuar en el mencionado establecimiento una compra por importe de 280 euros, fue sorprendida por el personal del establecimiento, los cuales procedieron a dar cuenta de los hechos a la Comisaría de Policía Nacional, quienes procedieron a la detención de la acusada.

La acusada, con fecha 28 de marzo de 2008, ha efectuado entrega en efectivo metálico a el Corte Ingles por importe de 2.609,30 euros, a los fines de reintegrar el importe total de las compras efectuadas los días 17, 18 y 19 de marzo de 2.008.

Y el fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a a Sara , mayor de edad, nacida el 8 de julio de 1966, de nacionalidad española, con DNI NUM000 , hija de Julio Y de María Luisa, con domicilio en la DIRECCION000 , NUM001 NUM002 , de Madrid, sin antecedentes penales, como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil prevista y penado en el artículo 390 del Código Penal , en concurso medial con un delito continuado de estafa, previsto y penado en el artículo 248 del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y diez meses de multa a razón de 9 euros de cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del Código Penal ; así como al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Recibidos los autos en esta Sección 23ª, se formó el Rollo nº 106/11 y se efectuó el señalamiento para deliberación y fallo de este recurso, quedando las actuaciones vistas para su resolución.

HECHOS PROBADOS

UNICO

Se aceptan íntegramente los contenidos en la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La defensa de la acusada Sara , invoca la indebida aplicación de los arts. 390.1 en relación con el art. 392 y 74 en concurso con el art. 77,248, 249 y 74 del C. penal , por entender que no concurren los requisitos de los delitos de estafa y falsedad que se imputan a la acusada

Así, la parte apelante cuestiona especialmente la existencia del engaño bastante como elemento esencial del delito de estafa en consideración al lugar en donde se produjeron los hechos, a las personas intervinientes y a las cautelas que se deben adoptar cuando se utiliza una tarjeta de crédito para el pago de los efectos adquiridos.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 30-03-1996 , 17-06-1997 , 4-02-2011 , 14-07-2005 y 22 -12-2009, declaran que el requisito fundamental de la estafa es el engaño que habrá de ser antecedente, causante y bastante, y cuando se proyecta hacia las relaciones contractuales se deben valorar todas las circunstancias concurrentes para comprobar si una de las personas ha sufrido engaño de tal trascendencia y efectividad que realmente fue definitivo para influir en la toma de decisión de la parte que, posteriormente, se considera engañada.

El engaño "bastante" debe valorarse "intuitu personae", teniendo en cuenta las condiciones personales y culturales del sujeto afectado y de la totalidad de las circunstancias del caso concreto (S.T.S. 26-06-200 , 4-02-2002 - y 2-01-2003).

Por tanto, el engaño debe ser bastante para producir error en otra persona, es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero, para traspasar el ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal y, en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, increíble o incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambito social y cultural en que se realiza el negocio. En definitiva, el engaño deber ser antecedente , causante y bastante entendido este último en sentido subjetivo, como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo (S.T.S 4-02-2002 Y 29-06-2002).

SEGUNDO

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta y a la vista de los caracteres que ha de tener el engaño como núcleo del delito de estafa, es preciso subrayar que a la acusada se le imputa el haber realizado varias compras de artículos en establecimientos de El Corte Ingles, utilizando, sin la autorización de su titular, la tarjeta de compras de El Corte Ingles, expedida a nombre de Emilia , y contra su cuenta bancaria se cargan

los importes de las compras efectuadas con dicha tarjeta. A tal fin la acusada estampó una firma en los talones acreditativos de cada compra que hizo pagar como la titular legítima de la tarjeta. No consta que la acusada presentara un documento de identidad a nombre de Emilia a los efectos de identificarse como titular de la tarjeta de crédito.

La acusada, unos días después de efectuar las compras, le entregó a El Corte Inglés 2.609,30 euros en pago del precio total de los efectos adquiridos. La Sala asume el relato fáctico de la sentencia recurrida pues responde a la prueba practicada en el acto del juicio oral, limitándose, por tanto, la cuestión debatida a determinar si concurren o no los requisitos de los delitos de estafa y falsedad por los que ha sido condenada la apelante.

En cuanto a la calibración de un engaño como bastante a los efectos de apreciación del delito de estafa como dice la S.T.S. 2-04-2001 , se plantea aquí la cuestión de si la ley penal debe proteger el patrimonio de quien crea las condiciones para la realización de los hechos que luego estima perjudiciales.

Así, en el supuesto que nos ocupa la acusada efectuó varias compras en establecimientos de El Corte Inglés, utilizando una tarjeta de crédito que no le pertenecía, sin que en ningún momento los empleados del establecimiento le exigiesen la exhibición de algún documento de identidad que le acreditase como legítima titular de la tarjeta de compra.

Como argumenta la defensa de la apelante, la actividad desplegada no requirió ningún tipo de maquinación ni de habilidad, tan solo entregar una tarjeta de crédito de un establecimiento comercial especializado al vendedor que debe saber las precauciones mínimas que tiene que adoptar para evitar la defraudación en los casos que se utilizan como medio de pago unas tarjetas de crédito cuyo uso está sometido a unas determinadas normas, de contenido obligatorio y tan elemental como es solicitar un documento de identidad para comprobar que la persona que utiliza la tarjeta era su legítima titular.

La exigencia de identificar debidamente a la persona que utiliza la tarjeta para abonar las compras efectuadas se acentúa en este caso pues en la tarjeta de El Corte Inglés a nombre de Emilia se ha hecho constar, en el lugar destinado a la firma de la titular, con bolígrafo y letras mayúsculas, las iniciales D.N.I., con lo cual la titular le está exigiendo a El Corte Inglés que identifique debidamente con el D.N.I. a la persona que utiliza la tarjeta.

Por ello, la Sala considera que se impone la absoluciónde Sara por el delito continuado de estafa que venía siendo acusada puesto que los empleados del El Corte Inglés no pusieron diligencia alguna en la comprobación de la identidad de la persona que utilizó la tarjeta de crédito.

Faltando la comprobación mínima por parte de El Corte Inglés, el engaño no puede ser considerada bastante, entendiéndose , por tanto, que no se dan los elementos constitutivos del delito de estafa.

TERCERO

.- En cuanto al delito de falsedad documental se concreta según aparece en el relato fáctico y jurídico de la sentencia recurrida, en haber estampado una firma en los talones acreditativos de cada compra . Se trata de haber efectuado una firma ilegible, en "garabato" en los tickets de compra que la acusada hizo pasar como la de la verdadera titular de la tarjeta.

La falsedad documental exige los siguientes requisitos : 1) el elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, de mutación de la verdad por alguno de los procedimientos del art 390 del C. Penal, 2) que la mutatio veritatis recaiga sobre los elementos esenciales del documento y que tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas con lo que se excluyen de la consideración de delito las mutaciones de verdad inocuas o intrascendentes para la finalidad del documento, y 3) el elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad (S.T.S. 20-04-2007). Cuando la alteración documental es tan burda o grosera que cualquiera puede fácilmente advertirla pierde la capacidad de alterar la fe y confianza que pudiera crear tal mutación y en tales supuestos, no se entiende atacado el bien jurídico protegido (S.T.S 16-10-2003 y 7-06-2006).

En este caso, el primer escollo que se presenta es que solamente obra en la causa un ticket de compra y en el reverso de la tarjeta de El Corte Inglés no consta la firma de Emilia , sino las iniciales D.N.I., con lo cual difícilmente podemos sostener si la firma estampada en el mencionado ticket de compra es un firma imitada o inventada. En segundo lugar, es preciso subrayar , como ya apuntábamos anteriormente, que los empleados de El Corte Inglés que intervinieron en las compras efectuadas por la acusada no efectuaron la

más mínima comprobación de que la firma estampada por la acusada en el ticket de compra coincidía con la firma de la titular de la tarjeta exigiéndole la presentación del D.N.I de Emilia , como ésta exigía al plasmar las iniciales D.N.I. en el lugar destinado a su firma.

Por tanto, si los empleados de El Corte Ingles no se dieron cuenta de la falsedad no fue debido a la perfección con la que estaba falsificada tal firma, sino a la actuación negligente de los empleados del establecimiento que aceptaron el pago mediante tarjeta sin comprobación alguna al respecto ni en lo que se refiere a la identidad de la persona que utilizaba las tarjeta ni en lo que se refiere a la correspondencia de la firma estampada con la de su titular, incumpliendo, además, la voluntad de la titular de exhibir el D.N.I cuando se utilizaba la tarjeta.

Por consiguiente , la conducta desplegada por la acusada en los términos que vienen expuestos en la sentencia recurrida carece de relevancia penal por resultar inidonea para lesionar el bien jurídico protegido pues una simple comprobación por parte de los empleados, cotejándola con el D.N.I de Emilia , hubiese sido suficiente para descubrir que la acusada no era titular de la tarjeta.

Por otro lado, tampoco se puede pasar por alto que el El Corte Ingles en su escrito de fecha 28-03-2008 (fólio 38) certificó que Sara había entregado el día 28-03-2008, la cantidad de 2.609,30 euros para la cancelación total de las compras cargadas en la mencionada tarjeta los días 17, 18 y 19 de Marzo de 2.008, añadiendo que "cuando el Juzgado correspondiente nos ofrezca las acciones civiles y penales informaremos de la citada entrega y desistiremos de las acciones ", con lo cual también se pone de manifiesto por parte del sujeto pasivo, la irrelevancia penal de los hechos enjuiciados.

Procede, por lo expuesto, absolver libremente a Sara del delito continuado de falsedad en documento mercantil y continuado de estafa, declarando de oficio las costas del juicio.

CUARTO

Las costas de esta alzada se declaran de oficio de conformidad con lo establecido en el art. 239 y ss de la L.E.Crim .

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr Pujol Varela en representación de Sara , contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 15 de Madrid, en el Juicio Oral 99/09, revocamos la misma y, en su lugar, absolvemos libremente a Sara del delito continuado de falsedad en documento mercantil y del delito continuado de estafa que venía condenada, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Notifíquese a las partes y llévase certificación literal de esta resolución al Rollo de Sala y a la causa, que se devolverá al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la su fecha, de lo que yo la Secretario doy fe.
Madrid _____ Repito fe.

Caso 3: STS 11.7.2005, núm 928/2005 – “profesores avariciosos”

[palabras clave: estafa y codicia, negocios que no se ajustan a los estándares del mercado, autopuesta en peligro y autoengaño; relación estafa-apropiación indebida]

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 832/2004

Ponente: Excmo Sr. Joaquín **Giménez García**

La Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 23-01-2004, dictó Sentencia en la que condenó al acusado como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de estafa, subtipo agravado de perjuicio de notoria importancia, a la pena de cuatro años de prisión, con su accesoria legal de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses con cuota diaria de 10 euros, así como al pago de la correspondiente indemnización civil. Contra la anterior Resolución el condenado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

En la Villa de Madrid, a once de julio de dos mil cinco.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Marcos, contra la sentencia (ARP 2004, 118) dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección X, por delito continuado de estafa y apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Morales Hernández-San Juan; siendo parte recurrida Eugenio y Jose Enrique, representados por los Procuradores Sr. De Juanas Blanco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona, incoó Procedimiento Abreviado núm. 47/03, seguido por delito continuado de estafa y apropiación indebida, contra Marcos, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección X, que con fecha 23 de enero de 2004 (ARP 2004, 118) dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«I.-Se declara expresamente probado que: el acusado Marcos, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, actuando con el ánimo de obtener un enriquecimiento injusto, en ejecución de un complejo plan previamente ideado y haciéndose pasar por Ingeniero Químico superior a pesar de no ostentar ningún título académico, a finales de octubre del año 2000 entró en contacto con D. Eugenio y D. Jose Enrique, profesores de la Universidad de Barcelona adscritos a los departamentos de Farmacia y Metalurgia, respectivamente, a quienes propuso la coparticipación lucrativa en la financiación de un proyecto de extracción, comercialización y exportación de oro procedente de la república del Senegal, a pesar de ser consciente desde un buen principio que el proyecto era totalmente inviable, y con el único objetivo de defraudar (en beneficio propio) a tales inversores.

II.-A tal fin, y para conseguir las sucesivas entregas de dinero que más adelante se detallarán, el acusado comunicó a mediados de diciembre del año 2000 a D. Eugenio, que el Gobierno de Senegal le había dado la preceptiva autorización preliminar para desarrollar el citado proyecto de extracción, refinado y comercialización de metales preciosos, procedentes de unas minas existentes en la provincia de Dakar. Como primer paso de ejecución, los tres constituyeron -a instancias del acusado- la sociedad mercantil BTM Development LLC con sede social en Miami (USA), empresa instrumental sin activo social ninguno, actividad ni instalaciones. Acto seguido, el acusado instó a sus "socios" para que firmaran un préstamo de 8.500.000 ptas., con la presunta finalidad de poder adquirir en España maquinaria industrial imprescindible para la extracción del oro, maquinaria que posteriormente debería ser trasladada al Senegal. En fecha 14 de junio de 2001, los tres firmaron un contrato mercantil de préstamo (posteriormente elevado a escritura pública), con la entidad financiera Proyectos ECB, SL, con la garantía de devolución del principal más sus intereses el siguiente 16.7.01, operación avalada mediante la entrega de una letra de cambio aceptada por el acusado y dotada de aval solidario a cargo de los Sres. Eugenio y Jose Enrique. El acusado hizo efectivo el

cheque que documentaba el préstamo e ingresó en su patrimonio personal la suma defraudada, sin destinarla a la adquisición de la maquinaria inicialmente prevista.

III.-Llegada la fecha de vencimiento, y como quiera que el préstamo con sus intereses no fue devuelto a la financiera prestataria, dicha acreedora presentó la letra de cambio al cobro frente a los avalistas solidarios. En fecha 19 de diciembre de 2001, los Sres. Eugenio y Jose Enrique hicieron pago del principal devengado más 25.800 euros de intereses, y acto seguido exigieron explicaciones al acusado sin obtener respuesta satisfactoria alguna.

IV.-Mientras tanto, entre los meses de febrero de 2001 y octubre de dicho año, el acusado viajó a la república de Senegal en numerosas ocasiones, alojándose en hoteles de lujo de la capital Dakar. Desde allí, reclamó en varias remesas de fondos a sus dos socios con la excusa de atender a pagos de instalación de la refinería, oficinas, tasas, gastos de manutención, personal, etc., obteniendo así una provisión de fondos librados a través de Western Unión por importe total de 33.489 euros. El acusado no ha acreditado documentalmente ninguno de dichos gastos ni el destino final que dio al dinero recibido. Al ser insistentemente requerido para ello por sus socios, desapareció sin dejar señas donde pudiera ser localizado, razón por la que los Sres. Eugenio y Jose Enrique decidieron realizar un último viaje al Senegal a fin de aclarar el estado concreto de desarrollo del proyecto. Una vez allí, y para su sorpresa, pudieron constatar que no existían ni oficinas de la empresa, ni refinería, ni minas de donde extraer el metal precioso, ni autorización de clase alguna expedida por el gobierno del Senegal. Antes de abandonar el país, aún hubieron de hacer pago de los gastos de hotel que el acusado Sr. Marcos había dejado pendientes. Una vez ya de regreso a España, la agencia de viajes SNOW Travel SA reclamó a los Sres. Eugenio y Jose Enrique el pago de 19.388,28 euros y 6.689,38 euros, respectivamente, derivados de los viajes en avión realizados a lo largo del año 2001 al Senegal, habida cuenta que el acusado tampoco había hecho frente a dichos gastos. Mediante sentencia firme dictada en apelación por la Audiencia de Barcelona, revocando la anterior absolucón de fecha 8.7.02 emitida por el Juzgado de 1ª instancia núm. 35, se condenó a los demandados Sr. Eugenio y Jose Enrique a hacer efectivas dichas sumas, lo que consta ya han.

V.-A finales del año 1998, el acusado había entrado también en contacto con D. Luis Pedro, técnico industrial del sector de panadería y alimentación, a quien propuso desarrollar un proyecto común de conservación de alimentos en los Estados Unidos, amparándose en la patente europea registrada por este. En ejecución de dicho plan, el acusado propuso al Sr. Luis Pedro la compra de unas acciones de la sociedad "Pan de Oro Corporation Ltd", registrada y con sede en Miami. En enero de 1999, el comprador adquirió el 20% de las acciones desembolsando la suma de 5.500.000 ptas., sin que conste acreditado cual era su valor real. A la vista del éxito de dicha operación, el acusado ofreció al Sr. Luis Pedro constituir una nueva sociedad mercantil bajo la denominación de "Tecnología de productos Canarios SL" con sede en España, y simultáneamente, otra denominada "Technical Bakery Products LLC" en el estado norteamericano de Florida. En desarrollo del proyecto, ambos socios viajaron repetidamente a Canadá y a EEUU, a fin de verificar "in situ" la viabilidad y perspectivas empresariales. En marzo del año 2000, sin que conste documentada la fecha exacta, el Sr. Luis Pedro entregó un anticipo al acusado por la compra de las acciones de esta última sociedad, cuyo importe no ha podido determinarse con fiabilidad, pues en el correspondiente recibo consta en número 4.400.000 ptas. y en letras tan solo "cuatrocientas mil ptas."» (sic).

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento (ARP 2004, 118) :

« FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Marcos como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de estafa, subtipo agravado de perjuicio de notoria importancia, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN con su accesoria legal de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE 6 MESES con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria

de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. Le imponemos el pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Deberá asimismo indemnizar al perjudicado Eugenio en la suma de 45.188,28 euros, al perjudicado Jose Enrique en la suma de 32.489,38 euros, y a ambos de forma solidaria la cantidad de 33.489,81 euros, más sus intereses legales en caso de demora» (sic).

TERCERO Notificada la sentencia (ARP 2004, 118) a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Marcos, 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 del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.-Al amparo del art. 849.2 de la LECrim (LEG 1882, 16) .

II.-Al amparo del art. 849.1 de la LECrim (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida del art. 249, 250.1.6º y 74 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

III.-Al amparo del art. 849.1 de la LECrim (LEG 1882, 16) , por indebida aplicación del art. 74 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

IV.-Al amparo del art. 849.1 de la LECrim (LEG 1882, 16) , por indebida aplicación del art. 250.1.6º del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

QUINTO Instruidas las partes del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 4 de julio de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de 23 de enero de 2004 (ARP 2004, 118) de la Sección X de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Marcos como autor de un delito de estafa, subtipo agravado de perjuicio de notoria importancia la pena de cuatro años de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de 10 euros con los demás pronunciamientos contenidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que Marcos, haciéndose pasar por Ingeniero Químico, entró en contacto con dos profesores, los Sres. Eugenio y Jose Enrique, de la Universidad de Barcelona, a los que propuso en coparticipación entrar en un proyecto de extracción, comercialización y exportación de oro en la República del Senegal, siendo consciente de la total inviabilidad del proyecto y con el único objetivo de defraudar en beneficio propio a tales profesores en su condición de inversores.

Los tres constituyeron una sociedad mercantil, sin activo social, actividad ni instalaciones, la que en la forma descrita en el factum solicitó un préstamo por importe de 8.500.000 ptas. para adquirir maquinaria para la extracción de oro, maquinaria que se trasladaría al Senegal. De dicho préstamo fueron avalistas los dos profesores. Cobrado el préstamo, su importe lo entregaron al condenado quien lo ingresó en su particular patrimonio haciéndolo suyo sin destinarlo a la compra de maquinaria. Al no ser devuelto el importe del préstamo a su vencimiento aquellos debieron hacer frente a su devolución.

Simultáneamente, el condenado realizó diversos viajes al Senegal, reclamando de los dos profesores el envío de remesas de dinero para tender a supuestos gastos de instalación de la refinería, oficinas, etc. De

este modo enviaron un total de 33.489 euros respecto de los que el condenado nada ha acreditado que fuera destinado al proyecto de extracción de oro.

Finalmente los dos profesores efectuaron un viaje al Senegal para aclarar la situación ante la desaparición de Marcos. Allí comprobaron que no existía autorización alguna para la explotación, ni oficinas ni instalaciones de ningún tipo.

Posteriormente, ya en España la agencia de viajes Snow Travel, SA reclamó a ambos profesores el pago de 19.388,28 euros y 6.689,88 euros, importe de viajes efectuados al Senegal por parte del condenado y que éste no había pagado.

Se ha formalizado recurso de casación por parte de Marcos el que lo desarrolla a través de cuatro motivos.

SEGUNDO Estudiaremos conjuntamente los motivos primero y segundo dada su íntima relación.

El primer motivo, por la vía del error facti del art. 849-2º LECrim (LEG 1882, 16) denuncia error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal en el sentido de que:

- a) Existía una relación de tipo empresarial entre los dos perjudicados y el condenado, para desarrollar un producto con el que recubrir alimentos y medicamentos de consumo animal y humano a base de una patente sobre fermentación de masa de panadería y bollería.
- b) Que esta relación había sido exitosa y que fue en base a esta previa relación que tenía por finalidad la introducción de mejoras en la conservación de alimentos y medicinas en el Senegal, que su gobierno, en contraprestación daría los permisos necesarios para la explotación, comercialización y exportación de oro.
- c) Que finalmente, el proyecto de dicha extracción y exportación de oro era plenamente viable.

En definitiva, lo que subyace detrás de estos argumentos es que no hubo el engaño definidor de la estafa -engaño antecedente, causante y bastante-, y por ello, en el motivo segundo encauzado por la vía del error iuris de denuncia como indebida aplicación de los artículos 248 y 250 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

Los documentos en base a los que pretende acreditar el error los podemos agrupar en dos grupos: un primer grupo de documentos se refieren a las relaciones previas entre el recurrente y los Sres. Eugenio y Jose Enrique en relación a la patente para recubrir alimentos y medicinas, y un segundo grupo de documentos se refieren a la concesión de la explotación minera por parte del Gobierno del Senegal.

Pasamos al análisis de tales documentos.

El primer grupo de documentos se refieren a los siguientes extremos:

- Patente de invención de un producto relativo a la fermentación de masas de panadería -folios 128 a 140-.
- Contrato de cesión de una tercera parte de la indicada patente -folios 141 y 142-.
- Solicitud internacional de la patente del mismo producto para la fermentación de masas de panadería y bollería -folios 144 a 167-.
- Patente de invención sobre mejoras introducidas -folios 168 a 183-.

-Acuerdo Social de la entidad High Tech Bakery Products sobre el desarrollo de la Patente de levadura peliculada -folios 186 a 188-.

Todo este despliegue documental tiene por efecto, como ya se ha anunciado la existencia de relaciones previas entre querellantes y querellados.

No era preciso tal esfuerzo argumental ni probatorio en la medida que aunque en la sentencia (ARP 2004, 118) nada se dice de los prolegómenos anteriores al proyecto urdido por el condenado de explotación aurífera, es cuestión pacífica que tales relaciones previas en lo referente a la Patente de la levadura fueron declaradas como ciertas en el Plenario en el interrogatorio de los querellantes, y así constan en el acta de la Vista. En esta instancia casacional, en el escrito de instrucción de los querellantes al recurso formalizado de adverso se vuelve a reconocer en términos inequívocos tal relación anterior «la negación de dicho dato sería sepultar el origen del plan urdido» -folio 126 del rollo de esta Sala-.

Por lo tanto, nada acreditan tales documentos que no estuviera ya reconocido y admitido, y por lo tanto sin controversia.

El segundo grupo de documentos se refieren a:

a) Comunicación del Director de Minas y Geología del Senegal -folio 199-.

b) Informe de la reunión llevada a cabo por el Director de Minas con el grupo español BTM, Development LLC -citado en el factum de la sentencia (ARP 2004, 118) y compuesto por el condenado y los dos querellantes, folios 201 a 202-.

c) Estudio y Proyecto de Protocolo de Acuerdo de Partenariado entre BTM Minas Senegal y la D. G. de Minas y Geología del Senegal -folios 203 a 210-.

d) El Protocolo propiamente dicho -folios 211 a 218-.

e) Certificación de la Dirección de Minas y Geología sobre el potencial aurífero -folio 219-.

f) Comunicación del Ministerio de Minas del Senegal al condenado en su condición de Vicepresidente del Grupo BTM Development -folio 220-.

g) Anteproyecto de refinería de oro -folios 221 a 241-.

h) Acuerdo de otro Partenariado semejante con la República de Guinea-Conakry y BTM.

Respecto de tales documentos, cuya traducción oficial al castellano aportó el recurrente con su recurso, se dice en la sentencia sometida al presente trance casacional que «la abundante documental unida a los autos pone de manifiesto que el acusado sólo mantuvo conversaciones informales y genéricas con algunos departamentos ministeriales sin obtener compromiso o autorización alguna acerca de las extracciones, refinado y exportación de oro. Afirma que se trata de preacuerdos que luego no se pudieron concretar por cambio de actitud de los representantes ministeriales con los que había negociado, lo que a su entender le exoneraría de toda responsabilidad en el fracaso ulterior del proyecto, pero la atenta lectura de los mismos, folios 199 a 221, permite verificar que son simples respuestas informativas de cuales eran los requisitos legales vigentes para obtener una licencia de explotación, ante la presentación de un embrionario anteproyecto, respuestas sin validez legal vinculante alguna ni, en sí mismas, generadoras de expectativas concretas».

En este control casacional, verificamos la exactitud de estas apreciaciones, y así, a modo de ejemplo retenemos las siguientes expresiones, suficientemente acreditativas de la ausencia de todo proyecto serio de proceder a la extracción aurífera.

En relación al documento identificado más arriba con la letra:

a) «le haga llegar a título informativo el acta de la sesión de trabajo»

Con la letra b) «el Sr. Benjamín manifestó la plena disponibilidad y apoyo de la D. G. de Minas y Geología en las actividades mineras que el grupo tenía previsto llevar a cabo».

Con la letra d) «La Sociedad BTM Development LLC se compromete a crear una sociedad» (cláusula primera). «Con el fin de llevar a cabo el objeto social del proyecto "solicitarán"». En varias partes del texto se habla de protocolo de acuerdo.

Con la letra f) (referente a la instalación de una función para el refinado del oro) «Acuso recibo de su solicitud "asimismo le confirmo por la presente mi conformidad en el principio de la implantación" le invitó a dirigirse a la Dirección de Minas y Geología».

No se cuestiona la realidad de los contactos pero lo que en modo alguno acreditan los documentos citados es la consecución de acuerdos en firme que pudieran haber justificado gastos en obras o instalaciones así como adquisición de maquinaria que sería trasladada al Senegal para la explotación aurífera, por el importe de las cantidades que los querellantes entregaron a solicitud del condenado que recordemos ascendió, según el factum a 8.500.000 ptas., así como el envío por parte de los querellantes y a instancias del condenado de un total de otros 33.489 euros para atender gastos de la instalación de la refinería, oficinas, personal, etc.

¿Constituye esta situación el engaño antecedente causante y bastante sobre el que se vértebra el delito de estafa?. El recurrente, con apoyo en tales documentos afirma que no, con la conclusión -- en su tesis- de no existir ilícito alguno.

Para el Tribunal de instancia (ARP 2004, 118) tal engaño antecedente se patentaría en la falsa atribución del recurrente de ser ingeniero químico, sin serlo, así como en toda la estrategia diseñada para la pretendida explotación aurífera en el Senegal.

En este control casacional encontramos una objeción de cierta consistencia: la pretendida explotación aurífera no pasó de la fase de anteproyecto, sin alcanzar ninguna concreción, pero esta situación era conocida por los querellantes en la medida que como se acredita en los autos efectuaron varios viajes al Senegal, los pasaportes de los mismos, obrantes a los folios 332 y siguientes y 373 y siguientes, así lo confirman y que tales viajes estaban relacionados con este proyecto, es conclusión más que razonable, máxime si se tiene en cuenta que en el acta de la sesión de trabajo del 22 de febrero acompañada por el recurrente -documento que hemos identificado con la letra b)- aparecen como integrantes de la delegación española el condenado y ambos querellantes -folios 200 y 201-, lo que permite afirmar un cierto conocimiento directo y del estado de la situación por parte de éstos.

Si a ello unimos que dicha reunión tuvo lugar el 22 de febrero de 2001, y que el préstamo para la adquisición de maquinaria, formalmente pedido por la empresa BTM Development, pero de la que eran avalistas los dos querellantes quienes fueron los que de hecho lo reintegraron ante el impago efectuado por BTM, fue concedido en fecha posterior -14 de junio de 2001-, habrá que convenir con la afirmación de que una cierta ligereza sí existió pues careciendo de datos objetivos que acreditaran el paso del mero proyecto de la explotación aurífera a la realidad del mismo, no sólo aceptaron ser avalistas de dicho crédito, que muy probablemente la entidad bancaria sólo concedió por la condición de tales ambos

profesores, sino que tras su impago accedieron a enviar al condenado diversas remesas de dinero por el importe nada despreciable de 33.489 euros.

Esta Sala, en diversas sentencias ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño.

Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6978) afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos.

Más recientemente no faltan pronunciamientos de la Sala en este mismo sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero (RJ 2002, 3066) , con cita de otras sentencias -SSTS 1285/98 de 29 de octubre (RJ 1998, 6980) , 529/2000 de 27 de marzo (RJ 2000, 1804) , 738/2000 de 6 de noviembre (RJ 2000, 4881) , 2006/2000 de 22 de diciembre (RJ 2000, 9764) , 1686/2001 de 24 de septiembre (RJ 2001, 8089) - tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». En el mismo sentido SSTS 880/2002 de 14 de mayo (RJ 2002, 6712) y 449/2004 de 2 de abril (RJ 2004, 3177) .

Una aplicación de esta doctrina al caso de autos permite, al menos, una duda razonable en cuanto a la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el recurrente ante los querellantes, no tanto por la falsa atribución de condición de Ingeniero Químico de Sarria, sin serlo, porque tal engaño no aparece relevante dadas las relaciones previas ya existentes, sino porque los querellantes, en el caso ahora enjuiciado no adoptaron el papel de unos simples inversionistas que confiados en la solvencia y seriedad de quien les ofrecía unos pingües beneficios, se limitan a entregar un capital sin otra intervención. En el caso de autos existió una presencia lo suficientemente relevante como para que hubieran podido y debido estar al corriente de la realidad, y en este sentido resulta llamativo que en relación al préstamo solicitado y que reembolsaron en su condición de avalistas, tras su impago y a pesar de que no obtuvieran explicaciones satisfactorias del recurrente, esta situación no fuera obstáculo para que le enviaran diversas remesas de dinero por el importe indicado, de 33.489 euros. Esta forma de actuar, patentiza cuando menos una ligereza y falta de la diligencia debida que no puede diluirse en una confianza en el recurrente porque esta confianza ya había quedado severamente devaluada ante la falta de explicación plausible sobre el destino del préstamo citado, por ello el juicio sobre la idoneidad del engaño desarrollado, aparece en este control casacional como falto de la consistencia exigible para la existencia del delito de estafa. El engaño no fue bastante o, existiendo dudas sobre su adecuación, ha de estarse por su inadecuación.

Esta afirmación no va a tener efectos prácticos, porque del hecho de que la duda debe resolverse necesariamente en sentido negativo a la existencia de estafa no conduce a la atipicidad de la acción.

Recordemos que las Acusaciones Pública y Particular efectuaron una doble calificación jurídica: tesis principal: delito de estafa, tesis alternativa/subsidiaria: delito de apropiación indebida.

Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa esta quiebra es anterior al acta de disposición efectuada por la víctima y causante del mismo: Es el

engaño antecedentes, bastante y causante, como ya se ha dicho. En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

En el caso de autos consta en el factum (ARP 2004, 118) que tanto el destino del importe del préstamo, como el dinero enviado en sucesivas remesas, tenía por exclusivo objeto la compra de maquinaria para la explotación aurífera así como la puesta en funcionamiento de la explotación. Es decir tenía un destino concreto. El recurrente que no niega haber recibido el dinero no da explicación plausible de su destino ni justifica gastos efectuados para el fin convenido. Ni se compró la maquinaria ni se hicieron infraestructuras in situ de ningún tipo, ni existió una autorización de las autoridades de Senegal para la explotación.

Esta acción tiene su traducción jurídica en la existencia un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en la modalidad del que recibe unos capitales para un destino prefijado, y el receptor, desviándolos de su destino, los incorporó a su patrimonio con el consiguiente enriquecimiento.

Este cambio de calificación no produce ninguna indefensión por tres razones:

- a) La calificación jurídica por el delito de apropiación indebida ya fue solicitada por las acusaciones temporáneamente, y por tanto fue conocida por la defensa, quien pudo articular su defensa frente a ella.
- b) Los hechos vertebradores de la apropiación indebida son idénticos a los de la estafa, sin haberse introducido novedad alguna.
- c) El parentesco jurídico existente entre los delitos de estafa y apropiación indebida queda acreditada con la remisión de la pena que se efectúa del delito de apropiación al de estafa. Se trata de dos delitos que tienen la misma pena para el tipo básico, y cuyos subtipos agravados son también idénticos en virtud de la cláusula remisoria del artículo 252 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a las penas «del artículo 249 ó 250 en su caso».

En tal sentido como referentes jurisprudenciales de la mayor autoridad citamos dos:

- a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas la STC 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 170) y las en ella citadas. Se nos dice en esta sentencia que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que haya podido defraudarse, debiéndose entender por «cosa», tanto un devenir de acontecimientos como su traducción jurídica que como se afirma en dicha sentencia el debate contradictorio recae «no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica» aunque seguidamente se matiza que la decisión para la posible vulneración del principio acusatorio «no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena, es decir, el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente para la defensa», lo que equivale a afirmar que si bien el principio acusatorio se integra por unos hechos y su calificación jurídica, la mayor relevancia se encuentra en la identidad de hechos debatidos y sentenciados aunque sea diferente la calificación jurídica, que necesariamente debería ser muy próxima con lo que fue objeto de acusación, en la medida que se mantendría una rigurosa identidad de los hechos sin modificación alguna.
- b) El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 9 de abril de 1999, abordando esta cuestión adoptó el siguiente acuerdo:

«Si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos, que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda instancia absolviendo del exceso. Por el contrario, cuando no se hayan introducido por el juzgador hechos nuevos y se condena por un delito más grave o por delito distinto, la solución será la devolución al Tribunal de instancia o dictar nueva sentencia según proceda en cada caso concreto».

En el caso de autos, como ya se ha dicho, ahora se reitera:

- a) Ha existido una absoluta identidad entre los hechos objeto de acusación y por los que se condena.
- b) La nueva calificación jurídica que se efectúa en esta sede casacional de apropiación indebida fue solicitada como alternativa por las acusaciones.
- c) Existe una evidente homogeneidad entre los delitos de estafa y apropiación indebida, y
- d) El cambio de calificación no ha supuesto ningún empeoramiento de la pena impuesta.

En conclusión aunque en sede teórica procedería la estimación de los motivos y absolver por la estafa pero condenar por la apropiación indebida, se va a mantener la sentencia (ARP 2004, 118) recurrida en sus propios términos dada la irrelevancia del cambio de calificación jurídica.

Procede la desestimación de los dos motivos estudiados.

TERCERO Pasamos al estudio del motivo tercero, que por la vía del error iuris denuncia como indebida la aplicación de la continuidad delictiva al delito de estafa.

El motivo debe ser desestimado porque en el factum se recogen sucesivas apropiaciones del dinero que recibió el recurrente de los querellantes, lo que incorporó a su patrimonio, pero tales apropiaciones sólo fueron la manifestación parcial de un único y mismo dolo que se exteriorizó de forma parcial y fragmentada.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO El cuarto motivo, por el mismo cauce que el anterior denuncia como indebida la aplicación del subtipo agravado sexto del art. 250-1º (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) -especial gravedad-.

La denuncia debe correr la misma senda del fracaso que el anterior motivo.

De acuerdo con las sentencias de esta Sala 276/2005 de 2 de marzo (RJ 2005, 3177) y 356/2005 de 21 de marzo (RJ 2005, 2691) , y siguiendo el criterio de otras anteriores allí citadas, en este momento la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad del párrafo 6º del art. 250, procede cuando ya se trate de una sola apropiación, o de varias en caso de continuidad delictiva, la cantidad defraudada o una de las partidas defraudadas supere los 36.000 euros -seis millones de ptas.-.

En el caso de autos el recurrente hizo suyos por un lado 8.500.000 ptas. -51.086 euros-, luego diversas remesas de dinero por un total de 33.489 euros. Una de las cantidades defraudadas ya supera por sí sola el límite de los 36.000 euros, por lo que es correcta la aplicación del subtipo agravado.

Procede la desestimación del motivo.

QUINTO De conformidad con el art. 901 LECrim (LEG 1882, 16) , procede declarar la imposición al recurrente de las costas del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Marcos, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección X, de fecha 23 de enero de 2004 (ARP 2004, 118) , con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección X, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater. Joaquín Giménez García. Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 3: STS 30.3.2010, núm 305/2010 – “el premio”

[palabras clave: *firma de contratos sin lectura/comprensión previa; relaciones económicas entre particulares*]

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 2293/2009

Ponente: Excmo Sr. Joaquín **Giménez García**

La Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS *declara haber lugar* a los recursos de casación formalizados por los acusados contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 2ª, de fecha 24-07-2009, casándola, anulándola y dictando segunda Sentencia por la que absuelve a los recurrentes.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil diez.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por la representación de Horacio y Amelia , contra la [sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia \(JUR 2009, 499123\)](#) , Sección II, por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago; siendo parte recurrida Nemesio y Enma , representados por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles.

I. ANTECEDENTES

Primero

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Baracaldo, incoó Procedimiento Abreviado nº 158/2007, seguido por delito de estafa, contra Horacio y Amelia , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección II, que con fecha [24 de Julio de 2009 \(JUR 2009, 499123\)](#) dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En abril del año 2006 los acusados Horacio y Amelia , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, administrador único y apoderada, respectivamente, de la mercantil "Fifty Years Right to Use SL", puestos de común acuerdo y con ánimo de obtener un ilícito beneficio procedieron a poner en marcha una campaña publicitaria dirigida a captar a distintas personas a las que a través de comerciales contratados al efecto hacían saber, falsamente, que por participar en una encuesta resultaban agraciados con un premio y que debían acudir al a presentación en el hotel Oriol de Santurce provistos de su DNI, declaración IRPF, nómina, pago del impuesto de bienes inmuebles, etc.- El 29-04-2006 acudieron a la cita entre otras personas las parejas formadas por Faustino y Elvira e Nemesio y Enma , haciéndolo el 20-10-2006 Miguel y Paloma . En todos los casos se les recibió en una amplia sala en la que había distribuidas una serie de mesas de manera que no existiera contacto entre las mismas. Cada pareja fue conducida ante una mesa en la que se hallaba una señorita que, siguiendo instrucciones de los acusados, ofreció a Faustino y Elvira así como a Miguel y Paloma una semana de vacaciones a prueba sin compromiso alguno a cambio de cierta cantidad de dinero no superior a 400 euros, mientras que a Nemesio y Enma se les ofreció un viaje a un país de Europa con estancia de cuatro noches en hotel por un precio también inferior a 400 euros, cuando en realidad de lo que se trataba en todos los casos era de un contrato de aprovechamiento anual por turnos en el complejo "Atlantic Club Campanario de Calahonda", concretamente siete noches de alojamiento al año, a cambio de 28.995 euros; estampando aquellos su firma en el mismo acto de presentación y sin oportunidad de leer antes el contenido del contrato al ser la propia señorita la que, siguiendo también instrucciones de los acusados, efectuaba una lectura rápida y somera del documento sin informar en ninguno caso de que dispusieran de un plazo de diez días a partir de la firma del contrato para desistir del mismo. Una vez firmados los contratos por estas personas firmó la acusada, que estuvo presente en las reuniones con las tres parejas aunque sin atenderles personalmente.- Así el 29-04-2006 Faustino y Elvira celebraron el contrato núm. NUM000 que llevaba aparejada la letra de cambio núm. NUM001 cuyo acepto firmaron en blanco y Enma e Nemesio el contrato núm. NUM002 que llevaba aparejada la letra de cambio núm. NUM003 que igualmente firmaron en blanco, mientras el 20-10-2006 Miguel y Paloma firmaron el contrato núm. NUM004 que llevaba aparejada la letra de cambio núm. NUM005 y también firmaron en blanco. En todos los casos la persona firmante en nombre de "Fifty Years Right to use SL" fue la acusada, estando también presente y recogiendo la documentación relativa a los contratos firmados por Faustino y Elvira e Nemesio y Enma el acusado, quien revisaba y autorizaba los contratos.- Transcurridos diez días desde las firmas de los citados contratos personas pertenecientes a la esfera de "Fifty Years Right to Use SL", siguiendo las instrucciones de los acusados, contactaron de nuevo vía telefónica con estas parejas citándolas para una entrevista en la que supuestamente se iba a hacer efectiva la entrega del bono y el pago. Así Faustino y Elvira y Enma e Nemesio fueron citados para el día 10-05-2006, y Miguel y Paloma para el 31-10-2006. En esas entrevistas, que tuvieron lugar en distintos establecimientos hosteleros (bares o cafeterías) de las localidades de Baracaldo y Bilbao, a horas tempranas (entre las 07,00 y las 08,00 horas), las personas que comparecieron en nombre de "Fifty Years Right to Use SL", siempre siguiendo instrucciones de los acusados, repetimos, les requirieron el abono de 28.995 euros haciendo valer para ello los contratos antes reseñados y la letras de cambio firmadas en blanco, ahora rellenas con ese importe y con todos los demás datos, viéndose en ese momento aquellos sorprendidos por la realidad de lo que en verdad habían firmado. Las parejas formadas por Nemesio y Enma y Faustino y Elvira amedrentadas por las amenazas vertidas por estas personas, en el sentido de que si no pagaban el importe adeudado se procedería a embargar sus viviendas, se avinieron a renegociar las letras. Se les dijo que tenía que acompañarles a una notaría para legitimar las firmas y luego concertar un préstamo, dado que manifestaban no disponer de esa cantidad, con el fin de realizar el pago. Así Nemesio y Enma fueron conducidos el mismo día 10-05-2006 a una notaria donde Nemesio firmó el acepto de las letras de

cambio NUM006 y NUM007 , que habían sido libradas por el acusado por los importes respectivos de 3.795 euros y 24.000 euros, y a continuación suscribieron la póliza de crédito núm. NUM008 por el importe total de las cambiales con la entidad Banco Santander Central Hispano, que se formalizó sin problemas puesto que todo había sido previamente gestionado por los acusados con la sucursal 0020 de la referida entidad bancaria de Valladolid, sirviéndose a tal efecto de la documentación que Nemesio y Enma habían entregado en el hotel Oriol. Asimismo de acuerdo con este mismo proceder Faustino y Elvira fueron conducidos a una notaría, distinta de la anterior, donde Faustino aceptó las letras de cambio NUM009 y NUM010 libradas por el acusado y por los importes respectivos de 4.991 euros y 24.000 euros, no llegando en este caso a formalizarse ningún contrato de crédito dado que se les concedió un plazo para que pudieran realizarlo con su propia entidad bancaria y suceder que tras la firma de la letras de cambio recabaron asesoramiento jurídico procediendo judicialmente contra la mencionada mercantil mediante la interposición de demanda que dio lugar al procedimiento de Juicio Ordinario núm. 887 del año 2007, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de los de Bilbao, en el que recayó sentencia el 11-01-2008 por la cual se declaró nulo el contrato suscrito el 29-04-2006 , habiendo obtenido además la devolución de las cambiales previo requerimiento de resolución del contrato realizado a "Fifty Years Right to Use SL". - Por el contrario Miguel y Paloma no sucumbieron a las insistentes presiones de requerimiento de pago de la letra de cambio NUM005 , firmada en blanco en el hotel Oriol de Santurce el 29-04-2006 y que, sin embargo 31-10-2006 se les presentaba rellena y por importe de 28.995 euros, presentando ese mismo día la correspondiente denuncia ante el Juzgado de Guardia de Baracaldo sin que conste al día de hoy que se les haya reclamado ese dinero ni tampoco que el contrato celebrado el 20-10-2006 se haya resuelto aunque han partes han mostrado su voluntad de resolverlo". (sic)

Segundo

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Horacio Y Amelia como autores responsables de un delito continuado de estafa en su modalidad de subtipo agravado por empleo de letra de cambio, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal responsabilidad personal subsidiaria, a las penas a cada uno de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE NUEVE MESES con una cuota día-multa de doce euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas multa insatisfechas, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo indemnizar los acusados conjunta y solidariamente a Nemesio y Enma la cantidad de treinta y siete mil trescientos veinticuatro euros con sesenta y siete céntimos (37.324,67 euros), más los gastos de cancelación del préstamo NUM008 suscrito con el banco Santander Central Hispano, pago de los intereses legales del art. 576 LEC y costas procesales causadas incluidas las de la acusación particular.- Recábase del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Baracaldo las piezas de responsabilidades pecuniarias de los acusados debidamente concluidas conforme a derecho. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone, les abonamos todo el tiempo que ha estado privados de libertad por esta causa". (sic)

Tercero

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por la representación de Horacio y Amelia , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto

CUARTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la C.E.

SEGUNDO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la C.E.

TERCERO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2º de la LECriminal.

CUARTO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248 C.Penal .

QUINTO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248 Cpenal.

SEXTO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 248 Cpenal.

SÉPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la C.E.

OCTAVO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2º de la LECriminal.

NOVENO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 250.1.3º Cpenal.

DÉCIMO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida del art. 74 Cpenal.

UNDÉCIMO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida de los arts. 74.2, 249 y 66.6ª todos del Cpenal.

DUODECIMO.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, por aplicación indebida de los arts. 109, 110, 112 y 113 todos del Cpenal.

Quinto

QUINTO

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto

SEXTO

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 23 de Marzo de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

PRIMERO

La [sentencia de 24 de Julio de 2009 \(JUR 2009, 499123\)](#) de la Sección II de la Audiencia Provincial de Bizkaia condenó a Horacio y a Amelia , como autores de un delito continuado de estafa en la modalidad agravada de empleo de letra de cambio a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que en el marco de una campaña publicitaria organizada por la entidad "Fifty years right to use S.L." de la que era administrador único el recurrente Horacio y apoderada la también recurrente Amelia , dirigida a captar personas interesadas en contratos de aprovechamiento anual por turnos en el complejo "Atlantic club campanario de Calahonda" , concretamente siete noches de alojamiento al año por el precio de 28.995 euros, invitaban a los posibles interesados en acudir a un hotel de Santurce "....provistos de DNI, declaración IRPF, nómina, pago de impuesto de bienes inmuebles, etc....", reunión a la que acudieron los recurridos, el matrimonio formado por Nemesio y Enma , junto con más personas, y en concreto con otras dos parejas citadas en los hechos probados. También se les dijo que recibirían por acudir a la reunión y sin compromiso un regalo consistente en la estancia en un hotel o un viaje, todo ello por importe inferior a 400 euros, que debían pagar.

En dicha reunión el matrimonio formado por Nemesio y Enma , firmaron el contrato en la cita que se llevó a cabo el día 29 de Abril de 2006, y asimismo firmaron una letra de cambio en blanco.

Se dice en los hechos probados que las personas encargadas de dar la información, lo efectuaron el matrimonio indicado y los demás interesados pusieron a la firma los contratos sin que pudieran leer el contrato y sin saber que tenían diez días para desistir, porque no se les informó de dicha posibilidad.

Los mismo hicieron las parejas formadas por Miguel y Paloma , y Faustino y Elvira . La recurrente Amelia recogió la documentación firmada por las personas expresadas.

Diez días después de la firma del contrato y de la letra de cambio, fueron citadas nuevamente las parejas acudiendo al lugar convenido y siguiendo instrucciones de la mercantil ya citada, Fifty years right to use S.L., se les requirió el abono de 28.995 euros correspondientes a esa cantidad que ya aparecía en las letras de cambio, previamente firmadas en blanco, como ya se ha dicho, de acuerdo con el contrato firmado.

En esta situación la pareja formada por Nemesio y Enma ante el riesgo de embargo, se avinieron a renegociar las letras, firmando una póliza de crédito en la sucursal del Banco Santander Central Hispano en donde le concedieron el préstamo sin problemas en base a la documentación inicial que habían aportado con la primera reunión.

La pareja formada por Faustino y Elvira , manifestó formalizar el préstamo en su propia entidad bancaria, sin que llegaran a formalizarlo ya que presentaron demanda de juicio ordinario que se tramitó con el nº 887/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Bilbao, en el que se declaró nulo el contrato firmado con Fifty years right to use S.L. Por su parte la pareja formada por Miguel y Paloma no sucumbieron a las presiones de requerimiento de pago de la letra por ellos firmada en blanco, y presentaron denuncia penal en el Juzgado de Guardia de Baracaldo, sin que conste al día de la redacción de la sentencia, que se les haya reclamado el pago y sin que el contrato se haya resuelto, si bien las partes han mostrado su acuerdo en resolverlo.

Se ha formalizado recurso de casación por los condenados Horacio y Amelia , se trata de dos recursos autónomos, pero idénticos en sus planteamientos y motivos formalizados, Cada recurso está desarrollado en doce motivos, idénticos en cada recurso.

El tema central de cada recurso, y el que será objeto, por ello, de estudio preferente es el relativo a si se está en presencia del engaño definidor del delito de estafa y alrededor del cual se vertebra este delito . Esta cuestión se aborda en tres motivos, los motivos cuarto, quinto y sexto , de cada uno de los recursos, los tres motivos encauzados por la vía del error iuris , por indebida aplicación del art. 248 [Cpenal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) .

En síntesis, lo que se viene a denunciar en estos motivos es que no hubo ningún engaño por parte de los recurrentes --y menos por parte de Horacio de quien ninguna acción se describe en los hechos probados--. Que los recurridos sabían que adquirirían un uso por turno de un apartamento por el precio convenido y por eso firmaron asimismo la letra de cambio, que en todo caso actuaron de forma negligente en la medida que reconocen que firmaron sin leer el contrato, que no pidieron aclaraciones, que lo pretendido por ellos fue una nueva forma de vacaciones y eso fue lo que se les ofreció, que la técnica comercial desplegada fue la usual en este mercado, que por lo tanto no hubo engaño motivador del perjuicio patrimonial, y prueba de ello es que las otras dos parejas no efectuaron ningún desembolso, que, en fin el contrato de aprovechamiento sucesivo de los apartamentos, es una modalidad válida, y que el precio ofertado es el usual en este mercado.

La tesis de los recurridos es que lo que firmaban era el "regalo" de la semana, es decir el viaje ofertado --del que tenían que pagar 400 euros-- y que en el contrato de aprovechamiento sucesivo se firmaría después.

La propia sentencia, en el f.jdco. primero, pág. 13 contiene la siguiente reflexión:

"...Y aunque cuesta creer que puede financiarse una letra de cambio en blanco, no menos sorprendente resulta que a un simple acto de presentación en la que se espera recibir una deuda y un regalo, se acudiera con la nómina, declaración de la renta, recibo IBI, de hipoteca y, sin embargo, así fue por cuanto esta documentación se les pidió y los acusados no lo niegan, y aunque tampoco se entiende esta conducta cuando se está afirmando que lo que ellos contrataron fue un viaje por un importe inferior a 400 euros, así fue...."

También en el mismo f.jdco. pero en la pág. 10, en relación al contrato firmado por los recurridos se nos dice:

"...Pues bien en relación con esta documentación aportada por la defensa sobre la que se dice por los acusados era duplicado de aquella que habían facilitado a las parejas denunciantes y contratantes, importa destacar para comenzar que carece de denominación, no expresa en lugar destacado de qué contrato se trata, un contrato de aprovechamiento por turnos al que con reiteración se refería el acusado en sus manifestaciones, de suerte que, a golpe de vista no parece tratarse de un contrato aunque si se habla de "transmitente"...."

No obstante, la sentencia concluye en que existió ocultación por parte de los recurrentes, y que ese engaño fue antecedente, causante y bastante, y por tanto que existió el delito de estafa por el que resultaron condenados los recurrentes --f.jdco. segundo--.

Segundo

SEGUNDO

El delito de estafa, a diferencia de otros delitos contra la propiedad caracterizados por un ataque exterior a la víctima que trata de vencer las prevenciones con que el titular protege su patrimonio, **en la estafa la mecánica es totalmente distinta, ya que aquí es el propio perjudicado/víctima quien ejecuta el acto de disposición generador de su propio perjuicio, bien que ello lo haga por un error de información recibido de quien se va a beneficiar** de aquel acto de disposición ejercitado con esa voluntad viciada, viciada por un engaño desarrollado por el actor, engaño que debe ser **antecedente** al acto desposesorio efectuado por el propio perjudicado, **causante** en el sentido de ser esa **"información"** la causa del acto desposesorio y, finalmente, debe ser **bastante**, en el sentido de tener la suficiente consistencia y apariencia de credibilidad como para que haya sido creído por el perjudicado. Bien puede decirse que el engaño definidor de la estafa se articula sobre la **lesión de un deber de información**, porque o se oculta lo verdadero o se presenta lo falso como verdadero y ello de forma consciente por el que falta a la verdad frente a la víctima.

Es precisamente en la estafa donde se encuentra lo que la victimología llama el **"delito relacional"**, es decir el delito de estafa descansa y presupone una **previa relación** existente entre víctima y victimario. Los estudios criminológicos en relación al delito de estafa han hecho referencia a la puesta en escena ante la víctima con la suficiente verosimilitud como para moverla a, en su propio perjuicio y fruto de ese engaño, efectuar un acto de desposesión en su propio perjuicio.

Que el engaño exige en sí mismo una cierta idoneidad, es algo que se ha exigido en los diversos Códigos Penales anteriores al actual.

Nada mejor que retener los comentarios que al respecto efectuó D. Alejandro Groizard en sus comentarios al Cpenal de 1870 -- edición 1914, Tomo IV--:

"....siendo el engaño el elemento esencial del a estafa, claro es que hay que suponer, para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida incredulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse como efecto de censurable abandono o falta de debida diligencia....".

"....Nuestro Tribunal Supremo obedeciendo a este razonamiento ha absuelto del delito de estafa a diversas personas, que con distintas circunstancias, habían entregado algunas cantidades a otras, creyendo fácilmente en sus manifestaciones de exagerada influencia para obtener cosas que aquellos pretendían o deseaban conseguir dela Administración pública -SSTS de 13 de Octubre de 1885, 11 de Diciembre de 1885, 26 de Febrero de 1886 -, sin que tampoco haya estimado como estafa el hecho de haberse abusado de la credulidad de una sencilla mujer, ofreciéndole que su amante volvería a serle fiel en su afecto, mediante la entrega de determinada cantidad y práctica de ciertas ceremonias....".

La exigencia de una cierta consistencia e idoneidad del engaño vertebrador de la estafa, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ad exemplum, basta recordar también la STS de 8 de Julio de 1933 que nos dice que **"el engaño o manejo fraudulento, nervio del delito de estafa, si bien ha de ser bastante para mover la voluntad y de índole susceptible para producir error.... basta con que se produzca mediante palabras engañosas que, desde la ocasión y las circunstancias de los sujetos activo y pasivo del delito, sean racionalmente susceptibles de producir ilusión en el ánimo de la víctima"**. Por ello es preciso distinguir este engaño punible y mentiras impunes -- [STS de 18 de Junio de 2003 \(RJ 2003, 5379\)](#) --.

Dicho de otro modo, no cualquier engaño injertado en la víctima por el victimario tiene la virtualidad de introducirnos en el ámbito de la antijuridicidad penal, ese engaño, por exigencia de tipicidad, debe ser **"bastante"**, es decir, idóneo para producir la autodesposesión en el engañado, y ello supone efectuar un **juicio de adecuación desde una doble perspectiva, objetivo y subjetivo**. Este juicio de adecuación supone

un estudio individualizado --todo enjuiciamiento lo es-- para verificar, de un lado la entidad del engaño objetivamente desarrollado, por otro lado verificar si la víctima se ha producido con la suficiente diligencia exigible, atendidas sus circunstancias personales, manteniendo un equilibrio entre las " **pautas de confianza** " que deben regir las relaciones jurídico-mercantiles si éstas se quiere que sean fluidas y no entorpecedoras al principio de desconfianza absoluta, y de otro, las " **pautas de desconfianza** " que obligan a no descartar finalidades torcidas en uno de los contratantes.

La jurisprudencia de esta Sala responde al **doble** enfoque expuesto, rechazándose la tesis de que la realidad del engaño padecido por la víctima, acreditaría desde esta perspectiva subjetiva que ya fue bastante, pues ello equivaldría a eliminar la exigencia de tal requisito y a hacer desaparecer el principio de autorresponsabilidad exigible a toda persona. Hay que recordar que en virtud del principio de autorresponsabilidad, **no puede acogerse a la protección penal aquel que en las relaciones del tráfico jurídico-económico no guarda la diligencia de un ciudadano medio** , siempre en relación a las circunstancias de cada caso -- [SSTS 529/2000 \(RJ 2000, 1804\)](#) ; 738/2000; 2006/2000; [1686/2001 \(RJ 2001, 8089\)](#) ; 880/2002; 161/1002; [717/2002 \(RJ 2002, 5671\)](#) ; 464/2003; 1612/2003; 534/2005 ó más recientemente [89/2007 \(RJ 2007, 719\)](#) .

En definitiva, desde la teoría de la imputación objetiva, y siendo la estafa un delito de resultado, puede decirse que el resultado es imputable al comportamiento del autor que desarrolla el engaño si el mismo crea el riesgo jurídicamente desaprobado y concretamente **idóneo o adecuado** desde la doble perspectiva subjetiva y objetiva y cuyo resultado, el desplazamiento patrimonial es su relación concreta - [SSTS 476/2009 \(RJ 2009, 4859\)](#) ; [564/2007 \(RJ 2007, 6973\)](#) ; [1362/2003 \(RJ 2003, 7629\)](#) ó [147/2009 \(RJ 2009, 5967\)](#) --.

Tercero

TERCERO

Desde la doctrina expuesta pasamos a dar respuesta a la cuestión de si en el presente caso existió engaño típico antecedente, causante y bastante por parte de los recurrentes.

Ya anunciamos la **respuesta negativa con la consiguiente casación de la sentencia** .

La Sala ha examinado el contrato firmado por la pareja formada por Nemesio y Enma .

En dicho contrato, si bien es cierto que en su pórtico **no** se dice que se trate de un uso sucesivo o por turno de apartamento para operaciones, resulta claro e indiscutido que en el cuerpo del mismo así se dice con claridad, se trata de un contrato de varios folios, **todos** firmados por los contratantes que contienen, además, un plano del apartamento concernido, así como un documento informativo sobre la empresa de mantenimiento, ubicación del conjunto turístico, relación de instalaciones y uso de servicio común y otros datos, todo ello, se insiste firmado por Enma , esposa de Nemesio --folios 237 y siguientes-- coincidentes con la propia documentación aportada por los denunciados, por si fuera poco, resulta realmente insólito, y esto lo recoge la sentencia de instancia --que todos los asistentes fueron advertidos de llevar una serie de documentos, ya citados-- que no se compadecen con la sola información que iban a recibir, y que por otra parte tampoco se justifican con el regalo de un viaje por importe inferior a 400 euros --sin más compromiso--, y en el mismo sentido carece de toda razonabilidad que accediesen a firmar en blanco una letra de cambio con la excusa --pág. 13-- de que era para resarcirse del pago de los 400 euros del viaje prometido, si ellos no pagaban esa cantidad.

En definitiva, la tesis que sostienen los recurridos de que creían que firmaban el contrato de viaje prometido resulta de todo punto inverosímil, y en definitiva, queda de un lado, acreditado que los

recurrentes no diseñaron ni realizaron un engaño idóneo **objetivamente** en términos objetivos capaz de inducir a engaño sobre el documento que firmaban el matrimonio formado por Nemesio y Enma , ni tampoco se acredita que dicho engaño fuese idóneo **subjectivamente** : Nadie puede afirmarlo cuando acude --como se acudió-- con la documentación ya citada, y se firmó el contrato y la letra en blanco, sin leer, y sin saber lo que se firmaba. Quien obra con tal ligereza no puede solicitar la protección del sistema de justicia penal, y en tal sentido hay que decir que para efectuar el juicio de adecuación sobre la entidad del engaño en sentido subjetivo, es preciso tener en cuenta las cualidades del sujeto pasivo. Nada consta en las actuaciones sobre el nivel cultural de Enma , esposa de Nemesio y firmante del contrato, de éste consta al folio 153 que es conductor de autobús. La ausencia de datos que pudieran ser sugerentes de estar en presencia de personas crédulas especialmente o débiles mentales, permite arribar a la conclusión de que se está en presencia de personas con un nivel de socialización y habilidades cívicas dentro del canon normal de personas que viven en una sociedad avanzada del siglo XXI --el contrato se firmó el 29 de Abril de 2006-- , y desde ese parámetro hay que convenir que la facilitación de los datos económicos que se les solicitaron y facilitaron, así como la firma de la letra de cambio en blanco, supone una actuación alejada a los módulos de la más normal y exigible diligencia.

De las otras dos parejas, a pesar de que firmaron, no han tenido perjuicio económico alguno, sin que se sepa de la existencia de reclamaciones de los otros posibles compradores que también acudieron a la reunión inicial --en el **factum** se dice que se les recibió en un salón donde había varias mesas individuales para atender particularmente a los convocados--.

No ha existido un negocio jurídico criminalizado por el engaño desarrollado por los recurrentes.

En relación a que hubieran o no tenido conocimiento de la cláusula de rescisión del contrato en los diez días siguientes a su firma, nada cambia lo ya dicho, pues lo relevante es si existió el engaño típico vertebrador de la estafa, y ello no existió.

Cuestión aparte es que en la esfera civil el contrato pudiera ser declarado nulo por vicios del consentimiento u otra causa, cuestión que queda imprejuizada. Hay que recordar que el dolo no se agota en la esfera penal, esto es lo más importante, pero también existe un dolo civil al que se refiere el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

No es misión del a casación ni valorar o decidir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión, y en este acotado camino, resulta claro por los razonamientos expuestos que no existió el engaño vertebrador del delito de estafa .

Procede la estimación de los motivos estudiados lo que hace innecesario el estudio del resto de los motivos.

Procede la estimación de los motivos estudiados.

Cuarto

CUARTO

De conformidad con el art. 901 [LECriminal \(LEG 1882, 16\)](#) , procede declarar de oficio las costas de los recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Horacio y Amelia , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia,

Sección II, de fecha [24 de Julio de 2009 \(JUR 2009, 499123\)](#) , la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Baracaldo, Procedimiento Abreviado nº 158/2007 , contra Horacio , con permiso de residencia nº NUM011 , con instrucción, declarado insolvente, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa y contra Amelia , con DNI nº NUM012 , nacida el 27- 10-1969, hija de Segundo y Ana M^a, natural de Barcelona, con instrucción, cuya solvencia o insolvencia no consta, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico

UNICO

Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico

UNICO

Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional debemos absolver y absolvemos libremente a ambos recurrentes Horacio y Amelia , del delito del que se les condenó en la instancia.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Horacio y Amelia , del delito del que se les condenó en la instancia, con declaración de oficio de las costas.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN

.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Caso 4: STS 10.6.2005, núm. 737/2005 – “debilidad mental”

[palabras clave: debilidad intelectual de la víctima del engaño, delimitación de las conductas típicamente relevantes]

Jurisdicción: Penal

Ponente: Excmo Sr. Francisco **Monterde Ferrer**

La Sentencia de la Audiencia de Murcia (Sección 3ª) de 16-02-2004, condenó al acusado don Juan como autor de un delito de estafa.

Contra la anterior Resolución recurrió en casación el acusado, alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El TS declara no haber lugar al recurso.

En la Villa de Madrid, a diez de junio de dos mil cinco.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el núm. 899/2004, interpuesto por la representación procesal de D. Juan Alberto, contra la Sentencia dictada el 16-2-04 (JUR 2004, 169888) y aclarada por auto de 3-3-04, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo 43/03 correspondiente al PA. núm. 156/2003 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Murcia, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de Estafa, habiendo sido parte en el presente procedimiento el recurrente D. Juan Alberto representado por la Procuradora Dª Paloma Alonso Muñoz, y como parte recurrida la Procuradora Dª Beatriz Martínez Martínez en nombre y representación de la acusación particular Dª Erica, y, el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Murcia incoó PA con el núm. 156/2003, en cuya causa la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia con fecha 16-2-04 (JUR 2004, 169888) , que contenía el siguiente Fallo:

«Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Juan Alberto como autor responsable criminalmente de un delito de estafa anteriormente definido a las penas de dos años de prisión con sus accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de diez euros y al pago de las costas del juicio, con inclusión de las causadas por la acusación particular.

En orden a la responsabilidad civil en su virtud procede declarar la nulidad de la escritura de Adjudicación y Compraventa autorizada por el Notario D. José Prieto García el día 10 de septiembre de 1999, ordenando

la cancelación de los asientos registrales que tengan causa en la misma y a que indemnice a Jon en la suma de 3.600 euros en concepto de daños morales, que tiene percibidas».

SEGUNDO En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

« ÚNICO.-Son hechos probados y así se declara, que en el año 1999, el acusado Juan Alberto, nacido el día 18 de octubre de 1961 con DNI núm. NUM000, y sin antecedentes penales, prevaliéndose de la relación de confianza y amistad que le unía durante muchos años con Jon, a la sazón de 54 años de edad, analfabeto, afecto por un retraso mental evidente, compatible con una deficiencia mental media, que le incapacitaba para el adecuado gobierno de su persona y bienes, casado con Encarna, afecta también de retraso mental, con el ánimo de obtener un ilícito beneficio, consiguió convencer a Jon de la necesidad de que compareciese ante el notario de la capital, D. José Prieto García, al objeto de obtener así una paga, y evitar que la Seguridad Social le embargase la vivienda en la que vivía sita e El Esparragal, con dos tahullas de tierra, y que firmase sendos instrumentos públicos los días 6 de agosto de 1999 -Acta de Declaración de Herederos por Notoriedad- y 10 de septiembre del mismo año -Escritura de Aceptación, de Herencia, Adjudicación y Compraventa a favor de Juan Alberto-, en virtud de los que Juan, sin ser consciente de los actos que llevaba a cabo, transmitió a este último la propiedad de la casa y tierras en las que vivía, -y sigue viviendo actualmente- por un precio escriturado de 1.500.000 ptas. cuya efectiva entrega no realizó, procediendo aquél a la inmediata inscripción de la finca a su favor tras la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La finca transmitida, en término de Murcia y partido de El Esparragal, figura inscrita un trozo de riego con una superficie de 29 áreas, 17 centiáreas y 36 decímetros cuadrados, existiendo construida sobre su superficie, una vivienda en la que mora Jon y su esposa. La tasación pericial del valor de la tierra asciende a 18.030,47 Euros, y la de la casa a 1.500 euros todo ello referido al año 2002.

Al presentar denuncia ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Murcia por estos hechos la suegra de Jon, Erica, se promovió por el Ministerio Fiscal la Declaración de Incapacidad de Jon, dictándose sentencia estimatoria por el Juzgado número nueve de esta capital el 15 de octubre de 2001, en la que se declaraba la plena incapacidad del citado para regir su persona y bienes por sí solo, nombrándose tutora a la citada Erica. Consta que Juan Alberto el día 23 de diciembre de 2000 ingresó 600.000 ptas. pagando parte de la deuda que Jon tenía con la Seguridad Social».

La anterior sentencia fue aclarada por auto de 3-3-04, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal: « LA SALA DIJO: Que debía aclarar y aclaraba el fallo de la sentencia dictada por esta Sección Tercera de fecha dieciséis de febrero de 2004 (JUR 2004, 169888) , en el sentido de ser la pena de prisión de dieciocho meses, conforme se consignó en el Fundamento de Derecho Quinto de la mencionada resolución, y no de dos años, como se expresa en el mismo por error material de transcripción».

TERCERO Notificada la Sentencia a las partes, la representación del acusado D. Juan Alberto anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 1-4-04, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 28-4-04, la Procuradora D^a Paloma Alonso Muñoz, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

I.-Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida de los arts. 250.1.1º, 50.4 y 66.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por inexistencia de engaño bastante en la estafa.

II.-Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

III.-Por infracción del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) y del principio de presunción de inocencia, siendo erróneos los juicios de valor y de inferencia llevados a cabo, existiendo duda más que razonable que debió haber tenido en cuenta el Tribunal de instancia.

IV.-Al amparo del núm. 4 del art. 5 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y 24 CE por considerar infringido dicho precepto en cuanto a la presunción de inocencia por vulneración de los principios fundamentales de contradicción, igualdad ante la Ley, imparcialidad intermediación y legalidad, al amparo del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) .

QUINTO La representación procesal del acusador particular y el Ministerio Fiscal, por medio de escritos fechados respectivamente el 16-6-04 y el 6-9-04, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

SEXTO Por Providencia de 9-5-05 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para deliberación y fallo del recurso el pasado día 8-6-05, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se formula el primer motivo del recurrente, buscando su amparo por infracción de Ley, conforme al art. 849.1º de la LECrim (LEG 1882, 16) , por aplicación indebida del art. 250.1.1º, 50.4 y 66.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por inexistencia de engaño bastante en la estafa.

Como viene manteniendo esta Sala y ha recordado la **Sª núm. 895/03 de 18 de junio (RJ 2003, 5379)** , «la Ley requiere que el engaño sea "bastante" y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico o de efectividad, sino normativo-abstracto y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado.

Con esto quiere decirse -sigue diciendo la misma resolución- que lo exigido es un engaño de calidad, escenificado de forma que sustraerse a él, en las condiciones dadas, presentase cierto grado dificultad. Que es lo único que podría justificar el esfuerzo estatal de protección del bien jurídico en riesgo».

Pues bien, compartiendo la expuesta doctrina, dado el cauce casacional elegido, debemos atender al factum, que en todo caso debe ser respetado, y que precisa que el acusado prevaleciendo de la relación de confianza y amistad que le unía durante muchos años con Jon, a la sazón de 54 años, analfabeto, afecto por un retraso mental evidente, compatible con una deficiencia mental media, que le incapacitaba para el adecuado gobierno de su persona y bienes, casado con Encarna, afecta también de retraso mental, con el ánimo de obtener un ilícito beneficio, consiguió convencer a Jon de la necesidad de que compareciese ante el notario de la capital..., al objeto de tener así una paga, y evitar que la Seguridad Social le embargase la vivienda en la que vivía... y que firmase sendos instrumentos públicos... en virtud de los que Jon sin ser consciente de los actos que llevaba a cabo, transmitió a este último (el acusado) la propiedad de la casa y

tierras en las que vivía -y sigue viviendo actualmente- por un previo escriturado de 1.500.000 ptas., cuya efectiva entrega no realizó, procediendo aquél a la inmediata inscripción de la finca a su favor.

Y el Tribunal de instancia añade en el fundamento de derecho segundo de su sentencia que existe engaño suficiente e idóneo para viciar el consentimiento del sujeto pasivo, determinante del acto dispositivo de la tierra y vivienda de su propiedad, con favorecimiento económico del acusado y correlativo perjuicio para aquél, en la medida en que deben tenerse en cuenta las propias circunstancias personales de la víctima -apreciadas directamente por el Tribunal de instancia- que le impiden comprender el alcance de actos complejos o abstractos desde su nacimiento, según resulta del informe del médico forense emitido, constatado por la declaración de incapacidad y sumisión a tutela que, ciertamente, se produjo, después de ocurrir los hechos de autos. Situación comprobada a la que no es óbice -como indica el Tribunal a quo- que en el otorgamiento del instrumento público ante el fedatario, a éste le pareciera que entendía el sentido de la operación, cuando la apariencia no se correspondía con la realidad.

A la vista de ello, no cabe duda de que el acusado utilizó las maniobras mendaces descritas, con eficacia y virtualidad suficiente para engañar a través de ellas a su víctima.

La subsunción de los hechos en el tipo penal tomado en consideración por el Tribunal de instancia ha de reputarse bien efectuada, y el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO El segundo motivo se funda en infracción de Ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim (LEG 1882, 16) , por error de hecho en la apreciación de la prueba, en lo relativo a la incapacidad para comprender el alcance del acto de disposición, pues otra cosa resulta de la pericial obrante en autos, y del particular de las escrituras de declaración de herederos y compraventa, así como de la sentencia de incapacidad del Sr. Jon.

Como recuerda, entre otras muchas, la STS de 22-12-2004 (RJ 2005, 608) , núm. 1558/2004, la doctrina de esta Sala condiciona la apreciación del error de hecho invocado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1º) Equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido.
- 2º) Que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente.
- 3º) Que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

Y esos presupuestos no concurren en el caso que examinamos, ya que los elementos probatorios que se señalan en modo alguno evidencian error del Tribunal, ni desvirtúan la presencia de cuantos elementos caracterizan el delito de estafa, especialmente el engaño del que se sirvió el acusado para conseguir la firma de los instrumentos públicos a costa de su víctima, tanto por la confianza generada por el sujeto agente sobre aquélla, como por la escasa capacidad de comprensión y aptitud para labores intelectuales de cierta complejidad que pudo apreciar el propio Tribunal de instancia, lo que ha resultado acreditado por el dictamen pericial médico-forense que también pudo valorar el Tribunal sentenciador, constatando el retraso mental, como inadecuación del desarrollo mental en relación con la edad del individuo. Como dice la Sala de instancia, se valió el acusado de la vulnerabilidad e influenciabilidad del perjudicado, aislándolo de cualquier familiar dotado de capacidad para supervisar sus actos de disposición, induciéndole decisivamente a realizarlos, sin que se empañe la dinámica comisiva por la intervención formalmente correcta del fedatario autorizante, ni por la tardía declaración legal de incapacidad de la víctima.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO El motivo correlativo busca su amparo en la infracción del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) y del principio de presunción de inocencia, siendo erróneos los juicios de valor y de inferencia llevados a cabo, existiendo duda más que razonable que debió haber tenido en cuenta el Tribunal de instancia.

Sin embargo el motivo ha de decaer, ya que la convicción del Tribunal a quo se sustenta en pruebas de cargo legítimamente obtenidas en el acto del juicio oral que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado, especialmente en cuanto a la existencia de engaño suficiente que determinó al perjudicado al otorgamiento de los instrumentos públicos de referencia.

La razonabilidad de las inferencias y conclusiones de la Sala de instancia son evidentes a partir de las pruebas practicadas conforme a las cuales existió engaño antecedente, suficiente e idóneo para viciar el consentimiento del sujeto pasivo determinante del acto dispositivo de la tierra y vivienda de su propiedad.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO El último motivo se articula al amparo del núm. 4 del art. 5 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y 24 CE por considerar infringido dicho precepto en cuanto a la presunción de inocencia por vulneración de los principios fundamentales de contradicción, igualdad ante la Ley, imparcialidad, inmediatez y legalidad, al amparo del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) .

Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la cuestión planteada, tal como recuerda la STS de 25-9-2002 (RJ 2002, 9236) , núm. 1565/2002, citando los argumentos expuestos en la STS núm. 1305/2002, de 13 de julio de 2002 (RJ 2002, 7456) , o en el ATS de 14-12-2001 (JUR 2002, 1744) , señalando que «surge de los arts. 41 y 42 del Pacto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar al dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para solicitar la revisión de la sentencia firme dictada por esta Sala. En efecto las facultades del Comité no han sido ampliadas por el Protocolo Facultativo, pues éste sólo extiende a personas individuales el derecho de presentar comunicaciones ante el Comité en las que se niegue el cumplimiento del Pacto por un Estado parte.

Ninguna disposición del Protocolo Facultativo modifica las competencias que el art. 41.1. h) ii) atribuye al Comité ni las que le confiere el art. 42 del Pacto. Según el art. 41.1. h) ii) el Comité, cuando no se haya llegado a una solución "se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados partes interesados" y "en cada asunto se enviará el informe a los Estados partes interesados". El art. 42 establece que, cuando no se haya resuelto el caso a satisfacción de alguno de los Estados partes interesados, el Comité -previo consentimiento de estos podrá designar una Comisión Especial de Conciliación. En el núm. 7 del art. 42 se estatuye que esta Comisión presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados partes interesados.

En consecuencia el Comité sólo tiene facultades para informar y para designar -con consentimiento de los Estados interesados- una comisión de conciliación. Ninguna norma del Pacto ni del Protocolo Facultativo otorga al Comité un poder jurisdiccional en el caso de imposible conciliación. El art. 5.4 del Protocolo sólo dice que el comité "remitirá sus puntos de vista concernientes al individuo al Estado parte interesado".

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 (RTC 1985, 60) que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14-5 Pacto, y desde la STC 42/82 (RTC 1982, 42) ha establecido que esta norma no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88 [RTC 1988, 37]).

Esta jurisprudencia constitucional ha indicado, asimismo que, de todos modos, el derecho a un recurso de casación se debe entender de la manera más favorable al acusado. Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable, ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución (RCL 1978, 2836) , el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim [LEG 1882, 16]), que indudablemente completa el conjunto de garantías del debido proceso.

A la vista de los argumentos expuestos no puede seriamente sostener el censurante que su causa no fue debidamente examinada, disponiendo de la adecuada revisión del asunto, lo que no debe confundirse, con la doble instancia o revisión íntegra del fallo condenatorio con repetición del juicio ante otro Tribunal superior. Tal exigencia, no es precisa, de acuerdo con nuestras Leyes, respaldadas por la jurisprudencia del T. Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

Tampoco en los países próximos culturalmente se establece la reproducción del juicio, como medio de colmar, en una segunda instancia, la revisión del asunto por Tribunal superior, quedando satisfecha la tutela judicial con controlar la aplicación del derecho y la regularidad de la obtención, práctica y valoración de la prueba, desde la óptica de la lógica y la racionalidad, como límites a la arbitrariedad, proscrita por nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) (art. 9-3)».

El motivo, por tanto, debe ser rechazado.

QUINTO La desestimación del recurso lleva consigo la imposición al recurrente de las costas causadas, de conformidad con la previsiones del art. 901 de la LECrim (LEG 1882, 16) .

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Juan Alberto, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 16 de febrero de 2004 (JUR 2004, 169888) , en causa seguida por delitos de Estafa.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-D. José Antonio Martín Pallín.-D. Juan Saavedra Ruiz.-D. Francisco Monterde Ferrer.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 4: STS 27.5.2010, núm. 508/2010 – “tarjetas de residente”

[palabras clave: socialización insuficiente, grado de relevancia de la debilidad en la definición de las conductas típicas]

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 1614/2009

Ponente: Excmo Sr. Luciano **Varela Castro**

La Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS *declara haber lugar parcialmente* a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 31-10-2008, casándola, anulándola y dictando segunda Sentencia en el sentido señalado en la fundamentación de la presente Resolución.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por Moises y Jose Carlos representados por la Procuradora Dª Mª Dolores Moral García, Alvaro representado por la Procuradora Dª Adela Gilsanz Madroño, Joaquín representado por la Procuradora Dª María Abellán Albertos y Basilio representado por la Procuradora Dª María Isabel Salamanca Alvaro, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 3 [31 de octubre de 2008 \(JUR 2010, 189363\)](#) por delitos de falsedad en documento oficial y estafa. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Valencia, instruyó Procedimiento Abreviado nº 209/03, contra Alvaro , Germán , Basilio , Pelayo , Serafina , Constantino , Bibiana , Joaquín , Lorena , Jose Carlos , Moises y Jesús Ángel por delitos de falsedad en documento oficial y estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia que con fecha [31 de octubre de 2008 \(JUR 2010, 189363\)](#) en el rollo nº 29/06 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Desde finales de 2002 hasta una fecha no bien determinada de 2004, ciudadanos colombianos residentes en Cataluña, concertados con otro residente en Valencia, vinieron fabricando tarjetas de residencia en favor de conciudadanos a cambio de dinero.- La mecánica era siempre la misma: unos conseguían los candidatos deseosos de obtener la residencia legal en España y les recogía una parte del dinero, fotografías y datos personales que pasaban al acusado Alvaro , una vez detraída cierta cantidad de dinero, que a su vez lo hacía llegar a Juan Luis , residente en Valencia y no acusado en esta causa, que a los quince días hacía llegar una tarjeta de residencia a Alvaro o este recogía en Valencia, en un formato similar a las auténticas en las que se habían consignado los datos personales de los solicitantes y pegado la fotografía sobre la que se había estampado un sello de la Delegación de Gobierno de Valencia y se había consignado un N.I.E. imaginario, sin que dicho documento fuera emitido por organismo oficial, siendo totalmente mendaz y no verdadero.- Cuando lo tenía en su poder Alvaro, el mismo u otros, como

luego se dirá, se lo hacían llegar a los interesados, que pagaban el resto del precio y estampaban su huella y firmaban la tarjeta, sacando una fotocopia que entregaban al proveedor para, decían, remitirla a los registros valencianos.- Así, se realizaron las siguientes operaciones: 1) El acusado Germán , alias " Botines " o " Chili ", al que le había sido denegado un permiso por la Delegación del Gobierno de Madrid y que por ello conocía la seriedad de los trámites de la administración española y que había comprado a Alvaro una de las tarjetas que nos ocupan, ofreció a Marina la posibilidad de obtener la tarjeta a cambio de 1.200 euros, entregando ésta las fotos, sus datos y 600 euros al también acusado Basilio , padre del " Botines ", que la hicieran llegar a Alvaro , quedándose ambos con parte del dinero quien según la mecánica antes dicha obtuvo la tarjeta NIE- NUM166 a nombre de Bibiana , entregándosela a ésta ambos acusados y recibiendo de ésta el acusado Germán los 600 euros restantes. Bibiana fue detenida al ir a renovar la tarjeta. No se le ha devuelto la totalidad del dinero entregado.- 2) Bernardino recibió la tarjeta NIE NUM167 de Alvaro a cambio de 460 euros, firmó la tarjeta donde Alvaro le indicó y en plena calle, enterándose de la falsedad al renovar el documento. No le ha sido devuelto el dinero.- 3) Por la misma vía y condiciones el acusado Alvaro entregó a Miguel Ángel la tarjeta NIE- NUM168 , a cambio de 300 euros.- Igualmente, fue detenido al renovar el permiso y no se le ha devuelto el dinero.- 4) El acusado Joaquín , que sabía que un amigo había conseguido un NIE de Alvaro a cambio de 1.000 euros, empezó a captar gente y a canalizarla a Alvaro a cambio de dinero.- Así realizó las siguientes operaciones:- a) Recaptó de Julián y Severiano la foto y los datos y 600 euros que entregó a Alvaro y éste entregó la tarjeta NIE- NUM169 a Joaquín le indicó y de la que era titular la acusada Serafina , en aquél tiempo casada con Joaquín . No se le ha devuelto el dinero.- b) Por idéntico procedimiento y a través de Alvaro proporcionó a María la tarjeta NIE NUM170 , a cambio de 1.200 Euros que ingresó en la cuenta ya dicha y no le han sido devueltos. María firmó la tarjeta y puso la huella en el coche de Joaquín .- c) De la misma manera consiguió, a través de Alvaro , NIE para Elisabeth con número NUM171 a cambio de 1.500 euros y para el compañero de ésta Marcelino el NIE NUM172 , a cambio de otros 1.500 Euros. Joaquín les ha devuelto casi todo el dinero.- d) De igual manera, siempre a través de Alvaro y reteniendo para sí parte del dinero que recibía, entregó a Jesús Manuel el NIE NUM173 -y a cambio de 1.200 euros, que no le han sido devueltos. Jesús Manuel firmó la tarjeta en el coche de Joaquín y allí estampó la huella utilizando un tampón que traía Joaquín .- e) De igual manera a la hasta aquí indicada, entregó a Fermín la tarjeta NIE- NUM174 , por 1.200 euros, que no le ha devuelto, enterándose al ir a renovarla que, según la manifestaron las autoridades encargadas de ello, era falso.- 5) Agustina , que también deseaba obtener documentación, contactó a través de un amigo con los acusados Jose Carlos y Moises , que le conocían a Alvaro y sabían que se dedicaba a conseguir tarjetas NIE, y le solicitan idénticos datos y las fotos ya indicadas así como 1.220 euros, que Jose Carlos entregó a Alvaro a cambio de una comisión, que Alvaro le había prometido si le traía clientes y, estando los dos juntos, entregaron a Agustina una tarjeta con NIE NUM175 , bajo de la casa de ésta y allí mismo se la hicieron firmar. No le han devuelto el dinero.- 6) Los dos citados, Jose Carlos y Moises , ofrecieron a Pedro Antonio " Chapas " a cambio de 1.320 euros, que entregó en dos mitades, la primera a la entrega de los datos y la foto y estando los dos presentes y la otra a la entrega de la tarjeta NIE NUM176 . El dinero no ha sido devuelto.- 7) Jose Carlos , esta vez solo, pidió a Maximino 1.202,2 euros, que entregó de una sola vez, a cambio de la documentación para regular su situación y éste, tras contactar como siempre con Alvaro y darle el dinero, los datos y las fotos, entregó a Maximino una tarjeta con número de NIE- NUM177 , firmado y poniendo la huella en casa del acusado Jose Carlos ; se enteró de la falsedad del documento al renovarlo y no se le ha devuelto el dinero.- 8) Y también solo el acusado Jose Carlos prometió obtener papeles para Elias y, de igual manera que en el caso anterior, le pidió 1.320 euros tras lo cual Jose Carlos , después de que, como en todos los casos, Alvaro se le proporcionara, entregó a Maximino la tarjeta NIE NUM178 , que éste firmó y estampó con su huella en la casa de Jose Carlos , enterándose que era falsa al renovar y no habiendo recuperado el dinero.- 9) El acusado Jesús Ángel sabía que podían conseguirse documentaciones falsas, a través de una persona no encausada, que conocía de un bar, quien le había dicho que a su vez conocía a un hombre que lo arreglaba.- Jesús Ángel entregó 85.000 pesetas a su conocido y éste le entregó la tarjeta NIE en la que incluso figuraban datos identificativos que no correspondían con los de Jesús Ángel .- 10) La acusada Lorena era en aquella época encargada de un

establecimiento hostelero, al que llegaron dos súbditos rumanos acompañados de una niña pidiendo trabajo, que no pudo darles por la situación irregular de la pareja, si bien los atendió, como otros compañeros, con ayuda económica, habiendo llegado a alojarlos en su domicilio.- Conoció Lorena , a través de una compañera, que se estaban gestionando permisos de residencia y a través de ella contactó con el acusado Joaquín , quien le dijo que él gestionaba la documentación y le pidió 3.000 euros, que Lorena le entregó y que a su vez había pedido a su jefe, por documentación para los dos miembros de la pareja.- Joaquín contactó con Alvaro , se cobró su parte y entregó dos tarjetas cuyos números de NIE se desconocen, sin que hayan devuelto el dinero.- 11) También han sido encausados Constantino , Pelayo y Bibiana , a los que no se puede reprochar acción alguna penalmente relevante.-" (sic)

SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Serafina , Bibiana , Lorena , Pelayo Y Constantino de los delitos por los que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio cinco doceavas partes de las costas.- Por el contrario, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Jesús Ángel , como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento oficial ya definido, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena de 6 MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 6 MESES, CON CUOTA DE 4 EUROS, con la responsabilidad personal en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, y al pago de una doceava parte de las costas.- Asimismo, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Alvaro , Germán , Basilio , Joaquín , Jose Carlos Y Moises , como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito continuado de falsificación en documento oficial en concurso con otro, igualmente continuado, de estafa, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena, a Alvaro , de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y DOCE MESES DE MULTA, con cuota diaria de 6 euros; y a Germán , Basilio , Joaquín , Jose Carlos Y Moises , a cada uno de ellos, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y ONCE MESES DE MULTA con cuota diaria de 6 euros, en todos los casos, con la responsabilidad personal en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y al pago, a cada uno de ellos, de una doceava parte de las costas.- En vía de responsabilidad civil, deberán indemnizar los condenados a los perjudicados de la siguiente manera: A) Alvaro , indemnizará personalmente a Miguel Ángel en la cantidad de 300 Euros y a Bernardino en la cantidad de 460 Euros y solidariamente con los demás condenados:- A Bibiana en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia.- A Severiano en la cantidad de 1.200 Euros. A María en la cantidad de 1.200 Euros. A Elisabeth y Marcelino en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia.- A Jesús Manuel en la cantidad de 1.200 Euros.- A Fermín en la cantidad de 1.200 Euros A Agustina en la cantidad de 1.220 Euros.- A Pedro Antonio en la cantidad de 1.320 Euros.- A Maximino en la cantidad de 2.202,2 Euros.- A Elias en la cantidad de 1.320 Euros.- B) Germán y Basilio solidariamente con Alvaro : A Gabriela en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia.- C) Joaquín , solidariamente con Alvaro : A Severiano en la cantidad de 1.200 Euros. A María en la cantidad de 1.200 Euros.- A Elisabeth y Marcelino en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia.- A Jesús Manuel en la cantidad de 1.200 Euros.- A Fermín en la cantidad de 1.200 Euros.- D) Jose Carlos y Moises solidariamente con Alvaro : - A Agustina en la cantidad de 1.220 Euros.- A Pedro Antonio en la cantidad de 1.320 Euros.- E) Jose Carlos solidariamente con Alvaro : A Maximino en la cantidad de 1.202,2 Euros.- Declaramos la insolvencia de Alvaro , Germán , Basilio , Jose Carlos y Moises , y la solvencia de Joaquín , aprobando los Autos que a tal fin dictó el Instructor.-" (sic)

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por Moises , Jose Carlos , Alvaro , Joaquín y Basilio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO

Las representaciones de los recurrentes, basan sus recurso en los siguientes motivos:

Recurso de Joaquín

1º.- Por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia que ampara al recurrente.

2º.- Por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 de la LECrim ., por error en la apreciación de la prueba, puesto de manifiesto por documentos obrantes en autos, no desvirtuado por otras pruebas.

3º.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por indebida inaplicación del art. 21.6 del CP .

Recurso de Alvaro

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la CE .

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida de los arts. 392 y 248 del CP y por inaplicación indebida del art. 21.5 y 21.6 del mismo texto legal y por la correlativa inaplicación del art. 66 de la norma punitiva máxima.

Recurso de Jose Carlos y de Moises

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la CE .

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ , por violación del derecho constitucional a un proceso sin dilación, proclamado en el art. 24 de la CE .

3º.- Apareciendo como cuarto motivo en el escrito del acusado, este motivo, en todo caso, se interpone por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación del art. 392 del CP .

Recurso de Basilio

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la CE .

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ , por violación del derecho constitucional a un proceso sin dilación, proclamado en el art. 24 de la CE y

subsidiariamente por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim . por inaplicación indebida del art. 2.6 del CP .

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de mayo de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Joaquín

PRIMERO

1.- Invocando el artículo 849.1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) , en el primero de los motivos se denuncia una doble vulneración de precepto legal afirmando que los hechos probados no son subsumibles ni en el delito de falsedad ni en el de estafa por el que viene condenado el recurrente.

La argumentación no se limita a esa consideración. Se centra muy especialmente en combatir, más que la subsunción del hecho en el precepto que tipifica el comportamiento, en la afirmación del hecho como probado, cuestionando la valoración de la prueba.

El cauce elegido para la impugnación obliga a partir de los hechos "dados" como probados.

No obstante, pese a la norma procesal invocada, es lo cierto que el recurrente funda su pretensión, también, en la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Ni la acumulación de motivos es tolerable, ni esta segunda invocación tiene en el precepto procesal invocado su adecuado cauce. Es el artículo 852 el que canaliza hoy tal contenido de la impugnación. No obstante, subsanando la defectuosa técnica del recurrente, conforme a exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, daremos respuesta también a esa segunda queja, e incluso de manera prioritaria, pues solamente establecido el hecho probado cabe examinar la cuestión de la subsunción de la norma que tipifica la infracción penal.

2.- Por lo que se refiere a la presunción de inocencia en cuanto al delito de falsedad, cuestiona el penado recurrente que exista prueba suficiente que acredite que ha falsificado documento alguno y que conociera la falsedad de ninguno de los documentos a que se refiere la sentencia.

Respecto de las declaraciones testificales se limita a subrayar que fueron ellos quienes le buscaron y que él les facilitó el número de su cuenta corriente para que le ingresaran el dinero. También que dichos testigos acreditan que las tarjetas fueron tenidas por válidas cuando los testigos las utilizaron en diversas ocasiones. Niega también su pertenencia a organización alguna.

3.- Sin necesidad de recordar la doctrina general sobre presunción de inocencia, la argumentación que se acaba de exponer deja incólume la motivación que lleva a la sentencia de instancia a imputar la falsedad de los documentos, cuya realidad ni siquiera cuestiona el penado, ya que solamente impugna su participación y consciencia de tal falsificación.

Como el recurrente admite, la participación que se le atribuye parte de una premisa no cuestionada: los "clientes" le entregan dinero para que consiga las tarjetas de identidad, el acusado obtiene del otro

penado, Sr. Alvaro , una tarjeta de identidad falsa, y él la entrega al cliente. Es en ese momento cuando el cliente firma o estampa la huella en la tarjeta falsa.

Argumenta la sentencia que tal modo de operar: inexistencia de contacto alguno con la Administración supuesta expedidora de la tarjeta, y firma por el documentado fuera de la presencia de aquella Administración, unida a la falta de toda indicación de que los demás intervinientes llevaran a cabo gestión alguna ante la Administración, implican la consciente participación en un procedimiento de elaboración de documento falso.

Esa inferencia es totalmente razonable. Como poca duda puede suscitar el alegato de que el penado creyera que el documento pedido y entregado fuera realmente expedido por la Administración. Alegato que no se funda en elemento de juicio alguno que justifique su veracidad, ni siquiera en términos de probabilidad.

4.- Excluida la modificación de los hechos probados, es incuestionable la subsunción de éstos en el tipo penal del artículo 392, en relación con el 390 apartado 1, ambos del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) . El documento generado simula ser auténtico y expedido por la Administración. Por lo que se trata de una falsedad por particular de documento oficial.

No es necesario reiterar que la autoría de este tipo delictivo conforme a reiterada jurisprudencia se atribuye a todos los que deciden llevar a cabo la creación falsaria cualquiera que sea la participación material en la confección. Aspecto éste que ni siquiera se cuestiona en el motivo.

Por lo dicho rechazamos el motivo en su doble aspecto -vulneración de presunción de inocencia y en aplicación de ley- por lo que se refiere al delito de falsedad.

SEGUNDO

1.- En el mismo motivo se formulan las mismas alegaciones para impugnar la condena por el delito de estafa.

Concluyendo la argumentación sobre la imputación del delito de falsedad, se quejaba el recurrente de que se atribuyera a él la consciencia de la falsedad de documento y, concurriendo la misma situación en los "clientes" solicitantes de la tarjeta falsa, se partiera de que éstos habían sido objeto de engaño.

Al examinar ya la imputación de la estafa se reitera la misma línea argumental.

Refuta que la percepción de 100 euros por mediar entre el falsificador material y el receptor final de la tarjeta fuera cosa diversa que el cobro de una gestión que, insiste, era lícita. Y añade que, en cualquier caso, el supuesto engaño no tiene la entidad suficiente para considerarse subsumible en el tipo penal de la estafa. Y se reitera, si el modo de operar denota consciencia de falsedad en el intermediario, esa consciencia ha de predicarse del final receptor que se encuentra en la misma situación que el penado.

2.- Conviene aquí recordar como la sentencia recurrida afirma de manera rotunda en sede de fundamentación jurídica, con relevancia en cuanto a los hechos que se estiman probados: que todos los acusados conocían a Alvaro y todos sabían el funcionamiento de la Administración en España en materia de regularización de extranjeros por lo que califica de pueril excusa el alegado desconocimiento de la legislación española para la obtención de permisos de trabajo y residencia. Y que no puede mantenerse que en este país las documentaciones de extranjeros se reciben sin haberlas firmado y que eso se hace en la calle , encima de un coche o en casa de alguno de los acusados. Y en dicha sede la sentencia califica de notoria la irregularidad. Y que por ello no cabe pretender la creencia de que el documento que se estaba entregando era auténtico. Y aún con más énfasis, si cabe, se añade " **Cualquier persona de tipo medio, ya**

sea nacional o extranjero, conoce que dichos documentos los expiden los organismos públicos oficiales correspondientes y es ante dichos organismos a donde deben concurrir personalmente los interesados".

Hemos de convenir con el recurrente que, si ello se predica del que hace la entrega del documento falso, también se debe predicar del que en esas mismas circunstancias y momento los recibe.

Y tal circunstancia excluye la posibilidad de considerar el comportamiento como engaño típico.

Lo que nos lleva a estimar parcialmente el recurso, con las consecuencias que diremos en la segunda sentencia que dictaremos a continuación.

TERCERO

1.- En el segundo motivo se alega error en la valoración de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) .

Se invoca como documento acreditativo el acta de registro domiciliario.

Se argumenta que de ellos no deriva al existencia de vestigios que autorice a inferir la participación en la actividad de falsificación.

2.- Ni el acta de una actuación del procedimiento es, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, documento de los referidos en el precepto invocado, ni de él se deriva el error de alguno de los enunciados que constituyen la declaración de hechos probados, ni que dicho acto sea neutral respecto de la imputación excluye la justificación de ésta por otros elementos de juicio, conforme se dejó explicado al rechazar, en cuanto a este delito, la alegación de vulneración de la garantía de presunción de inocencia.

El motivo se rechaza.

CUARTO

Respecto a la pretensión de estimación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, basta reiterar aquí la extensa y bien articulada doctrina que de manera minuciosa expone la sentencia recurrida y que, por harto sabida, no es preciso avalar ahora con innecesarias citas. Y basta también reiterar los antecedentes considerados en aquélla a estos efectos: desmesura de la causa, multiplicidad de acusados, enorme cantidad de documentos y cantidad de despachos que debieron ser librados, para concluir que la duración de la causa no merece la valoración de indebida.

El motivo se rechaza.

Recurso de Alvaro

QUINTO

El primero de los motivos alegados reitera los mismos reproches que el anterior recurso, ahora adecuadamente enmarcados en la invocación del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que los hechos se declaran probados con vulneración de las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Además de reiterar la denuncia por la desigual consideración de acusados y clientes en cuanto a la consciencia de la falsedad del documento, recoge de manera semejante a la que hemos dejado expuesta al resolver el anterior recurso, que no cabe considerar que el comportamiento que se describe como probado

pueda calificarse de engaño suficiente y, por ello, típico, conforme al delito de estafa. Y lo hace, como también expusimos nosotros, invocando el discurso sobre la evidencia de la falsedad que hace la sentencia recurrida.

Por ello, y por los motivos que estimamos el motivo del otro recurrente, en cuanto a la estafa, estimamos ahora el de éste, considerando que la subsunción del hecho en el tipo de la estafa implica vulneración legal y parte de una afirmación fáctica -los receptores desconocían la falsedad del documento que se le entregaba- que carece del mínimo apoyo probatorio.

Lo que implica estimación también del segundo motivo de este recurrente en el que invoca la vulneración del artículo 28 del Código Penal por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

SEXTO

En el mismo motivo se formula igual impugnación de la condena por el delito de falsedad, con la misma invocación de preceptos vulnerados que en el motivo segundo , por vulneración del artículo 392 del Código Penal al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

También debemos reiterar aquí lo dicho en relación con igual impugnación por el anterior recurrente.

Por las mismas razones que en el recurso anterior, rechazamos estos motivos en cuanto al delito de falsedad.

SÉPTIMO

Tampoco implica nuevas aportaciones argumentales este recurso en cuanto a la pretensión de que se considere concurrente la circunstancia modificativa analógica por razón de dilaciones indebidas. Invocación que se hace en el segundo motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 21.6 del Código Penal .

Nos remitimos a lo dicho, en cuanto al motivo invocado sobre tal aspecto por el anterior recurrente, para desestimar ahora el de éste.

OCTAVO

La estimación del motivo referido al delito de estafa deja sin alcance efectivo la impugnación por no estimación de la atenuante de reparación.

Y tampoco cabe entrar a examinar la denuncia de indebida aplicación de las reglas de individualización de la pena, ya que la misma se llevará a cabo en la segunda sentencia de manera coherente con el resultado de los diversos motivos alegados.

Recurso de Jose Carlos y de Moises

NOVENO

En el primero de sus motivos denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia y en el tercero (que identifica erróneamente como cuarto) infracción de ley, en ambos casos bajo una misma argumentación: no conocían la falsedad de la documentación que recibieron y entregaron, sin que prueba alguna justifique afirmar que conocían dicha falsedad, y sin que su comportamiento sea susceptible de ser calificado como constitutivo de falsedad en concurso con el de estafa.

Las actuaciones de estos recurrentes que se declaran como probadas son idénticas, en lo esencial, a las atribuidas a los anteriores recurrentes. Intermediar entre la persona que materializa la confección del documento falso con la persona que paga por su final obtención.

Las mismas argumentaciones que llevan a afirmar que ese comportamiento se hacía desde la consciencia y convenio con aquellos que realizaron la falsificación respecto de los anteriores recurrentes son ahora asumibles, en cuanto referidas a éstos. Por lo que no cabe decir que el Tribunal de instancia no dispusiera de elementos de juicio suficientes para inferir razonablemente que los recurrentes compartieron el programa delictivo con los otros penados siéndole imputable en calidad de autores la falsificación.

Pero, también por las mismas razones, que antes dejamos expuestas en relación a los otros recurrentes, debemos ahora excluir que su comportamiento fuera determinante de engaño bastante para hacer creer a los receptores finales la legitimidad de los documentos que éstos les entregaban. Lo que debe traducirse en la correspondiente absolucón por el delito de estafa, conforme estableceremos en la segunda sentencia que dictaremos a continuación.

DÉCIMO

En el segundo de los motivos se denuncia la no aplicación de la atenuante analógica por razón de supuestas dilaciones indebidas.

Por las mismas razones que rechazamos igual motivo en los demás recurrentes, desestimamos ahora éste.

Recurso de Basilio

UNDECIMO

También este penado invoca vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , por más que el cauce adecuado sea el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya vigente.

Afirma el recurrente que su participación ha sido "accidental y de carácter secundario". Pero no explica el alcance de tal aserto. En cualquier caso tal enunciado es ajeno al cauce casacional elegido. La afirmación de la participación, como hecho, siquiera "valorado" como accidental, no contradice la existencia de prueba válida y suficiente sobre el hecho que se le imputa.

Pero en el motivo se argumenta también, como los anteriores recurrentes, que "no conocía" la falsedad de la documentación que entregaba a los clientes, tras recibirla, a través de otros, de quienes materialmente la confeccionaba.

Nuevamente reiteramos lo dicho en los anteriores motivos: la consciencia de la falsedad resultaba de elementos de juicio valorados razonablemente por la sentencia de instancia. Y la actuación de los diversos sujetos se lleva a cabo de forma tal que hace manifiesta la existencia de un acuerdo entre todos los que materialmente confeccionan el documento y los que obtienen los datos de los clientes, recaudan el precio y entregan a sus finales destinatarios el producto falsificado. Por lo que el acto falsificador es imputable a todos ellos en calidad de autores.

No obstante, y también por las mismas razones antes expuestas, no cabe predicar la realización de un comportamiento generador de engaño con entidad bastante en los adquirentes del documento. Por lo que no cabe decir que aquel comportamiento sea susceptible de tipificarse como constitutivos de estafa. Con la necesaria estimación parcial del motivo y consecuencias que se expondrán en la segunda sentencia.

DUODECIMO

En segundo lugar alega la infracción de ley por no estimación de la atenuante de dilaciones indebidas como analógica del artículo 21.6 del Código Penal .

Por las mismas razones que expusimos en los demás motivos de igual contenido, rechazamos la estimación de éste.

DECIMOTERCERO

La parcial estimación de los recursos determina que, conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sean declaradas de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente a los recursos de casación interpuestos por Moises , Jose Carlos , Alvaro , Joaquín y Basilio contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha [31 de octubre de 2008 \(JUR 2010, 189363\)](#) por delitos de falsedad en documento oficial y estafa; casando y dejando sin efecto parcialmente la citada resolución con los efectos que se establecerán en la segunda sentencia que dictamos a continuación y declarando de oficio las costas

Se ratifica la decisión de la sentencia de instancia en cuanto a la absolución de Serafina , Bibiana , Lorena , Pelayo Y Constantino así como en cuanto a la condena de Jesús Ángel .

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil diez.

En la causa rollo nº 29/06 seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 209/2009, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Valencia por delitos Falsedad en documento oficial y estafa, contra Alvaro , con pasaporte nº NUM179 , hijo de Estanislao y de Satoria, nacido en Cali Valle (Colombia), el 19/03/1940, vecino de Torredembarra (Tarragona), con domicilio en c/ DIRECCION002 , NUM180 , Germán , hijo de Luis y de Blanca Luz, nacido en Pereira (Colombia) el 19/03/1972, vecino de Barcelona, con domicilio en c/ DIRECCION003 , nº NUM181 , Basilio , con NIE NUM182 , vecino de Torredembarra (Tarragona), con domicilio en Passatge DIRECCION004 nº NUM183 , Pelayo , con DNI nº NUM184 , hijo de Amadeo y de M^a Carmen, nacido en Sollana (Valencia) el día 9/8/1964, vecino de Valencia, con domicilio en c/ DIRECCION005 nº NUM185 , Serafina , con Pasaporte nº NUM186 , nacida en Colombia el día 24/11/1974, vecina de Torreforta (Tarragona), con domicilio en C/ DIRECCION006 , NUM187 , Constantino , con NIE NUM188 , hijo de Emilio y de Flor Marina, nacido en Colombia el día 16/06/1978, vecino de Valencia, con domicilio en c/ DIRECCION007 , NUM189 , Bibiana con NIE NUM190 , hija de Henry y de Denis nacida en Elias (Colombia) el día 29/9/1967, Joaquín , con Pasaporte nº NUM191 , hijo de Henry y de María Denis, nacido en Elias Huila (Colombia) el día 8 de agosto de 1969, Lorena hija de José y de Manuela, nacida en Reus (Tarragona) el día 1/5/1964, Jose Carlos hijo de Alirio y de Beatriz, nacido en Ibague Tolima (Colombia) el día 3/5/1970, vecino de Vinaroz (Castellón), don domicilio en PLAZA000 , NUM187 , Moises , hijo de Laureano y de Maria

Ruth, nacido en Neiva (Colombia) el 1/9/1975, vecino de Vinaroz, con domicilio en PLAZA000 , NUM187 , Jesús Ángel , con pasaporte nº NUM192 , hijo de José y de Matilde, nacido en Manizales Caldas (Colombia) el día 7/4/1976, vecino de Palma de Mallorca, con domicilio en c/ DIRECCION008 , NUM193 , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha [31 de octubre de 2008 \(JUR 2010, 189363\)](#) , que ha sido recurrida en casación por el Moises , Jose Carlos , Alvaro , Joaquín , y Basilio , y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se acepta la declaración de hechos probados con la salvedad de tener por no probado que los adquirentes de las tarjetas hubieran sido convencidos de que las mismas eran auténticas .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

1.- Los hechos probados son constitutivos de los delitos de falsedad continuada de documento oficial por particular, conforme a los artículos 392 y 390.1. 1º y 2º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) . Dicha continuidad es predicable incluso respecto del acusado D Basilio , por más que éste se limitara a intervenir en solamente la entrega de una de las tarjetas. En efecto, tal como predica el hecho probado, todos los penados actuaban "concertados" para la múltiple y reiterada falsificación, siendo pues accidental, en cuanto a la imputación de las falsedades, el concreto papel que le fuese atribuido en la entrega del producto falsificado.

En cuanto a la pena a imponer, no concurriendo circunstancias modificativas, pero siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal fijamos la misma en 22 meses de prisión y nueve meses de multa con la misma cuota fijada en la instancia aquí no discutida de seis euros por día.

2.- Los hechos probados no son constitutivos del delito de estafa por ausencia del elemento del tipo constituido por el necesario engaño bastante.

Lo que implica que tampoco cabe imponer las consecuencias jurídicas que venían impuestas por razón de dicho delito. Así, no ha lugar a imponer responsabilidad civil y las costas se imponen en la mitad con declaración de oficio de otra mitad.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Moises , Jose Carlos , Alvaro , Joaquín y a Basilio como autores criminalmente responsables de un delito continuado de falsedad de documento oficial a la pena a cada uno de ellos de 22 meses de prisión y nueve meses de multa a razón de 6 euros por día debiendo pagar cada uno la veinticuatroava parte de las costas de la instancia con declaración de oficio de seis veinticuatroavas partes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Caso 5: STS 2.3.2005, núm. 276/2005 – “liberación de encadenados en la otra vida”

[palabras clave: estafa y superstición, modelos de decisión económica, concepto de perjuicio patrimonial y su prueba en el proceso]

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 792/2004

Ponente: Excmo Sr. Joaquín **Delgado García**

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 17-02-2004, dictó Sentencia en la que condenó al acusado como autor responsable de un delito continuado de estafa cualificada por la cantidad defraudada, a la pena de cuatro años de prisión y ocho meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros, así como al pago de la correspondiente indemnización civil.

Contra la anterior Resolución el condenado interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, dictando segunda Sentencia en la que se le condena como autor de un delito continuado y básico de estafa, a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, con mantenimiento de los demás pronunciamientos.

En la Villa de Madrid, a dos de marzo de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el acusado D. Daniel, representado por la procuradora Sra. Pato Sanz, contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2004 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que le condenó por delito de estafa, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente D. Joaquín Delgado García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número 7 de Las Palmas de Gran Canaria incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 143/2003 contra D. Daniel que, una vez concluso remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esa misma capital que, con fecha 17 de febrero de 2004 (JUR 2004, 104755) , dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado, y así se declara, que:

I.-A principios del año 2000 el acusado, Daniel, entró en contacto con los hermanos Sergio y Marina como consecuencia de una llamada telefónica que Sergio realizó a un programa de radio de la emisora Vistamar Radio, donde el acusado se dedicaba a echar las cartas del tarot en directo a los oyentes.

Como quiera que el acusado les informara durante la consulta telefónica "que había una cosa que no veía claro para decirlo en la radio", los Sres. Sergio Marina acordaron con el acusado una cita en su despacho, sito en la CALLE000 de Las Palmas de Gran Canaria. En el citado despacho y tras echarles las cartas, cobrándoles una cantidad de dinero por la prestación de este servicio, el acusado comunicó a los Sres. Marina Sergio que sus padres -fallecidos ambos- estaban encadenados en la otra vida, y que en el plazo de tres meses Sergio iba a sufrir una enfermedad grave. Así mismo les dijo que ambas situaciones necesitaban de sendos "trabajos" para solucionarse, requiriéndoles el pago de 2000.000 de pesetas, por el trabajo para liberar las almas de los padres en la otra vida, y de 500.000 pesetas para evitar la enfermedad de Sergio, cantidades que los Sres. Sergio Marina entregaron al acusado.

II.-Posteriormente el acusado, conociendo la intención de los Sres. Marina Sergio de adquirir un apartamento en Las Palmas, les comunicó que él conocía a una persona que se dedicaba a comprar pisos en subastas, el Sr. Ildelfonso, y que el propio acusado podía hacer de intermediario en la operación de compra del inmueble; de esta manera, con el compromiso de adquirir para ellos el inmueble, el acusado consiguió que los mencionados hermanos desembolsasen en un primer momento 3.000.000 de pesetas que fueron entregados personalmente y, más tarde, 4.500.000 de pesetas y 5.000.000 de pesetas mediante transferencia que el acusado cobró en una entidad bancaria.

El acusado no realizó gestión alguna para la compra del apartamento, dando sucesivas excusas a los Sres. Sergio Marina; no obstante ante los requerimientos de los frustrados compradores les devolvió 4.500.000 pesetas (3.800.000 pesetas mediante transferencia bancaria el día 21 de junio de 2001 y 700.000 pesetas en metálico personalmente, sin que se haya podido determinar en qué fecha).

Con fecha 18 de abril de 2002, los Sres. Marina Sergio, recibieron una carta del acusado comunicándoles que se marchaba del país y que ya se pondrían en contacto con ellos».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a acusado Daniel como autor responsable de un delito continuado de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y OCHO MESES DE MULTA, con una cuota diaria de 6 euros, quedando el acusado sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil derivada del delito, el acusado indemnizará a Sergio, en la cantidad de 63.106,27 euros, cantidad que se verá incrementada según la previsión contenida en el art. 576.1 de la LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Se imponen al acusado las costas procesales causadas en este procedimiento incluidas las de la acusación particular».

TERCERO Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por el acusado D. Daniel que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Daniel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

I.-Infracción de Ley, con base en el núm. 1 del art. 849 LECrim (LEG 1882, 16) , denuncia infracción arts. 248, 249 y 250.6 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

II.-Infracción de Ley, con base en el núm. 2 del art. 849 LECrim.

III.-Infracción de Ley, con base en el núm. 1 del art. 849 LECrim, infracción art. 21.5 CP.

IV.-Infracción de Ley, con base en el núm. 1 del art. 849 LECr, infracción arts. 250.6 y 74 CP.

V.-Infracción de Ley, con base en el núm. 1 del art. 849 LECr, infracción art. 115 CP.

VI.-Denuncia vulneración del art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836) , presunción de inocencia.

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 21 de febrero del año 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Planteamiento

La sentencia recurrida (JUR 2004, 104755) condenó a D. Daniel como autor de un delito continuado de estafa cualificada por la cantidad defraudada, imponiéndole las penas de 4 años de prisión y multa de 8 meses con una cuota diaria de 6 euros.

Dicho señor entró en contacto con dos hermanos, D. Sergio y D^a Marina, por una llamada telefónica que el primero de los dos hizo a un programa de radio, en el cual el acusado se dedicaba en directo a echar las cartas del «tarot» a los oyentes. Al contestar a tal llamada Daniel dijo que en el caso consultado había algo que no veía claro, por lo que acordaron entrevistarse en el despacho profesional de éste al que acudieron los dos referidos hermanos. Ya en el despacho este señor les echó las cartas y les dijo que sus padres -ya fallecidos- estaban encadenados en la otra vida y que, además, Sergio iba a sufrir una enfermedad grave, así como que para librar a los padres de tales sufrimientos necesitaba hacer unos trabajos que costaban dos millones de pesetas, y para evitar a Sergio su enfermedad necesitaba realizar otros por valor de 500.000 ptas., cantidades que dichos hermanos entregaron al acusado. Después, Daniel, que se había ganado la confianza de los Sres. Sergio Marina, conoció la intención de éstos de adquirir un apartamento y se ofreció a hacer de intermediario con relación a una persona que se dedicaba a comprar pisos en las subastas. De este modo, con el compromiso de adquirir para ellos el apartamento, consiguió Daniel que le entregaran primero 3.000.000 de ptas., luego 4.500.000 y finalmente 5.000.000. El acusado no realizó gestión alguna para la adquisición del piso y se quedó con ese dinero; no obstante, ante la insistencia de dichos hermanos, les devolvió primero 3.800.000 ptas. y después otras 700.000.

Dicho condenado recurre ahora en casación por seis motivos.

Ya anticipamos que hemos de estimar el motivo 4º, pues no cabe aplicar al caso la agravación específica que para los delitos de estafa prevé el art. 250.1.6º (relativa al valor de lo defraudado) y al mismo tiempo el art. 74.2 que, para determinar ese valor, ordena la suma de todas las cantidades defraudadas, en aplicación del principio «non bis in idem».

Comenzamos examinando los dos motivos relativos a cuestiones de hecho y dejamos para el final los que se refieren a infracción de Ley.

SEGUNDO En el motivo 6º, al amparo del art. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) , y ello de modo muy sucinto, prácticamente sin argumentación alguna.

Contestamos también sucintamente diciendo que tiene razón el Ministerio Fiscal cuando nos dice la prueba de cargo que el tribunal de instancia tuvo a su alcance para condenar: en primer lugar, el testimonio de los dos perjudicados quienes en el juicio oral, según hemos podido comprobar con la lectura del acta correspondiente, contaron lo ocurrido, precisando las cantidades entregadas y las que luego les fueron devueltas, con detalles varios en cuanto a sus relaciones con el acusado a quien reprochan el haber jugado con sus sentimientos; después, las manifestaciones del propio D. Daniel que reconoció haber recibido doce millones y medio de pesetas de los dos hermanos referidos, aunque dijo que se lo entregaron a título de préstamo, excusa que rebate la propia sentencia recurrida; y finalmente se encuentran en el procedimiento documentos relativos a las mencionadas cantidades que corroboran las manifestaciones de los hermanos Sergio Marina

Estimamos que una condena con tales medios de prueba fue respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

Hay que desestimar este motivo 6º.

TERCERO Pasamos ahora a referirnos al motivo 2º, acogido al núm. 2º del art. 849 LECrim (LEG 1882, 16) Se dice aquí que hubo error en la apreciación de la prueba acreditado por los documentos que aparecen a los folios 24 a 29 de las diligencias previas.

Hemos examinado tales documentos y en ellos nada aparece en contradicción con el relato de hechos probados que nos ofrece la sentencia recurrida. Se trata de unas comunicaciones a su banco, realizadas por Dª Marina, por las que ordena la transferencia de dinero a favor de D. Daniel, unos documentos bancarios que acreditan la realidad de tales transferencias y unas fotocopias del DNI de dicho D. Daniel.

Lo que ocurre es que, con base a las fechas de esos documentos, razona el escrito de recurso en pro de su postura de que el dinero entregado por los dos referidos hermanos al acusado lo fue en calidad de préstamo. Pero nada relativo a ningún préstamo nos dice el texto de los documentos referidos.

Hay que rechazar también este motivo 2º.

CUARTO En el motivo 1º, por el cauce del núm. 1º del art. 849, se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los arts. 248 y 250.1.6º.

Se dice que no hubo delito de estafa por no haber existido engaño bastante para producir error en los querellantes que fuera la causa de los desplazamientos de dinero en beneficio del acusado.

Por el contrario, nosotros entendemos que concurren aquí todos los elementos exigidos en la definición que nos ofrece el art. 248.1 **CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)** , particularmente el primero y fundamental de todos, el engaño, que consiste en hacer creer a otro algo falso, a través de cualquier maniobra, ardid o argucia que se utiliza para confundir al sujeto pasivo.

En el caso presente, en los dos momentos en que se desarrollaron los hechos aquí examinados concurre este elemento característico del delito de estafa.

A) En el episodio primero aparece el ardid claramente en los hechos probados cuando se dice que les hizo creer a los dos hermanos, tras echarles las cartas, que sus padres fallecidos estaban encadenados en la otra vida y que Sergio iba a sufrir una grave enfermedad, así como que él podía librar a sus padres del

estado en que se encontraban y evitar que esa enfermedad se produjera, para lo cual necesitaba hacer unos trabajos que les costarían 2000.000 de ptas. y 500.000 respectivamente. Tal falsedad fue creída por los hermanos en ese ambiente que tan hábiles son para crear estos profesionales y tan eficaz es para obtener el lucro pretendido, precisamente porque la actuación se realiza respecto de personas que creen en la verdad de esos procedimientos y por eso acuden a esta clase de profesionales para averiguar su porvenir.

Y hemos de calificar de «bastante» el engaño referido por la condición especial de quienes acuden a esa clase de personas con una ignorancia bien inclinada a creer lo que les diga aquel a quien consideran dotado de poderes especiales.

Hay que recordar aquí la doctrina de esta sala que, para resolver si el engaño fue bastante o no, de modo reiterado nos viene diciendo que hay que estar a las circunstancias del caso concreto, particularmente las relativas a las condiciones específicas del sujeto pasivo, teniendo en cuenta que éste «puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual» (**SS. 1243/2000, de 11 de julio [RJ 2000, 6909] ; 1128/2000, de 26 de junio [RJ 2000, 5796] ;** y también las **837/95 [RJ 1995, 5548] , 161/2002 [RJ 2002, 3066]** y **2.1.2003 [RJ 2003, 1122]** , entre otras).

B) Y en cuanto al segundo episodio, además de ese abuso de la credibilidad de los dos hermanos a la que acabamos de referirnos, que creó una especial relación de confianza y sometimiento de las dos víctimas a la voluntad del acusado, hubo un engaño más concreto consistente en hacerles creer que iba a actuar de intermediario en la adquisición del apartamento que querían comprar tales dos hermanos, y que, para ello, necesitaba dinero que habría de adelantarse, porque conocía a quien se dedicaba a participar en las subastas de esta clase de bienes inmuebles. Así consiguió la entrega de tres millones de ptas., luego cuatro y medio y finalmente cinco, total doce millones y medio, de los cuales luego devolvió cuatro y medio ante los insistentes ruegos de los perjudicados.

Quedaron así cumplidos los elementos del tipo de estafa del art. 248 en cada uno de los dos referidos episodios:

-Engaño bastante.

-Que produjo error en los dos hermanos.

-Quienes realizaron sendos actos de disposición en su propio perjuicio.

-Todo ello movido por un evidente ánimo de lucro de Daniel.

Así razonamos la desestimación de este motivo 1º.

QUINTO 1. En el motivo 4º, por la misma vía del art. 849.1º LECrim (LEG 1882, 16) , se alega de nuevo infracción de Ley, ahora referida al art. 74 en relación con el 250.1.6º. Pretende el recurrente que aplicar, en el caso presente, conjuntamente estas dos normas, que en definitiva constituyen agravación de las penas correspondientes, infringe el principio «non bis in idem». Se dice que la agravación del art. 250.1.6º (por el valor de la defraudación) ha de considerarse absorbida por lo dispuesto para el delito continuado en el art. 74 que, para los de carácter patrimonial, manda tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, ordena la suma de las diferentes cantidades estafadas. Reconoce, en definitiva, como correcta la aplicación al caso de la figura del delito continuado, pero dice que hubo infracción de Ley, por haberse penado al mismo tiempo la estafa como agravada por el núm. 6º del art. 250.1.

2. Hemos dicho en nuestra reciente sentencia 1085/2004, de 4 de octubre (RJ 2004, 8000) , reproduciendo otra, la 915/2004, de 15 de julio (RJ 2004, 4209) , a su vez tomada de otra, la 142/2003, de 5 de febrero (RJ 2003, 2432) , lo siguiente:

«Esta norma del art. 250.1.6º CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) aparece redactada en los términos siguientes: "El delito de estafa será castigado con las penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando:

6º. Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia".

No ha de aplicarse esta norma, que prevé una agravación de la pena, más allá de lo que cabe deducir de su propio texto, so pena de incurrir en una aplicación analógica perjudicial al reo, prohibida por el principio de legalidad que ha adquirido rango de derecho fundamental por lo dispuesto en el art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836) , tal y como es entendido por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 77/83 [RTC 1983, 77] , 75/84 [RTC 1984, 75] , 159/86 [RTC 1986, 159] y 61/90 [RTC 1990, 61] , entre otras muchas) que se funda a su vez en el principio de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) del art. 9.3 (SS. 101/88 [RTC 1988, 101] y 93/91 [RTC 1991, 93] , entre otras).

Conforme a lo que esta norma penal nos dice, y razonando de modo semejante a como lo hizo esta sala constituida en pleno en sentencia de 29.7.98 (RJ 1998, 5855) (caso Marey) a propósito de una norma de contextura similar a este art. 250.1.6º, la del inciso 1º del art. 432.2 del mismo CP, podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la "especial gravedad" del hecho, una sola cualificación, para cuya determinación la Ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1º. El valor de la defraudación.

2º. La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. 12.2.2000 [RJ 2000, 427]) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1º. Es decir, en realidad este criterio 2º no es un criterio más a añadir al 1º.

3º. La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Repetimos, nos hallamos ante un una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad" y para conocer si en el caso existe tal "especial gravedad" el legislador nos impone tres criterios (en realidad sólo dos como acabamos de decir).

Vamos a distinguir dos casos.

A) Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el núm. 7º del art. 529 CP 73 (RCL 1973, 2255) a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (SS. de 16.9.91 [RJ 1991, 6198] , 25.3.92 [RJ 1992, 2441] y 23.12.92 [RJ 1992, 10326] , y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas "especial gravedad". Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resoluciones (SS. 23.7.98 [RJ 1998, 6185] , 9.7.99 [RJ 1999, 5942] , 12.2.2000 [RJ 2000, 427] , 7.12.2000 [RJ 2000, 10148] , 22.2.2001 [RJ 2001, 479] y 14.12.2001 [RJ

2002, 2073]) que, en ocasiones, ha interpretado esta norma (250.1.6º) en relación con la del art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª, en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad" a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar.

Repetimos, una cantidad por sí sola importante -puede ser la de seis millones antes referida- por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

B) Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia, como lo hizo la sentencia de esta sala de 14.12.98 (RJ 1998, 10388) en que la perjudicada era una pensionista y la cuantía de la estafa ascendió a 1.707.000 ptas. Como dice esta última resolución, la redacción actual de este art. 250.1.6ª "ha introducido de alguna manera elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7ª del art. 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva". Véase también la sentencia de esta misma sala de 4.10.2000 (RJ 2000, 8727) que tuvo en cuenta la situación económica en que quedaron las víctimas, personas en paro que entregaron todos sus ahorros al autor del delito, aunque en este caso la cuantía de lo defraudado, superior a los treinta millones de pesetas, habría sido bastante, por sí sola, para aplicar la norma aquí examinada».

3. En el caso presente son dos los episodios que nos relatan los hechos probados, el 2º a su vez dividido en otros subepisodios, todos abarcados en uno solo a través de la norma reguladora del delito continuado, el art. 74 CP, en total cuatro hechos de estafa, por 2.500.000, 3.000.000, 4.500.000 y 5.000.000 de ptas. Ninguna de estas cifras puede considerarse por sí sola como merecedora de esa norma de «especial gravedad», ya que no alcanza esa cifra de 6.000.000 a que antes nos hemos referido (apartado A). Al quedar todas por debajo de esta cuantía, habría de tenerse en cuenta la situación económica en que el hecho dejó a las víctimas. No conocemos cuál era la posición económica de los perjudicados y tampoco los efectos que estos hechos pudieron producir en sus patrimonios. Hay una duda respecto de esta circunstancia concreta, duda que hemos de resolver considerando que el hecho ocurrió en la forma que más habría de favorecer al reo («in dubio pro reo»). Es decir, en este caso hemos de entender que era buena la mencionada posición económica de las víctimas y que, por ello, no quedaron en mala situación tras cada uno de los cuatro hechos de estafa antes referidos. En pro de esta tesis hay un hecho indiciario, que consiste en la facilidad con que tales dos hermanos pudieron disponer de esas cifras tan elevadas para entregárselas a Daniel.

La conclusión a la que hemos de llegar aquí es la de que los cuatro referidos actos de disposición encajan en el apartado B) antes referido. Y como ha de entenderse que ninguno de estos hechos determinó que las víctimas quedaran en mala situación económica, hay que concluir en que no es aplicable a cada uno de tales hechos defraudatorios esta agravación específica de «especial gravedad» del art. 250.1.6ª CP.

¿Qué es lo que ha ocurrido entonces?. Simplemente, y así se deduce del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, que la sala de instancia ha tenido en cuenta la suma total de esas cuatro cantidades para aplicar esta agravación específica: 15.000.000 de ptas. por sí misma constituye esa «especial gravedad». Y al mismo tiempo ha tenido que sumar esas cantidades tal y como lo ordena el art. 74.2 al existir un delito continuado que agrupa en su seno, como una infracción sola, esas otras cuatro. Es decir,

esa suma se ha tenido en cuenta por dos veces para el cálculo de la pena a imponer. Y esto, como bien dice el recurrente y apoya el Ministerio Fiscal, constituye una vulneración del principio «in dubio pro reo».

En consecuencia, hay que excluir la aplicación del citado art. 250.1.6ª para aplicar solo la norma del art. 74, conforme luego razonaremos en segunda sentencia a la hora de concretar la pena a imponer.

Basta decir aquí que hay que estimar este motivo 4º que, repetimos, ha apoyado el Ministerio Fiscal.

SEXTO 1. En el motivo 3º, también por el cauce del art. 849.1º LECrim (LEG 1882, 16) , se alega otra vez infracción de Ley. Se dice que debió aplicarse al caso la circunstancia atenuante 5ª del art. 21, «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

Se funda en que voluntariamente devolvió 3.800.000 ptas. y luego otras 700.000, en total 4.500.000 ptas.

2. Tiene razón el recurrente en que, cuando la norma penal que acabamos de transcribir permite dos alternativas, la reparación del daño o la disminución de sus efectos, permite la apreciación de esta atenuante 5ª también en los casos de reparación no total del daño ocasionado. Es evidente que devolver esos 4.500.000 pesetas produjo una disminución de los efectos de ese daño. La voluntad del legislador es beneficiar a la víctima y ello lo hace reconociendo a favor del autor del delito una circunstancia atenuante si repara total o parcialmente los efectos dañosos de la infracción penal y todo, con gran amplitud en cuanto al requisito cronológico: en cualquier momento del procedimiento con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Los términos literales en que queda precisado en tal art. 21.5ª ese requisito cronológico limitan su aplicación al caso de reparación una vez iniciado el procedimiento y antes de la celebración del juicio oral. Parece que el legislador ha querido excluir aquellos casos en que esa reparación total o parcial se haya producido antes del comienzo de las actuaciones procesales en sentido amplio, del modo en que tradicionalmente lo ha venido aplicando esta sala a propósito de la anterior circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo: habrá de abarcar las diligencias procesales y también las preprocesales, esto es las actuaciones de la policía, así como las practicadas por el Ministerio Fiscal (art. 5 de su Estatuto [RCL 1982, 66] y 773.2 LECrim). Quizá esta limitación temporal tenga su justificación en que el legislador ha querido que se produzca, además de tal efecto material de la reparación, el relativo al acercamiento del autor del hecho a la víctima, por los efectos beneficiosos que tal acercamiento puede tener respecto del reo que de este modo puede darse cuenta del daño ocasionado, favoreciendo así la reinserción social del delincuente, finalidad expresamente prevista en nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) en el art. 25.2 para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad.

No obstante lo dicho, hay que entender que una reparación total o parcial del daño ocasionado, realizada voluntariamente por el autor de la infracción penal, habría de constituir una circunstancia atenuante a través de la analogía expresamente recogida en el núm. 6º de este art. 21 para esta materia, siempre que, tratándose de reparación parcial, ésta pueda considerarse como particularmente relevante, dado que la falta de ese requisito cronológico ha de llevar consigo una mayor exigencia en el otro requisito, el material, referido a la efectiva disminución del daño ocasionado a la víctima.

3. Aplicando la doctrina referida al caso presente, entendemos que no procede estimar atenuante alguna en base a tales devoluciones:

A) No es posible la aplicación del art. 21.5ª por no concurrir el requisito cronológico referido, ya que el procedimiento se inició el 19.11.2002 por comparecencia (denuncia) de los dos hermanos perjudicados ante la policía judicial de Las Palmas de Gran Canaria, mientras que la devolución de los 4.500.000 tuvo

lugar antes, en junio de 2001, según dijeron los denunciantes en tal comparecencia (folio 3) y precisa la sentencia recurrida en el párrafo penúltimo de sus hechos probados en que se dice que el 21.6.2001 se hizo la primera devolución, la más importante (3.800.000 ptas.), porque consta la fecha de su ingreso en una cuenta bancaria. Tal precisión no fue posible respecto de las 700.000 restantes, porque se entregaron en mano; pero en todo caso esta otra entrega se realizó antes de tal denuncia, ya que en la mencionada comparecencia se hace referencia a las dos devoluciones.

B) Porque, como bien dice el Ministerio Fiscal que impugna este motivo, en relación a los 15 millones en total defraudados esa cantidad de 4,5 millones ni siquiera alcanza a la tercera parte del total. No podemos hablar aquí de reparación parcial particularmente relevante: tampoco cabe aplicar aquí la circunstancia atenuante analógica del núm. 6º del art. 21.

Hay que rechazar este motivo 3º.

SÉPTIMO Sólo nos queda por examinar el motivo 5º, también acogido al art. 849.1º LECrim (LEG 1882, 16) , en el que se denuncia infracción de Ley por aplicación indebida del art. 115 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que manda establecer razonadamente las bases en que se funda el juzgado o tribunal para fijar la cuantía de la responsabilidad civil.

Es cierto que en el presente caso no se dice nada en el fundamento de derecho 5º de la sentencia recurrida, dedicado a esta materia, sobre las referidas bases; pero también lo es que en este caso tal no era necesario, porque la cuenta es muy simple. Se defraudaron, en los dos episodios referidos, un total de 15 millones de pesetas (2.500.000 + 12.500.000) de los que hay que restar los 4.500.000 devueltos. Total a devolver, 10.500.000 ptas. que equivalen a los 63.106, 27 euros, que es la cantidad reconocida como deuda principal en tal fundamento de derecho quinto.

Desestimamos este motivo 5º.

FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Daniel por estimación de su motivo cuarto referido a infracción de Ley y, en consecuencia, anulamos la sentencia que le condenó por delito de estafa, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria con fecha diecisiete de febrero de dos mil cuatro (JUR 2004, 104755) , declarando de oficio las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Joaquín Delgado García.-Joaquín Giménez García.-Luis-Román Puerta Luis.

En la Villa de Madrid, a dos de marzo de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 7 de Las Palmas, con el núm. 143/03 y seguida ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que ha dictado sentencia condenatoria por delito de estafa contra el acusado D. Daniel, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente D. Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dicho acusado y la acusación particular que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

Los de la sentencia recurrida (JUR 2004, 104755) y anulada incluso su relato de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo que no hay que aplicar al caso la agravación específica que para el delito de estafa establece el art. 250.1.6º, sino el art. 74 (delito continuado), por lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de la anterior sentencia de casación, donde hemos razonado cómo la sentencia recurrida vulneró el principio «nos bis in idem».

SEGUNDO Los demás de la citada sentencia de casación.

TERCERO Y en cuanto a la determinación concreta de la pena hemos de tener en cuenta los datos siguientes:

1º. Hay que aplicar el art. 249 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que en la versión de la fecha de los presentes hechos preveía una pena de 6 meses a 4 años de prisión para las estafas en cuantía superior a 50.000 ptas.

2º. Pero la reciente LO 15/2003 (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903) , que ha entrado en vigor el pasado 1.10.2004 ha modificado ese precepto aumentando esa cuantía a 400 € y rebajando tal pena a la de 6 meses a 3 años (norma más favorable para el reo: art. 2.2 CP).

3º. La disposición transitoria 2ª de la mencionada LO 15/2003 dice que para determinar cuál sea la Ley mas favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

4º. Esto quiere decir que, si aplicamos la rebaja de pena referida, ha de aplicarse también la modificación que para el delito continuado ha establecido la misma LO 15/2003, que manda imponer, en estos casos de delito continuado la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

5º. También hay que tener en cuenta aquí la doctrina reiterada de esta sala que considera las normas del art. 74.2 CP, que son específicas para las infracciones continuadas contra el patrimonio, como excluyentes de esa otra del art. 74.1 que ordenaba imponer en estos casos la sanción correspondiente a la infracción más grave (a esto se limitaba la redacción anterior a la referida LO 15/2003). Fue necesaria esta doctrina a fin de poder acomodar la pena a las cuantías de las defraudaciones, tan diversas. Conforme a tal doctrina ya no es preceptiva la imposición de la agravación del art. 74.1, pero sí cabe imponerla. Por eso, en la mencionada aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en la citada LO 15/2003, hay que tener en cuenta la modificación operada respecto de la pena prevista en el art. 74.1: «pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

6º. Con arreglo a esta posición jurisprudencial, la pena que se puede imponer para los delitos del art. 249, cuando son de carácter continuado, tras la modificación legal referida, abarca desde 6 meses a 3 años y 9 meses de prisión, pena inferior a la prevista antes de tal modificación, que era la de 6 meses a 4 años.

7º. Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto en tal LO 15/2003 por ser más beneficioso para el reo, conforme al citado art. 2.2 CP, que concede efecto retroactivo a las Leyes penales que favorezcan al reo.

8º. Nos hallamos ante un delito continuado en el que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que, según la regla 6ª del art. 66, cabe recorrer toda la extensión de la pena teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente (como relevante solo sabemos aquí que carece de antecedentes penales) y la mayor o menor gravedad del hecho.

9º. Es característico del art. 249, que prevé la pena básica a aplicar para los delitos de estafa, el que esta norma nos diga los criterios a tener en consideración para individualizar la pena, que constituyen la concreción para este delito de esa mayor o menor gravedad establecida como criterio genérico en la mencionada regla 6ª del art. 66.

10º. Tales criterios del art. 249 son los siguientes:

-a) El importe de lo defraudado, sin duda el más importante de todos estos criterios y por ello lo sitúa el legislador en primer lugar. Han de considerarse importantes los 15.000.000 de pesetas, cuantía total obtenida de la suma de todas las estafas integradas en este delito continuado. Y sin deducción alguna, a estos efectos penales, por la devolución de los 4.500.000 ptas. que, por los diversos requerimientos de los ofendidos, voluntariamente entregó Daniel a los hermanos Marina Sergio. El delito quedó consumado cuando se produjo la entrega de las cantidades defraudadas. Esa devolución sólo produce efectos respecto de la responsabilidad civil. Criterio en pro de una mayor pena.

-b) El quebranto económico causado a los perjudicados. Parece referirse el legislador al mismo criterio al que nos hemos referido antes en la primera sentencia al tratar de la agravación específica del art. 250.1.6º, por lo que hemos de tener en cuenta, a estos efectos de determinación del quebranto económico, la posición patrimonial de los hermanos víctimas de estos hechos, dato que no conocemos como nos dice el propio recurrente en su escrito de recurso, según hemos explicado ya en esa primera sentencia - fundamento de derecho 5º-. Criterio indiferente para la fijación de la pena.

-c) Las relaciones entre los perjudicados y el defraudador. Fueron tan estrechas en el caso presente, en ese mundo del espiritismo o similar, que la sentencia recurrida en el párrafo último de su fundamento de derecho 2º nos dice, con indudable valor fáctico, que el acusado se valió de la predisposición de sus víctimas y de la confianza que habían depositado en él, al razonar sobre la existencia del engaño respecto del que venimos denominando segundo episodio. Criterio también favorable para la subida de la pena.

-d) Los medios empleados por el defraudador. Entendemos que valerse de esos artificios de la «ciencia del Tarot» con ese mecanismo de echar las cartas para averiguar el porvenir de los clientes, que se traslada a dar información sobre la situación de los padres de éstos en la otra vida, afirmando que estaban encadenados, es jugar con los sentimientos de las víctimas, tan nobles como lo son, sin duda, los relativos al cariño hacia los padres fallecidos, atribuyéndose el poder de liberar sus almas y obteniendo así dos millones de pesetas. Y añadir que se va a adquirir una enfermedad suma aún más gravedad a los hechos, pues infunde un miedo sólo para lucrarse más todavía. Criterio, sin duda importante en el caso presente, también en pro de la elevación de la pena, aunque sólo se refiera al que venimos llamando primer episodio.

-e) En cuanto a las otras circunstancias que pudieran servir para valorar la gravedad de la infracción hemos de tener en cuenta, como criterio favorable para el reo en orden a la fijación de la pena, el hecho de haber devuelto voluntariamente esos 4.500.000 ptas.

En conclusión, ganarse la confianza de las personas mediante procedimientos tan innobles, que llevaron consigo un total defraudado de quince millones de pesetas, aunque después se devolvieran cuatro y medio y se trate de un delincuente sin antecedentes penales, merece las penas previstas en los referidos art. 249 y 74 CP, desde luego en su mitad superior, y próximas al máximo legal permitido, que es el de tres años y nueve meses de prisión, concretamente tres años y cuatro meses.

FALLO

CONDENAMOS A D. Daniel, como autor de un delito básico de estafa sin circunstancias modificativas con el carácter de delito continuado, a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Joaquín Delgado García.-Joaquín Giménez García.-Luis-Román Puerta Luis.

PUBLICACIÓN.-Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Supuesto relacionado con el caso 5: STS 2.2.2007, núm. 89/2007 – “curación milagrosa”

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 1473/2005

Ponente: Excmo. Sr. José Antonio **Martín Pallín**

La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) dictó Sentencia de fecha 04-03-2005, por la que condenaba a la acusada como autora responsable de un delito continuado de estafa de especial gravedad.

Contra la indicada Resolución interpuso la acusada recurso de casación por los motivos que se estudian a continuación en los fundamentos de derecho.

El TS *declara haber lugar* al recurso interpuesto, absolviéndole del delito por el que venía siendo condenada.

En la Villa de Madrid, a dos de febrero de dos mil siete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la procesada Concepción, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, que la condenó por delito de estafa de especial gravedad. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando la procesada recurrente representado por la Procuradora Sra. Fernández Pérez. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera (Cádiz), instruyó Diligencias Previas con el número 339/2002, contra Concepción y Iván y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de

Cádiz, Sección 8ª que, con fecha 4 de marzo de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados :

I.— El día 25 de febrero de 2001 Amelia y Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción y de Iván en Jerez de la Frontera. Los referidos hermanos acudieron a ese domicilio para pedirle a Concepción que curase a su padre, Felix, que sufría un carcinoma hepático avanzado, con metástasis. A los referidos hermanos Amelia Luis Antonio les había dicho una tía suya que Concepción tenía «poderes» y que gracias a ella su tío Jose Pedro estaba mejorando del cáncer que sufría. Los hermanos Amelia Luis Antonio acudieron a ver a Concepción que les dijo que efectivamente ella estaba curando a su tío y, tras ver una fotografía del padre de Amelia y Iván, les indicó que ella podía curar a su padre pero que había que actuar en una semana como máximo, que si no moriría. Les dijo también que el tratamiento era caro pues incluía la compra de unos líquidos en Madrid, de precio elevado, y les explicó que también era necesario sacrificar animales y extraerles los mismos órganos afectados por el cáncer que sufría su padre, tarea para la que precisaba la ayuda de otra persona. En principio Concepción les pidió 2 millones de pesetas, cantidad que elevó en el mismo día hasta 3 millones de pesetas. Concepción llegó a enseñar a los hermanos Luis Antonio Amelia su DNI, diciéndoles que anotaran sus datos como garantía de su actuación. Los hermanos Amelia Luis Antonio, que se encontraban extremadamente asustados y desanimados por la enfermedad que sufría su padre, sin que los médicos les diesen ninguna esperanza de curación, hablaron con otros dos hermanos, Paloma y Pablo y decidieron intentar conseguir el dinero que Concepción les pedía. El 27 de febrero de 2001 los hermanos Amelia Luis Antonio entregaron a Concepción la cantidad de 2000.000 de pesetas que les había prestado Lucía. El 6 de marzo de 2001 le entregaron a Concepción otras 995.000 pesetas y un pájaro conocido como «inseparable» que habían adquirido en Ubrique por 5.000 pesetas y que Concepción les había pedido que le comprasen tras haber visto otro igual en su casa de Ubrique. Ese millón de pesetas correspondía a un préstamo por 800.000 pesetas obtenido de Unicaja y otras 200.000 pesetas que tenía Felix depositadas en un banco. Concepción hizo suyo el dinero que le entregaron. Los hermanos Luis Antonio Amelia al adquirir el pájaro en Ubrique solicitaron que la factura se hiciese a nombre de Concepción e hicieron constar su número de DNI, ya que el pájaro era para ella y el precio se descontó de la cantidad de dinero que los hermanos le dieron a Concepción.

II.— Hasta en 4 ocasiones los hermanos Amelia Luis Antonio se ocuparon de que Concepción y Iván fuesen llevados desde Jerez de la Frontera a Ubrique, a casa de sus padres, presentando a Concepción como una prima de Lebrija del marido de Amelia. En todas esas ocasiones los hermanos se ocuparon de que los dos acusados fuesen llevados a regreso a Jerez. Además el contacto telefónico de Amelia con Concepción fue casi diario. En todo momento Concepción insistió en que ella estaba curando a su padre y les indicó a los hermanos diversos comportamientos que debían seguir para la curación, como por ejemplo que tenían que poner una vela y un vaso de agua delante de una foto de su padre.

III.— En otras ocasiones los hermanos Amelia Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción en Jerez para hablar con ella, sin que estuviese presente Iván, que sí acompañó a Concepción cuando acudió a Ubrique. Al menos en una ocasión en Ubrique Iván confirmó a los hermanos Amelia Luis Antonio los «poderes» curativos de Concepción, indicándoles casos concretos de curaciones en los que ella habría intervenido. Además les dijo que Concepción iba a curar a su padre, pues nunca nadie había ido a su casa a quejarse, sino a llevarle algún regalo por la curación. No se ha probado que Iván hablase con los hermanos Amelia Luis Antonio del dinero que habían pagado para conseguir los servicios de Concepción.

IV.— Mientras tanto la enfermedad de don Felix seguía su curso natural, sin ninguna influencia de los pretendidos poderes de la acusada, que alrededor de abril de 2001 solicitó a los hermanos Amelia Luis Antonio que le diesen otro millón y medio de pesetas. Aprovechando que Amelia había sido ingresada en el Hospital por una enfermedad, Concepción llegó a decirle que le había pasado el cáncer de su padre y que era normal que su padre estuviese cada vez más amarillo y desmejorado, porque ella le estaba «tocando» por dentro. Los hermanos Solando le dijeron a Concepción que no tenía más dinero, pese a lo

cual mantuvieron los contactos casi diarios con Concepción que decía que continuaba ejerciendo sus «poderes» para curarlo. Finalmente el 18 de julio de 2001 don Felix falleció. Al día siguiente Amelia, con la intención de pedirle que le devolviera la foto de su padre y en presencia de su hermano Iván, llamó a Concepción que les dijo que no los conocía de nada.

V.– A Amelia se le diagnosticó, tras la muerte de su padre, un trastorno de adaptación con predominio de alteraciones de otras emociones, provocado tanto por el padecimiento que sufre su marido como por una reacción emocional derivada de la enfermedad y fallecimiento de su padre, así como de los hechos antes descritos. El marido de Amelia sufre desde al menos el año 2000 un trastorno orgánico de la personalidad y una epilepsia postraumática. Por sentencia de 29 de noviembre de 2004 fue declarado incapaz para gobernarse y administrar sus bienes. Amelia nació en el año 1964 y ha trabajado como administrativo en el Ayuntamiento de Ubrique. Luis Antonio nació en el año 1973, sus estudios son de auxiliar de clínica y en la época en que ocurrieron los hechos trabajaba en la construcción. Los hermanos Amelia Luis Antonio están devolviendo a razón de 180 euros mensuales el equivalente a 2 millones de pesetas que recibieron en préstamo de la señora Lucía.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: fallamos : Condenamos a Concepción como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa de especial gravedad a las penas de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 6 euros. Si la condenada no satisficere voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

La pena de prisión lleva consigo como accesoria la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Condenamos a Concepción a que:

1º.-Abone a los hermanos Amelia Luis Antonio una indemnización de 24.040,43 euros y el importe resultante de aplicar a esa cantidad el interés legal desde el 6 de marzo de 2001 hasta su completo pago, interés que se incrementará en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia.

2º.-Abone a Amelia una indemnización de 1.000 euros.

3º.-Abone la mitad de las costas causadas en el presente procedimiento, con inclusión también de la mitad de las costas generadas por la intervención de la acusación particular.

Absolvemos a Iván de la acusación de complicidad en el delito de estafa que contra él se dirigía y declaramos de oficio la mitad de las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal conforme al artículo 248 núm. 4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal de su procedencia, para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

3.– Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la procesada, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.– La representación de la procesada Concepción, basa su recurso en los siguientes motivos de casacion :

I.– Al Paloma del artículo 849. 1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) y 5.4 de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , por infracción de precepto constitucional, en especial el artículo 24 de la [Constitución española \(RCL 1978, 2836\)](#) .

II.– Al Paloma de los artículos 849. 1º y 238. 3º de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , por inadmisión de la nulidad de procedimiento.

III.– Al Paloma del artículo 849. 1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) , al haberse aplicado indebidamente el artículo 248 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) .

IV.– Al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal, relativo a la continuidad delictiva.

V.– Por infracción de Ley, al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 250. 1. 6º del Código Penal, relativo a la especial gravedad.

VI.– Al Paloma del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma.

5.– Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 13 de diciembre de 2005, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.– Por Providencia de 28 de diciembre de 2006 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.– Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 25 de enero de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Teniendo en cuenta las características de los hechos, es cuestión prioritaria analizar la concurrencia de los elementos típicos de la estafa y concretamente del engaño bastante.

1.– Es necesario, con carácter previo, hacer alguna precisión sobre los hechos probados.

Los denunciados, ante el padecimiento por su padre de un carcinoma hepático avanzado con metástasis, al que los médicos no le daban ninguna esperanza de evolución positiva, diagnosticando su desenlace fatal, decidieron agotar las posibilidades de curación acudiendo a métodos mágicos y absolutamente acentíficos.

Los hermanos, «se encontraban extremadamente asustados y desanimados» ante esta situación, por lo que acudieron a la acusada que, tras ver una fotografía del padre, les dijo que podía curarle pero que había que actuar en una semana como máximo porque si no moriría.

La acusada les dijo que el tratamiento era caro pues incluía la compra de unos líquidos en Madrid, de precio elevado, y les explicó que también era necesario sacrificar animales y extraerles los mismos órganos afectados por el cáncer que sufría su padre.

En los contactos durante el tratamiento, les dijo que tenían que poner una vela y un vaso de agua delante de una foto de su padre.

Habiendo sido ingresada la denunciante en un hospital a causa de una enfermedad, la recurrente la dijo que se le había pasado el cáncer de su padre.

Los contactos entre ambas se iniciaron el 25 de febrero de 2001 y el padre falleció el 18 de julio de 2001.

Estos son, en síntesis, los hechos que constituyen la base de la imputación de un delito de estafa a la acusada recurrente.

2.– La existencia del delito de estafa exige un engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

La esencia delictiva gira en torno a una conducta engañosa, suficientemente convincente, con un contenido tal que pudiera producir error en el común de las gentes. La cualificación del engaño como penalmente relevante suscita problemas de interpretación que es necesario acomodar a los casos concretos.

La dificultad aumenta si tenemos en cuenta que, nuestro [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , en el artículo 1269 nos dice que «existe dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes se induce a otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho». Es evidente que las palabras o maquinaciones insidiosas constituyen un engaño, si bien no siempre es posible derivarlo hacia el campo del derecho penal.

3.– Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado criterios cuantitativos para delimitar el dolo penal y distinguirlo del dolo civil. En consecuencia, es necesario reservar la aplicación del derecho penal a los casos verdaderamente graves que supongan ataques suficientemente fraudulentos, al patrimonio ajeno.

En términos generales se ha simplificado el debate exigiendo que el engaño sea «bastante». Gramaticalmente significa o es homologable a suficiente, considerable y en cierto modo intenso. Como es lógico, la interpretación jurisprudencial está llamada necesariamente, a integrar este concepto en cada caso concreto.

Si tenemos en cuenta que el engaño nace de una relación de comunicación, personal o indirecta, con la persona engañada, para graduar su intensidad, es necesario tener en cuenta las cualidades del sujeto pasivo. Para completar este cuadro es necesario tener en cuenta el grado de conocimiento medio de una sociedad que, como sucede en el caso presente, vive ya en el siglo XXI. El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buena ventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal.

En estos casos, por lo general, se considera que el engaño es tan burdo e inadmisibles que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa.

4.– El legislador nos proporciona una interpretación complementaria al considerar, como una modalidad agravada, la estafa cometida con abuso de las relaciones existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

5.– No se discute que los denunciados estuviesen angustiados ante la grave enfermedad que padecía su padre y que buscasen desesperadamente cualquier tratamiento que pudiera curar su enfermedad. En el mundo intercomunicado en el que vivimos, cualquier persona media está en condiciones de conocer

cuáles son los efectos de los padecimientos que genéricamente se recogen bajo la denominación genérica de cáncer. Está probado y así se declara que los médicos les habían advertido que era imposible la curación de un carcinoma hepático de las características que padecía el padre de los denunciados.

6.– No sería extraño que, aun en contra de los consejos médicos, agotasen todas las posibilidades que la medicina más avanzada pudiera proporcionar para tratar estas dolencias. Ahora bien, acudir a una médium a la que se atribuían «poderes especiales», resulta una decisión quizás comprensible, pero que en ningún caso podía inducir a error a los denunciados. La esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal.

Para reforzar más estas conclusiones, disponemos de las circunstancias personales de los denunciados. La hija era administrativa empleada en el Ayuntamiento de su localidad y el hijo, auxiliar de clínica, aunque ahora trabajaba en el construcción. No es posible admitir que personas con esas cualidades actuaran seriamente bajo error o engaño. En todo caso su reclamación podría encauzarse por la vía civil si es que consiguen demostrar que fueron inducidos por palabras o maquinaciones insidiosas.

Admitida la cuestión de fondo, no es necesario abordar el examen de los restantes motivos.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

FALLO

Fallamos: Que Debemos Declarar Y Declaramos Haber Lugar Al Recurso De Casación interpuesto por la representación procesal de Concepción, casando y anulando la sentencia dictada el día 4 de marzo de 2005 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, en la causa seguida contra la misma por un delito de estafa de especial gravedad. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. José Manuel Maza Martín D. José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de febrero de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera (Cádiz), con el número 339/2002 contra Concepción Y Iván, en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 4 de marzo de 2005, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se da por reproducido el fundamento de derecho primero de la sentencia antecedente.

FALLO

Fallamos: Que Debemos Absolver Y Absolvemos A Concepción del delito de estafa de especial gravedad por el que venía acusada, declarando la oficio las costas de la instancia.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. José Manuel Maza Martín D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN. –Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Caso 6: SAP Barcelona 12.9.2000, núm. 659/2000 – “líneas telefónicas”

[palabras clave: *engaño activo, concluyente, por omisión; el engaño sobre la voluntad de cumplimiento*]

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 3642/1996

Ponente: Ilmo. Sr. D. Daniel de Alfonso Laso

La Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona condena a don José J. S., a don Arturo C. G., a doña Amalia V. H. y a doña Leonor C. V. como autores de un delito continuado de estafa a la pena de dos años y tres meses de prisión y a que indemnicen a la «Compañía Nacional de Telefónica, SA» en 3.053.628 ptas.

En la ciudad de Barcelona, a 12 de septiembre de 2000.

Vista, en nombre de Su Majestad el Rey, por esta Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa, seguida por diligencias dimanantes del Procedimiento Abreviado número 3643/1996, dimanantes del Rollo núm. 17/1999 del Juzgado de Instrucción núm. 16 de Barcelona, por delito de estafa, contra don/doña José J. S., DNI..., de solvencia no pronunciada, nacido en Barcelona el día 17 de octubre de 1976, hijo de Antonio y de Josefa, con antecedentes penales, y en situación de libertad por esta causa, representado por el Procurador de los Tribunales señor F. M. y asistido en su defensa por el Letrado en Derecho señor Antonio S. M.; contra don Arturo C. G., DNI..., de solvencia no pronunciada, nacido en Palma de Mallorca el día 17 de junio de 1955, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, hijo de Marina y de Ricardo, representado por la Procuradora de los Tribunales señora F. M. y asistido en su defensa de la Letrada en Derecho señora A. S.; contra doña Amalia V. H., DNI..., de solvencia no pronunciada, nacida Barcelona el día 27 de octubre de 1958, hija de José y de Rosa, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representada por el Procurador de los Tribunales señor S. C. y asistida en su defensa de la Letrado en Derecho señora M. G.; contra doña Leonor C. V., DNI..., de solvencia no pronunciada, nacida en Palma de Mallorca el día 28 de septiembre de 1978, hija de Arturo y de Amalia, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representada por el Procurador de los Tribunales señor A. F. y asistida en su defensa del Letrado en Derecho señor M. R.; y contra doña Marina J. E., DNI..., de solvencia no pronunciada, nacida en Palma de Mallorca. el día 24 de junio de 1925, hija de Alberto y de

Leonor, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representada por el Procurador de los Tribunales señora R. N. y asistida en su defensa del Letrado en Derecho señor C. V.; actuando en el ejercicio de la acción pública el Ilmo. Ministerio Fiscal en virtud de lo establecido en su [Estatuto Orgánico de 30-12-1981 \(RCL 1982, 435 y ApNDL 2621\)](#) . Y como Acusación Particular la Entidad Compañía Telefónica de España, SA, representada por el Procurador de los Tribunales señor R. O. y asistida en su defensa del Letrado en Derecho señor C. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El presente procedimiento se inició en el Juzgado de Instrucción número 16 de Barcelona (Diligencias Previas núm. 3643/1996) en virtud de denuncia y tras practicarse las diligencias pertinentes, se dio traslado a las partes personadas, las cuales formularon sus respectivos escritos de calificación provisional, remitiéndose las actuaciones una vez concluidas a la presente Sección Penal, habiendo correspondido la ponencia de esta Resolución al Ilmo. Sr. D. Daniel de Alfonso Laso.

Señalándose para la celebración del Juicio Oral la vista del día 12 de septiembre de 2000 a las 10.00 horas.

SEGUNDO

Abierto el acto del Juicio Oral tras la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal modificó las suyas, adhiriéndose a las mismas el Representante de la Acusación Particular. De tal suerte y manera que se procedió por ambas acusaciones a retirar la acusación que previamente habían mantenido, sobre Marina J. E., al igual que se retiró la petición de agravante de reincidencia que pesaba sobre José J. S.

En idéntico sentido se retiró la agravación específica del artículo 250 núm. 6 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) .

Resultando en consecuencia las siguientes calificaciones acusatorias definitivas:

Los hechos serían constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249 y 74 del CP, siendo autores del mismo los acusados José J. S., Arturo C. G., Amalia V. H. y Leonor C. V., en quienes no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y para los que se solicitó la pena de 2 años y 6 meses de prisión, multa de 10 meses con cuota diaria de 500 pesetas y costas por partes iguales. Así como que en concepto de responsabilidad civil indemnicen conjunta y solidariamente a la Compañía Nacional de Telefónica, SA en la suma de 3.056.509 pesetas más los intereses legales.

TERCERO

En igual trámite las defensas de los diferentes acusados elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitando la libre absolución de sus defendidos.

HECHOS PROBADOS

UNICO

De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral con todas las garantías han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos:

«Los acusados José J. S., mayor de edad y ejecutoriamente condenado por un delito de hurto, Arturo C. G., mayor de edad y carente de antecedentes penales, Amalia V. H., mayor de edad y sin antecedentes penales y Leonor C. V., mayor de edad y sin antecedentes penales, puestos todos ellos de previo y común acuerdo y con el fin de obtener un ilícito beneficio económico, decidieron instalar en su domicilio sito en la calle Leiva núm. ..., entresuelo... de Barcelona, el servicio de teléfono. Con ello pretendían, sabedores de que no podrían abonar las facturas que se generasen, permitir el acceso a diferentes personas de nacionalidad extranjera para que se pusieran al habla con sus respectivos países. Así, para ello, los acusados siguiendo con la ejecución de su preconcebido plan, solicitaron de la Compañía Nacional de Telefónica, SA que les instalara la correspondiente línea de teléfono, siendo la acusada Leonor C. V. quien apareció en un primer momento como titular de dicha línea, que fue definitivamente instalada el día 14 de agosto de 1996 con el número de teléfono... Llegada la factura de fecha de 23 de octubre de 1996, por valor de 1.227.192 pesetas, la misma no fue satisfecha, y en la que constaban detalladas múltiples llamadas a Pakistán y a Arabia Saudí, desconectándose en ese momento la línea por parte de la Compañía Nacional de Telefónica, SA.

Acto seguido, los acusados, obrando en idéntica manera a la antes relatada, dos días después, el día 31 de octubre de 1996, solicitaron nueva línea de teléfono, si bien en esta ocasión facilitaron el nombre de quien sería ahora el nuevo titular a fin de obtener la mencionada línea. Así se hizo nuevamente conexión de teléfono si bien en esta ocasión apareció como titular el acusado José J. S. Así el día 31 de octubre de 1996, la Compañía de Telefónica les dió el correspondiente alta en la línea, con el número..., generándose a partir de entonces una nueva deuda, esta vez por valor de 849.576 pesetas, por el período correspondiente hasta el día 2 de enero de 1997. Finalmente y de nuevo, los acusados actuando conforme a su plan y a fin de agotar los nombres de todos los familiares en la obtención de la titularidad de las líneas de teléfono que iban solicitando, peticionaron nueva línea de teléfono el mismo día 2 de enero de 1997, instalándose por tercera vez y apareciendo ahora como titular la acusada Marina J. E. La línea se instaló el día 3 de enero de 1997 con el número de teléfono..., generándose una deuda en esta ocasión por valor de 979.742 pesetas que al igual que las anteriores tampoco fue abonada; por lo que la cuantía total defraudada ascendió a 3.056.509 pesetas a fecha de 2 de marzo de 1997.

No ha resultado acreditado que la inicialmente acusada Marina J. E., mayor de edad y carente de antecedentes penales hubiera tenido participación en las acciones relatadas con anterioridad».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de estafa, tipificado y penado en los artículos 248, 249 y 74 del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) .

En relación a la dinámica comisiva ha resultado probado a través de la prueba practicada que los hechos tuvieron lugar en la forma en que han sido narrados en el apartado anterior de esta Resolución.

Por la generalidad de los letrados intervinientes como defensores de los acusados, se ha alegado la inexistencia de un delito de estafa en los hechos objeto de enjuiciamiento. En su caso, alegan los letrados, nos hallamos ante el incumplimiento de una obligación civil. Y para sustentar dicho alegato se han basado, como eje central, en la afirmación de la inexistencia de un engaño en la actuación de los acusados, que impediría la concurrencia de los elementos necesarios para la tipicidad del delito de estafa.

Pues bien, ciertamente no ha existido una acción o actitud activa en el obrar y actuar de los acusados, mas ello en nada empece que ahora se entienda probada la existencia del elemento negado por las defensas.

En efecto, en la acción examinada se observa y aprecia sin género alguno de duda un engaño de los denominados omisivos. Tal engaño no es otro que el que consiste en el silencio guardado por una de las partes que contrata. Silencio que obviamente se ha de producir sobre una de las características o condiciones que de ser conocida por la otra parte del contrato, o bien no producirían la perfección del mismo o bien serían susceptibles de alterar sustancialmente los términos del mismo. En el caso de autos, los acusados eran concedores de que el teléfono contratado no iba a ser abonado, bien por no querer hacerlo, bien por no poder hacerlo.

Y aunque podría alegarse por las defensas que sus conocimientos técnicos o de cultura general son escasos y vagos, ello sería así en la contratación, en su caso, por primera vez del teléfono, mas no cuando la misma operación de contratar y no pagar se realiza hasta un total de tres veces consecutivas en el tiempo.

Por lo tanto, se aprecia un cambio en la titularidad de las personas que solicitan las líneas de teléfono, se aprecia igualmente una inmediatez en el tiempo y se aprecian en idéntico sentido hasta tres impagos de facturas que ascienden ni más ni menos que a: 1.227.192 pesetas, 849.576 pesetas y a 979.742 pesetas (así se colige de la documental obrante en la causa).

Todo lo anterior no supone sino, entender sin la menor duda razonable planteada que nos hallamos ante lo que en puridad jurídica se denomina como dolo negativo o reticencia.

Y aunque la redacción del Código Penal (artículo 248) hable literalmente de «utilizar engaño bastante» y ello parezca indicar que se trata de una acción positiva, es unánime nuestra jurisprudencia al entender que el uso o encubrimiento de las circunstancias esenciales (esto es, el silencio), supone entender la existencia de un engaño que produce en la otra parte el error y consecuentemente el perjuicio económico.

La buena fe impone a los sujetos intervinientes el deber de informar en las conversaciones previas a la conclusión del contrato, de todo aquello que sea esencial para la otra parte. Y este deber de informar será más rígido en contratos en los que como el presente la otra parte está legalmente obligada a suministrar materia de primera necesidad con la urgencia debida a los tiempos modernos en que nos encontramos. En tal sentido la Compañía Nacional de Telefónica, SA dispone del deber legal de suministrar (nos encontramos ante un contrato de suministro y no de línea de crédito como algún letrado parecía hacer querer ver al alegar que no se averiguó por Telefónica la solvencia de los solicitantes de las líneas de teléfono) con la prontitud acorde a nuestros tiempos.

Es por ello por lo que siempre que exista un deber de informar y el mismo sea transgredido (como en el caso que nos ocupa) voluntariamente por una de las partes, se podrá hablar sin temor a equivocarse de engaño por omisión o de dolo negativo previo.

El delito pues existe y la estafa se consumó.

Respecto de la continuidad delictiva no se ofrece duda alguna a la vista de la documental y de la narrativa de los hechos, por lo que su fundamentación deviene ahora innecesaria, amén de que al respecto ninguna alegación se ha realizado por las partes de la defensa.

SEGUNDO

De dicho delito son responsables criminalmente en concepto de autores del artículo 28 del Código Penal los acusados José J. S., Arturo C. G., Amalia V. H. y Leonor C. V., cuyos restantes datos personales constan en los presentes Autos, por la participación directa, material y voluntaria que ha tenido en la realización de

los hechos que lo integran. La presunción de inocencia de los acusados ha resultado desvirtuada a través de la prueba practicada tal y como ahora se verá.

Si bien y por virtud del principio acusatorio, no procede dictar Sentencia de condena para la inicialmente acusada Marina J. E., al ser retiradas ambas acusaciones que contra ella pesaban.

Para la conclusión de la autoría, la Sala que ahora resuelve ha tenido en cuenta no poca prueba practicada durante la sesión del Juicio Oral.

En tal sentido, en primer término, no pueden dejarse pasar por alto las manifestaciones vertidas por dos de las acusadas durante la instrucción de esta causa. Manifestaciones que al ser efectuadas ante la presencia de Letrado que las asistía, devienen eficaces a la hora de su evaluación. En tal sentido, al folio 22 obra la declaración de Amalia V. H. quien manifestó que «decidieron entre todos contratar un teléfono», «que el primero iría a nombre de su hija Leonor», que «como no pagaron y no pasó nada decidieron contratar otro a nombre de su yerno», que «luego contrataron así otro a nombre de su suegra».

Tales declaraciones se ven aún más reforzadas ante el Ilmo. Sr. Magistrado instructor de la causa (folio 54) donde ratifica las mismas, igualmente a presencia de Letrado.

Pero es que además otra acusada se pronuncia en similares términos y en tal sentido, Leonor C. V. (folio 23 vuelto) indica a presencia Letrada que «pensaron que cuando se acabaran los nombres de la familia para las altas ya no solicitarían más».

A todo lo anterior ha de unirse además la existencia de las facturas que les iban siendo remitidas a su domicilio por unos elevadísimos importes en tan escasos períodos de tiempo, por lo que no puede ahora pretenderse que cale en el Tribunal la alegación de que se desconocía todo ello, basándose en la escasa cultura o pocos conocimientos de los acusados quienes tuvieron desde luego la capacidad mental para urdir el plan que ejecutaron hasta en tres ocasiones.

Por su parte, el acusado Arturo C. J., que niega su participación en los hechos alegando que hace años que no convive en el domicilio al haberse separado de su esposa por el rito de «la Ley Gitana», amén de haber sido involucrado en tales hechos por las declaraciones antes valoradas, firmó ni más ni menos que el visto bueno de la instalación de uno de los teléfonos afectados (folio 65) y en concreto el que correspondía al número... Lo que supone la existencia de dos pruebas incriminatorias directas contra su persona.

Es en base a todo ello por lo que la autoría de los acusados mencionados ha resultado acreditada quebrándose así su presunción de inocencia.

TERCERO

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La existencia de un delito continuado supone la imposición de la pena en la mitad superior, por lo que abarcando ésta entre los seis meses y los cuatro años, la pena mínima que se podrá imponer y que ahora se impone es la de prisión de 2 años y 3 meses.

Si bien y pese a la petición de multa por las acusaciones intervinientes, tal pena no se concede ahora al haberse retirado la agravación específica del artículo 250 núm. 6 del CP que era el precepto que permitía la pena compuesta de prisión y multa.

CUARTO

Establece el artículo 116 del Código Penal que «toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente» regulándose su contenido en los artículos 110 y ss. del citado cuerpo legal así como el ejercicio de la acción civil en los artículos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso de autos (folio 72) consta acreditado que la cuantía total defraudada a la Compañía Nacional de Telefónica, SA ascendió a los 3.053.628 pesetas.

QUINTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Código Penal las costas procesales se entienden impuestas por el ministerio de la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, indicando el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en las sentencias deberá resolverse acerca del pago de las costas procesales, que se regula en los artículos 240 y siguientes de la citada Ley Rituaria. Imponiéndose en el caso de los presentes Autos el pago de las costas procesales a los acusados por cuartas partes iguales e incluyéndose las producidas por la acusación particular, declarándose de oficio las ocasionadas por la inicialmente acusada Marina J. E.

Vistos , los preceptos legales citados los alegados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a José J. S., Arturo C. G., Amalia V. H. y Leonor C. V. como autores de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249 y 74 del [Nuevo Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) , sin, circunstancias modificativas, a la pena de 2 años y 3 meses de prisión, y con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos, con imposición de las costas procesales causadas en este procedimiento por cuartas partes iguales incluidas las de la Acusación Particular.

Que debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a Marina J. E., declarando de oficio las costas procesales a su instancia ocasionadas.

Y en concepto de responsabilidad civil a que indemnicen los acusados condenados en esta Resolución a la Compañía Nacional de Telefónica, SA en la suma o cuantía de 3.053.628 pesetas que devengará –a tenor de lo dispuesto en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos a partir de la notificación de esta Resolución.

Notifíquese esta Sentencia con expresión de que la misma no es firme y que contra ella puede interponerse recurso de casación en el plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá copia certificada a los Autos, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. –Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública, de lo que doy fe.

hospedaje” –

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 169/2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Miguel Moreno Jiménez

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

SECCIÓN SEGUNDA.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 169/2009.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚMERO 486/2007.

JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 1 DE MÁLAGA.

En nombre del Rey

Y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el Pueblo Español le otorgan, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 450/2009.

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. FEDERICO MORALES GONZÁLEZ

MAGISTRADOS

D. LUIS MIGUEL MORENO JIMÉNEZ

DÑA. MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ BERDEJO

En la ciudad de Málaga, a diecisiete de septiembre de dos mil nueve.

Vistos, en grado de apelación, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga los presentes Autos de Rollo de Apelación número 169/2009, correspondientes al Procedimiento Abreviado seguido en el Juzgado de lo Penal número 1 de Málaga con el número 486/2007, sobre delito de estafa, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Silberman Montañez, en nombre y representación de Eusebio y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, dicta, en virtud de la potestad conferida por la Constitución y en nombre de S.M. el Rey, la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Silberman Montañez, en nombre y representación de Eusebio , se interpuso en fecha 24 de abril de 2008, recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 21 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Málaga , respecto del que no consta informe del Ministerio Fiscal, en la que, conteniéndose el siguiente relato de Hechos Probados: "El acusado, con ánimo de obtener un lucro ilícito, se hospedó en el Hotel Miraya propiedad de Melchor , sito en la C/ Patrón Veneno nº 6 del término municipal de Torre del Mar (Málaga), desde el día 13 hasta el 25 de septiembre de 2006, marchándose del establecimiento tras abonar la suma de 355 euros y sin abonar el resto adeudado por los servicios prestados y que ascendían a la cantidad de 455,00 euros. El propietario ya ha recibido el dinero adeudado",

se condenaba en su Fallo al hoy recurrente, Eusebio , como autor criminalmente responsable de un delito de estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal , con la concurrencia de la atenuante de reparación, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en fecha 14 de septiembre de 2009 en esta Sección se acordó la formación del presente Rollo para la sustanciación del recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- No habiéndose interesado la práctica de pruebas, se acordó, simultáneamente en fecha 15 de septiembre de 2009, que los autos pasaran al Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. D. LUIS MIGUEL MORENO JIMÉNEZ, quien expresa el parecer de la Sala, habiendo tenido lugar la deliberación previa a su redacción sin que por este Tribunal se considerase necesario la celebración de vista para la correcta formación de una convicción fundada.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legalmente

establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se aceptan los Hechos declarados Probados de la sentencia recurrida.

SEGUNDO

La presente resolución se constriñe a determinar si resulta procedente la estimación del recurso de apelación interpuesto en fecha 24 de abril de 2008 por el Procurador Sr. Silberman Montañez, en nombre y representación de Eusebio , contra la sentencia dictada en fecha 21 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Málaga , para el caso de que se pusiera de manifiesto alguna de las alegaciones contenidas en el escrito del mismo, consistentes, el primero, en error en la apreciación de las pruebas practicadas y, el segundo, en violación del principio de presunción de inocencia por no haber quedado desvirtuado el mismo en virtud de aquéllas.

TERCERO

Esta Sala -una vez hecha consideración de dichas alegaciones, así como del contenido de la sentencia recurrida, de lo hecho constar en el Acta del juicio celebrado el día 21 de enero de 2008 y de la doctrina jurisprudencial sobre la materia y del tipo penal de que se trata-, llega a la convicción de que la juzgadora de instancia no ha incurrido en las infracciones denunciadas, entendiéndose que procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la referida sentencia, por cuanto que, por un lado, en la misma se hacen constar las razones que llevaron a la condena del acusado - específicamente los párrafos octavo, noveno, décimo y undécimo de su Fundamento de Derecho Primero-, sin que se haya puesto de manifiesto la imputada falta de motivación en la misma a lo que, evidentemente, se encuentra obligado (motivar) el juzgador de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional -sentencias 131/1990, 112/1996, 87/2000, 169/2004 y 246/2004)-, esto es, que las resoluciones judiciales y, sobre todo, las sentencias, deban pronunciarse sobre las cuestiones necesarias para que las mismas sean consideradas adecuadas, y, por otro lado, no obstante ser conscientes de que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional -por todas la sentencia 53/1987, de 7 de mayo, la sentencia 40/1988 , de 10 de marzo y la sentencia 6/1987, de 29 de enero - sobre el principio de presunción de inocencia, en relación con el principio in dubio pro reo, resulta necesario que la primera sea destruida por quien acusa por mor de una actividad probatoria desplegada en el acto del juicio, se debe entender que en dicho acto se ha practicado prueba de cargo suficiente y que la misma no ha sido erróneamente apreciada o valorada -en orden a la previsión del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, dado que la juzgadora de instancia ha explicitado los motivos que le llevaron a condenar en los términos en que se hace -habiendo, además, aplicación del principio acusatorio, ex último párrafo del Fundamento Jurídico Primero de la misma-, sin que, habiéndose dado cumplimiento a los principios de inmediación y contradicción en el acto del juicio y al de libre valoración de la prueba de acuerdo con lo establecido en el citado precepto procesal penal, pueda entenderse que el proceso lógico-jurídico desarrollado no sea razonable -por todas la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1990 - y, en consecuencia, merezca una nueva elaboración por parte de este Tribunal en el ámbito de la función revisora de la segunda instancia, que, no obstante admitir la declaración de plenitud de jurisdicción de dicho Tribunal de apelación -sentencia de la AP. de Málaga de 25 de abril de 2007 - pudiendo realizar una nueva valoración de todas las pruebas practicadas, la concurrencia de aquellas circunstancias impide -sentencia TS. de 18 de septiembre de 2002 - que se pueda llevar a cabo una modificación de la valoración personal que, en base a las pruebas desarrolladas, ha hecho la referida juzgadora -sentencias TS. número 200 y número 212 de 2002-, cuando, como ocurre en el presente caso, se entiende que resulta procedente ratificar los criterios de tal carácter utilizados por la misma.

Y es que, los hechos de que se trata son constitutivos del delito de estafa por el que se ha solicitado la condena del acusado, por cuanto que concurren los presupuestos necesarios para subsumirlos en el tipo penal del artículo 248 del Código Penal que exige la utilización, con ánimo de lucro, por parte del sujeto activo del delito, de engaño bastante para producir error en un tercero, induciéndole de tal manera a realizar un acto de disposición en perjuicio del mismo, siendo que en el presente caso -calificable de "estafa de hospedaje" (sentencia de la AP. de Madrid de 1 de abril de 2008)- vienen a concurrir todos los elementos o

requisitos exigidos para la debida integración de dicho tipo penal cuando de un negocio jurídico civil criminalizado se trata, como ha exigido la jurisprudencia del Tribunal Supremo -ad exemplum en su sentencia de 20 de diciembre de 2006 -, cuales son, primero, el engaño precedente o concurrente en el comportamiento del sujeto activo, segundo que dicho engaño sea "bastante", es decir suficiente y proporcional a los efectos pretendidos, tercero, producción de un error esencial en el sujeto pasivo, cuarto, acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente (ex sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo y 6 de mayo de 1999), quinto, ánimo de lucro, como elemento subjetivo, del injusto y, sexto, nexos causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado; pero sin que sea valorable, en la esfera penal, el denominado "dolo subsequens" o sobrevenido -sentencia de la AP. de Tarragona de 17 de diciembre de 2007 - y no anterior a la celebración del negocio de que se trata; consistiendo el quid de la cuestión en la determinación de si se ha producido la presencia del elemento intencional -sentencia de la AP. de Baleares de 3 de febrero de 2003 - del engaño (dolo) inicial (de incumplimiento) en el comportamiento desarrollado por el acusado, para lo que, por tener una consideración de carácter subjetivo, habrá de estarse a lo que la doctrina ha venido a denominar -sentencia de la AP. de Málaga de 23 de marzo de 2006 - "hechos concluyentes", es decir, a las circunstancias que en la normalidad de las relaciones sociales hacen confiar al titular del negocio de hospedaje en que el cliente va a hacer frente a su correlativa obligación a aquélla consistente en recibir los servicios y prestaciones de aquél sin necesidad de adoptar otras precauciones complementarias, habiendo sido ello lo que ha ocurrido en el presente caso por cuanto que el acusado se alojó en el Hotel Miraya de la localidad de Torre del Mar causando un gasto total de 790 euros, cuando sus ingresos reconocidos -ex acta del juicio, de 60 ó 70 euros diarios ó 1.300 euros mensuales, pero sin llegar a trabajar todos los días- lo que le debería haber llevado, lógicamente, a considerar que no podría atender el coste del alojamiento de los 13 días -entre los días 13 y 25 de junio de 2006- que ha admitido permaneció en el establecimiento hostelero de que se trata, teniendo que haber previsto hasta dónde sus ingresos le permitían permanecer alojado en el mismo, ratificándose tal entendimiento, por un lado, por sus propias manifestaciones de que (sic) no pagó al marcharse porque pensaba volver y que cuando volvió de Granada seguía sin tener dinero y, por otro lado, por la innegable realidad de que abonó parte -355 euros- de la deuda total con la intención de provocar confianza en el ánimo del acreedor, dejando, además, sus pertenencias para crear el clima de que no se había marchado definitivamente sino que tenía pretensión de volver, y debiendo considerarse el hecho de haber abonado el resto de lo debido en fechas próximas a la celebración del juicio como un intento de dar la imagen de deseo de satisfacción de lo reclamado, lo que únicamente le debe valer, como ha hecho la juzgadora de instancia, para atenuar la pena a imponer en consideración a la reparación del daño y sin que efectos exculpatórios quepa atribuir a las alegaciones manifestadas en el acto del juicio de que le sobrevino una mala situación económica porque, como se ha dicho, ya le era preexistente a su alojamiento y debió ser tenida en cuenta para calcular el montante de su gasto.

CUARTO

Conforme establece el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de sus incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales, pudiendo tal resolución contener uno de los pronunciamientos que establece el artículo 240 de la misma norma.

Vistos los artículos legales citados, normas de pertinente y general aplicación y en función de lo hasta aquí expuesto,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Silberman Montañez, en nombre y representación de Eusebio , contra la sentencia dictada en fecha 21 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Málaga , confirmándose, en consecuencia, dicha resolución en toda su integridad; sin imposición de las costas causadas en la tramitación de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido al Juzgado de lo Penal de procedencia, junto con los autos originales, para su notificación y ejecución de la sentencia confirmada y firme; juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. LUIS

MIGUEL MORENO JIMÉNEZ en audiencia pública en el mismo día de su firma. CERTIFICO.- La Secretaria.

Caso 7: STS 21 de noviembre de 2017, “caso Afinsa”

Ver PDF

Caso 8: SAN 6 de octubre de 2020, “caso Pescanova”

Ver PDF.

Caso 9: STS de 28 de junio de 2018, “caso del carbón”

STS de 28 de junio de 2018. “caso del carbón”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Avilés incoó procedimiento abreviado con el nº 133 de 2014 contra Baltasar , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que con fecha 2 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Resulta probado y así se declara que: El acusado, Baltasar , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de la entidad Hispanoucrán, constituyó en fecha 13 de febrero de 2007, junto con la sociedad italiana Energy Coal Spa, al 50% de participaciones sociales cada una de ellas, la empresa denominada Carbuastur S.L., actualmente Energy Fuel Asturias S.L., con domicilio social en C/ Lepanto s/n de San Juan de Nieva - Castrillón- y cuyo objeto social era la comercialización de combustibles sólidos, productos carboníferos, que en la práctica se reconducía a la adquisición de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania, cuyo almacenaje se verificaba en las instalaciones de la Sociedad, ubicadas en el Puerto de Avilés, bajo el marco de depósito aduanero. El acusado, en su condición de administrador de la entidad por la que percibía una retribución, que en el año 2012 ascendió a 55.413 euros, cargo que pese a ser solidario con el otro administrador, Leovigildo , quien no percibía retribución alguna, ejercía de manera individual, al encontrarse éste permanentemente en Italia, llevaba a efecto toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa, causa por la que durante el periodo comprendido entre su nombramiento y su cese, por escritura pública otorgada en fecha 31 de agosto de 2013, cometió numerosas irregularidades en la gestión de la misma con el consiguiente perjuicio económico para Energy Fuel Asturias y así: 1.- Durante este periodo y sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1.000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros. 2.- De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia -pareja e hijo-, sus empresas, a la televisión -gol televisión- de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros. 3.- En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente, Emergicar S. L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3.000 euros, sin causa justificada. 4.- En fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitando en el año 2006 por la empresa Sumara&Holtz, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a efecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador. La empresa Energy Fuel Asturias, S.L., tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales. El acusado sin conocimiento ni autorización del otro administrador procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo carbón nacional

procedente del Alto Bierzo, mezclándolo con el allí existente, con lo cual conseguía ofrecer a sus clientes -de la entidad Hispanoucrán S.L.- un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, el mezclarse ambos carbones Energy Fuel vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, todo ello con el consiguiente perjuicio para la empresa con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero ... y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria". Finalmente el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio Energy Coal Spa a Energy Fuel Asturias. Segundo.- El Mº Fiscal modificó sus conclusiones, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 295 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos, y un delito de apropiación indebida de los arts. 252 en relación con el art. 250.1 y 5 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de la comisión de los hechos, considerando autor de los mismos al acusado, Baltasar , para quien, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitó la imposición de 3 años y 6 meses de prisión con la accesoria legal correspondiente por el delito de administración desleal, y la pena de 5 años de prisión con la accesoria legal y multa de 12 meses a razón de 20 euros día por el delito de apropiación indebida; asimismo interesó que el acusado indemnizara a Energy Fuel Asturias S.L. en la cuantía de los perjuicios causados realmente a la misma. Tercero.- La acusación particular, ejercitada por la entidad Energy Fuel Asturias S.L., tras corregir la cantidad reclamada en concepto de responsabilidad civil, cifrándola en la suma de 2.043.877,01 euros, elevó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como constitutivos de: un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252 en relación con el art. 250.1 y 6º del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos; un delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290 de C penal (EDL 1995/16398); un delito de estafa del arte 248 , 249 y 250.1 5º del Cº penal y un delito continuado de administración desleal del art. 295 del Cº penal (EDL 1995/16398) en su redacción vigente al tiempo de los hechos, de los que consideró autor al acusado Baltasar , para quien con la concurrencia de la agravante de abuso de confianza prevista en el art. 22.6 del Cº penal (EDL 1995/16398) , solicitó la imposición de las siguientes penas: por el delito de apropiación indebida pena de 6 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros día con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº penal (EDL 1995/16398) ; por el delito de estafa la pena de 6 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros /día, con la responsabilidad subsidiaria del art. 53 del Cº penal (EDL 1995/16398) ; por el delito societario de falseamiento de cuotas anuales la pena de 3 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 50 euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº penal (EDL 1995/16398) y por el delito de administración desleal la pena de 4 años de prisión y multa del triple del beneficio obtenido, con arresto sustitutorio, caso de impago, del art. 53 del Cº Penal (EDL 1995/16398) . Asimismo interesó que el acusado abonara a la entidad Energy Fuel Asturias S.L. la suma de 2.043.877,01 euros en concepto de responsabilidad civil con los intereses legales conforme el art. 576 de la L.E.Civil (EDL 2000/77463) . Cuarto.- La defensa del acusado, Baltasar , negó los hechos de la acusación solicitando la libre absolución de su patrocinado".

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Baltasar como autor penalmente responsable de: 1.- Un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de 10 meses de multa a razón de 20 euros-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº Penal (EDL 1995/16398) en caso de impago y 2.- Un delito de administración desleal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Baltasar deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la entidad Energy Fuel Asturias S.L. -antigua CARBOASTUR- en la suma de 2.043.877,01 euros, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.Civil (EDL

2000/77463) . Que debemos absolver y absolvemos a Baltasar del delito de estafa y del delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, interesados por la acusación particular. Todo ello con imposición al acusado, de la mitad de las costas causadas, Notifíquese esta sentencia a las partes y al perjudicado/víctima no parte, instruyéndoles que no es firme y que procede recurso de casación ante este Tribunal, a interponer en el plazo de cinco días desde su notificación".

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Baltasar, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Baltasar , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 252, en relación con el art. 249 del Código Pena , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal (EDL 1995/16398) , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo (EDL 2015/32370) .

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal (EDL 1995/16398) , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo (EDL 2015/32370) .

Décimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Undécimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por

vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Duodécimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal, por considerar que se han infringido, por indebida aplicación de los artículos 295 y 252, en relación con el art. 249 todos ellos del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Décimo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 Ley procesal por considerar que se han infringido, por inaplicación del art. 106 L.E.Cr (EDL 1882/1) y del art. 1255 del C. Civil (EDL 1889/1).

QUINTO.-

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

SEXTO.-

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 1 de junio de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 2 de mayo de 2017 por la que se condena al ahora recurrente, Baltasar como autor penalmente responsable de:

1.- Un delito continuado de apropiación indebida sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasiva durante el tiempo de la condena y pena de 10 meses de multa a razón de 20 euros-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C. Penal (EDL 1995/16398) en caso de impago y

2.- Un delito de administración desleal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la entidad ENERGY FUEL ASTURIAS S.L. -antigua CARBOASTUR- en la suma de 2.043.877,01 euros, más los intereses legales del art. 576 de la LEC (EDL 2000/77463).

Los hechos probados fijados por el Tribunal fueron los siguientes:

"El acusado, Baltasar, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de la entidad HISPANOUCRAN, constituyó en fecha 13 de febrero de 2007, junto con la sociedad italiana ENERGY COAL SPA, al 50% de participaciones sociales cada una de ellas, la empresa denominada CARBUASTUR S.L., actualmente ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., con domicilio social en C/ Lepanto s/n de San Juan de Nieva Castrillón y cuyo objeto social era la comercialización de combustibles sólidos, productos carboníferos, que en la práctica se reconducía a la adquisición de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania, cuyo almacenaje se verificaba en las instalaciones de la Sociedad, ubicadas en el Puerto de Avilés, bajo el marco de depósito aduanero.

El acusado, en su condición de administrador de la entidad, por la que percibía una retribución, que en el año 2012 ascendió a 55.413 euros, cargo que pese a ser solidario con el otro administrador, Leovigildo, quien no percibía retribución alguna, ejercía de manera individual, al encontrarse éste permanentemente en Italia, llevaba a efecto toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa, causa por la que durante el periodo comprendido entre su nombramiento y su cese, por escritura pública otorgada en fecha 31 de agosto de 2013, cometió numerosas irregularidades en la gestión de la misma con el consiguiente perjuicio económico para ENERGY FUEL ASTURIAS y así:

1.- Durante este periodo y sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros.

2.- De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles,

los de su familia-pareja e hijo-, sus empresas, a la televisión- gol televisión-de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros.

3.- En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente, EMERGICAR S.L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3.000 euros, sin causa justificada.

4.- En fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&BOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador.

La empresa ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales. El acusado sin conocimiento ni autorización del otro administrador procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo carbón nacional procedente del Alto Bierzo, mezclándolo con el allí existente, con lo cual conseguía ofrecer a sus clientes -de la entidad HISPANOUCRAN SL- un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, al mezclarse ambos carbones ENERGY FUEL vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, todo ello con el consiguiente perjuicio para la empresa con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria". Finalmente, el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA a ENERGY FUEL ASTURIAS".

SEGUNDO.-

Con respecto del primer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Refiere el recurrente que "La Mercantil "ENERGY COAL, S.p.A.", actuando expresamente en su condición de socio único de la Mercantil "CARBUASTUR, S.L.", en una especie de "Junta Universal" de esta Mercantil, a través de la Escritura Pública, de 1 de Agosto de 2013, con número de Protocolo 1.028 del Notario de León Don Andrés Prieto Pelaz, aceptó la renuncia de Don Baltasar como Administrador de "CARBUASTUR, S.L." "ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por Don Baltasar, reconociendo y agradeciendo su labor como administrador y declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto".

Además se alega que con la cita de los correos electrónicos que cita no podría plantear frente a Don Baltasar ninguna reclamación por su actuación como Administrador de dicha Mercantil.

Añade que los documentos que obran en la causa y a los que se ha hecho referencia en el presente motivo acreditan de forma directa que tanto la Mercantil "ENERGY COAL, S.p.A.", como la Mercantil "CARBUASTUR, S.L." (de la que la primera era en ese momento el socio único), convalidaron y ratificaron la totalidad de los actos de administración realizados por Don Baltasar.

Por ello, se recoge en la sentencia que como alegato exculpatorio se invoca:

1.- La plena aplicabilidad del clausulado de las escrituras públicas, otorgadas en fecha 1 de agosto de 2013 entre el acusado y el legal representante de Energy Coal, Spa, que a su juicio, implicaría la confirmación de aquella gestión y la renuncia al ejercicio de todo tipo de acciones.

2.- Que el socio conocía lo ocurrido intentando vincular su actuación al conocimiento y autorización del otro administrador solidario, Leovigildo.

Alega que los importes que son objeto de acusación por apropiación indebida so gastos a la vista que eran

comprobados por éste, dada su condición de economista.

3.- Que nunca pesó el carbón que venía en los barcos, y ello por razones de agilidad, dando por bueno el peso reflejado en el conocimiento de embarque, ni tampoco se llevó a afecto ningún pesaje, ni comprobación del carbón que se encontraba almacenado en el depósito aduanero. Niega que por su parte se apropiase de las 9.000 toneladas de carbón, imputándolas a las mermas técnicas y habituales, y en relación con el aval prestado señala que fue una operación más de las de afianzamiento de las efectuadas por cuenta de la empresa y ello a requerimiento de la propia entidad bancaria.

Señala finalmente que tras la inspección de aduanas y la correspondiente negociación con el otro socio, cesó en su cargo y vendió sus participaciones sociales por un euro, documentándose todo ello en las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, a cuyo contenido se remite.

Frente a ello se exponen los siguientes argumentos:

1.-Dimisión ad hoc ante el descubrimiento de lo ocurrido.Lo sólido y clarificador es que el recurrente sin motivo claro acepta dimitir de su cargo y proceder a la venta de las participaciones sociales por el precio simbólico de un euro, con lo que el Tribunal señala que difícil encaje tiene su pretendido desconocimiento sobre las consecuencias del traslado del depósito de carbón, que motivó el inicio de las actuaciones inspectoras de Aduanas, vinculado a los beneficios fiscales que suponía la autorización de depósito aduanero y lo que ello conllevaba, con su, por él afirmada, dilatada experiencia profesional, que se proyectaba, con carácter principal, en el ámbito de la importación de carbón de Ucrania, a través de titularidad accionarial o representativa de diversas empresas del sector, experiencia profesional que mal se compadece con los, por él invocados, errores, atinentes a la ausencia de pesaje de los barcos, de inventario y pesaje de las existencias almacenadas en el depósito aduanero.

El Tribunal sostiene que "se nos intenta transmitir una imagen del acusado, que el mismo califica de tonto útil, cuando lo cierto es que su actuación, que se detectó merced a la intervención de la Agencia Tributaria, supuso un quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBOASTUR, de la que el acusado obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no solo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al socio italiano".

Pero con respecto a esta renuncia que refiere el recurrente en base al art. 849.2 LECRIM debe entenderse que es rechazada con acierto por el Tribunal, dado que refiere que resulta inoperante la renuncia que incorpora las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, sobre cuya potencialidad exculpatoria giró la esencia de la tesis del recurrente.

Además, añade que constan en la causa las escrituras públicas de referencia. Y así la otorgada en primer término, en fecha 1 de agosto de 2013- obrante a los folios 234 a 241- entre el acusado- Baltasar - en su condición de administrador único de la entidad HISPANOUCRAN S.L.y Jose Augusto , en su condición de apoderado de la entidad ENERGY COAL SPA, en la que se eleva a documento público la transmisión a esta última entidad, de las 3.000 participaciones sociales de la entidad CARBOASTUR, cuya titularidad la ostentaba HISPANOUCRAN, por precio de un euro.

Por su parte a los folios 243 al 244, figura la escritura pública otorgada en la misma fecha, entre el acusado, en su condición de administrador solidario de CARBOASTUR, y el precitado Jose Augusto , como representante de ENERGY COAL SPA en la que se formaliza, la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de CARBOASTUR que ENERGY COAL acepta "ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por D. Baltasar , reconociendo y agradeciendo su labor como administrados y declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto" incorporándose una tercera cláusula, producto de intensas negociaciones entre las partes, como se puso de manifiesto por la testifical practicada en la persona de Jesús Manuel y la aportación de los emails, por la que "ENERGY COAL se obliga frente a D. Baltasar a responder con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier posible repetición frente a éste de cualquier obligación que, eventualmente y en su condición de administrador de "Carboastur" hubiera incurrido y se pudiera derivar frente a D. Baltasar en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la Administración Tributaria, aun cuando la presente obligación no surtiera efecto frente a dicha Administración".

Estas renunciaciones debe destacarse que no tienen eficacia en el orden penal, dado que en el momento de las

renuncias en las escrituras los hechos se estaban descubriendo y supondrían evidentes actuaciones de exculpación irrelevantes dada la naturaleza de los delitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, que no desaparecen aunque exista renuncia de cargos de administración por el autor de los ilícitos penales en los puestos de representación en virtud de los cuales se han cometido los delitos. Irrelevancia de las escrituras de renuncia.

Así, como señala el Tribunal, los esfuerzos realizados por la defensa, tendentes a dotar de plena virtualidad, en el proceso penal que ahora nos ocupa, al contenido pactado en los términos descritos, resultan estériles. En primer término, estamos en presencia de delitos Públicos, perseguibles de oficio, en los que el Ministerio Fiscal se constituyó, desde el inicio de las actuaciones y formuló escrito de acusación, en los términos que han quedado descritos, ejercitando la acción penal y civil correspondiente, que no se extingue por la pretendida renuncia de la persona ofendida, según determina el art. 106 de la L.E.Criminal, ni cabe oponer, como así se hizo por vía de informe, la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios, nacida en el ámbito del derecho privado como principio general informador de las relaciones negócias, capaz de crear situaciones jurídicas.

Por otra parte y desde la perspectiva de la acusación particular, ejercitada por la entidad ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., nueva denominación de la entidad CARBUASTUR, no consta ninguna renuncia, sino por el contrario el ejercicio de la pretensión penal y de la acción civil correspondiente, a través de la interposición de la querrela del escrito de acusación subsiguiente.

A tales efectos el contenido del clausulado, de las ya tan mentadas escrituras públicas, incorporan los acuerdos alcanzados por las entidades, participes al 50%, de la empresa CARBUASTUR, esto es por HISPANOUCRAN Y ENERGY COAL, que responde a la necesidad de desbloquear la situación de aquella empresa tras detectarse las primeras irregularidades a través de las actuaciones inspectoras de la Aduana, y en ese contexto ha de enmarcarse la renuncia que, el socio ENERGY COAL, formula en los términos que ha quedado descrita, que despliega sus efectos entre los sujetos contratantes, esto es, entre los socios o participes de CARBUASTUR - actual ENERGY FUEL ASTURIAS SL-, persona jurídica distinta con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos a las empresas que la participaban, que resultó perjudicada en sus intereses por la actuación del acusado, en la forma que se ha descrito, y en cuyo nombre y representación ninguna renuncia incorporan las escrituras públicas de referencia no pudiendo por lo tanto quedar afectada por los términos del acuerdo, pues ello supondría una afectación de derechos ajenos a los propios del renunciante, vedada en nuestro sistema.

En efecto, como postula la fiscalía, examinando la escritura de 1 de agosto de 2013, que menciona el recurrente, cabe constatar, que la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de Carbuastur que ENERGY COAL acepta, que se contiene en dicha escritura frente al acusado, se lleva a cabo por D. Jose Augusto, actuando en nombre y representación y como apoderado de la mercantil italiana ENERGY COAL SPA, sociedad válidamente constituida y existente de conformidad con la ley italiana, con domicilio social en Vía San Vincenzo 2, Génova (Italia), inscrita en el Registro Mercantil de Génova, con el nº 03647280100 (...) y el acusado Baltasar.

También en dicha escritura "ENERGY COAL SPA, asume la obligación de realizar los actos jurídicos necesarios tendentes a cancelar o novar, en el plazo máximo de dos meses desde la firma del presente, todos aquellos contratos suscritos por CARBUASTUR S.L., en los que D. Baltasar o la sociedad Hispanoucran S.L., estén garantizando los mismos, en calidad de avalistas o fiadores".

Ello quiere decir, que dicha escriturasurtirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado D. Baltasar de un lado y la mercantil Energy Coal SPA, de otro, pero no se puede pretender deducir de la misma que Carbuastur S.L., denominada desde los acuerdos adoptados por Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 11 de octubre de 2013 Energy Fuel Asturias, haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta, que fue constituida el día 13 de febrero de 2007, ante el notario de León D. Andrés Prieto Pelaz. En nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado (como se recoge en la sentencia), no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad que presenta la querrela y ejerce la acusación particular en el presente procedimiento frente al mismo.

Por ello, el motivo se desestima. No puede desplegar sus efectos en el proceso penal esta documental

constituida y realizada ad hoc, además de que no tiene el efecto expansivo que pretende el recurrente. Por lo demás, articulándose por la vía del art. 849.2 LECRIM los documentos alegados quedan contradichos por otros elementos probatorios que se citan según estamos exponiendo, y así:

Declaración clarificadora de Leovigildo negando el conocimiento y aceptación de lo ocurrido.

Relevante supone para la resolución del recurso si el administrador solidario era conocedor, o no, de lo que estaba ocurriendo, siendo la respuesta negativa, y que no había autorización para que el recurrente actuara como actuó, deparando daños y perjuicios cuantificables.

De ello el Tribunal deduce la inconsistencia de su tesis defensiva atinente al control, supervisión y autorización de su actuación, por parte del otro administrador solidario, Leovigildo, quien en su declaración testifical despojó cualquier asomo de duda sobre tal concreto aspecto, ofreciendo un relato de lo sucedido sumamente clarificador.

a.- Actuaciones en el depósito aduanero:

En tal sentido señala que CARBOASTUR se constituyó participada al 50% por dos sociedades HISPANOUCRAN, de la que era socio y representante legal el acusado, y ENERGY COAL, sociedad italiana dedicada a la extracción, distribución y venta de carbón a nivel internacional, siendo nombrados administradores solidarios de la entidad, así constituida, el acusado como representante de HISPANOUCRAN y el testigo, como representante de ENERGY COAL, entidad ésta última que era la principal suministradora de CARBOASTUR que, en sus instalaciones del depósito aduanero del Puerto de Avilés, recibía la mercancía suministrada, para su cribado, clasificación y venta a clientes nacionales, aclara que se trataba de un depósito aduanero, que solo permitía el almacenamiento de carbón de importación, en el que los impuestos se liquidaban una vez salía el carbón del puerto, tras su venta. Manifiesta que se comunicaba con frecuencia con el acusado y que cada dos meses, aproximadamente acudía a Avilés, si bien la gestión directa y diaria de la empresa la llevaba a efecto el acusado, quien no le rendía cuentas, solo le comentaba algunos aspectos concretos, sin hacerle partícipe de la gestión directa, de ahí la tardanza en detectar lo ocurrido. Uno de los mejores clientes de CARBOASTUR era EMERGICAL, empresa que no era consumidor final al adquirir carbón para su venta a terceros, entre los que figuraba Arcelor, tenía que ser siempre carbón de importación, añade con contundencia; aclara que dicha empresa realizó algunos pagos directamente a ENERGY COAL, por suministros de CARBOASTUR, apareciendo tales pagos perfectamente contabilizados. Cuando un barco llegaba al puerto de Avilés tenía que haberse pesado -peso por calado-, pero no se hacía, detectando tal extremo tras la intervención de la Agencia Tributaria, que es cuando se percatan de la diferencia de carbón en el almacén así como de la presencia de carbón de origen nacional, que como mínimo representaba unas 1.200 toneladas, según las cartas de porte y tickets de una empresa del Alto Bierzo y de transportes Viloría localizados.

Señala con rotundidad que el acusado, ni estaba autorizado, ni disponía de su consentimiento para llevar a efecto tales actuaciones que el testigo desconocía hasta ese momento, actuaciones que por demás estaban en contra del interés de su empresa-ENERGY COAL- en cuanto principal suministradora de CARBOASTUR, deparándole perjuicios al tener que afrontar el pago de la multa y recargos impuestos por la Agencia Tributaria -en torno a unos dos millones de euros aproximadamente-, así como la pérdida de un crédito que ENERGY COAL tenía frente a CARBOASTUR que resultó de imposible ejecución.

El desbarajuste, sigue manifestando, se detectó a través de un cálculo matemático, calculando las toneladas de carbón según el conocimiento de embarque, el carbón que salía y el que quedaba en el almacén, del que como mínimo desaparecieron 9.000 toneladas de imposible explicación por vía de mermas técnicas, si consideramos el clima de Asturias -húmedo y lluvioso- y que era carbón mojado gana peso, no lo pierde.

Manifiesta que CARBOASTUR perdió clientes dada la mala calidad del carbón al ser mezcla, aclarando que HISPANOUCRAN no tenía ninguna razón de seguir funcionando porque hacía competencia a CARBOASTUR, y aunque no tenía actividad seguía vendiendo carbón procedente de las instalaciones de CARBOASTUR, tal y como se lo había manifestado SOLVAY.

Señala que la empresa tenía tres trabajadores en las instalaciones del Puerto de Avilés y que no aparecieron todos los albaranes de salida, manifestándole uno de los trabajadores, que el acusado los escondía.

A preguntas manifiesta que el acusado se quejaba de la mala calidad del carbón suministrado por ENERGY COAL y ello con la finalidad de justificar las quejas de los clientes y que las quejas sobre el precio lo fueron

en la última época. El acusado era el gerente y gestor diario y ordinario de Carboastur, por lo que tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del testigo, que nada percibía por su condición de administrador solidario.

b.- Inexistencia de autorización al recurrente para que éste llevara a cabo las extracciones que realizó.

El recurrente carecía de consentimiento y autorización para llevar a afecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales, ni las transferencias mensuales de 1.000 euros, que carecían de sentido, puesto que de responder a los gastos del acusado derivados de su condición de gerente, vendrían establecidas por la vía de aumento salarial .

c.- Inexistencia de autorización para llevar a cabo constitución de garantía de un préstamo para otra empresa.

Añade que tampoco autorizó al acusado para la constitución de la garantía del préstamo para la empresa SUMARA HOLTZ, que ningún tipo de relación tenía con CARBOASTUR y que los 3.000 euros restantes del pago efectuado por EMERGYCAR, se los quedó el acusado, puesto que de haber respondido a extras y comidas, como así afirma el acusado, tenía que tener un reflejo en los libros del que no existe mención alguna.

d.- La escritura de Agosto de 2013 se firma en ausencia de conocimiento de lo que había llevado a cabo.

Preguntado manifiesta que la firma de las escrituras públicas en el mes de agosto de 2013 se hizo porque en ese momento no tenían conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación como gerente, que decidió perdonar, suscribiendo las escrituras de referencia.

En el mes de octubre de 2013 se le remite un burofax al acusado, reclamándole la entrega de la documentación haciendo éste, caso omiso, quien, además, en nada había colaborado con el gestor que el testigo había nombrado; es en enero de 2014 cuando, tras la finalización de la auditoría encargada, cuando se toma cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa del acusado. Incide en que le pedía explicaciones, a medida que constataban sucesivas irregularidades, que el acusado nunca aclaró ni contestó. Añade que la gestoría ARSAM S.L., que se encargaba de la contabilidad de CARBOASTUR, así como la firma CENTIUM AUDITORES

S.L. que llevó a afecto la auditora de tales cuentas, fueron contratadas por el acusado, que era el que mantenía los contactos y les facilitaba toda la documentación, limitándose el testigo a filtrar las cuentas anuales de la sociedad.

Insiste que el acusado no les facilitó la documentación requerida y en relación con el vehículo adjudicado al acusado, en las escrituras públicas de referencia, señala que se trataba del vehículo que el acusado utilizaba y que no fue un regalo, sino una exigencia de Baltasar concedida para "sacárselo de encima" ante las diversas reclamaciones que al tiempo de la negociación aquel efectuaba.

En relación a las mermas, a preguntas de la defensa, insiste en su inexistencia en los términos pretendidos, y con rotundidad afirma que el acusado "robó 9.000 toneladas de carbón y los vendió a terceros en su propio beneficio".

e.- Prueba pericial concluyente que avala la irregularidad de las operaciones por el recurrente.

Por su parte la pericial practicada en el plenario por D. Marcelino , economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe obrante en la causa -documento nº 4 de la Separata 1-, robustece los términos de la testifical analizada.

En su declaración, tras afirmarse y ratificarse en su contenido, señala que él mismo fue encargado por la entidad ENERGY FUEL para constatar las posibles irregularidades de la empresa, detectadas tras la intervención de la Inspección de Aduanas.

Se remite a las conclusiones que figura en su informe aludiendo a la constatación de las entradas y salidas de carbón nacional en él y disposiciones del almacén de la empresa, los pagos, cobros por el acusado y al establecimiento de una garantía a favor de una entidad -Sumara Holtz-, que nada tenía que ver con CARBOASTUR.

Señala que el acusado fue requerido para la entrega de la documentación de la empresa y especialmente para la aportación de los albaranes de salida, sin que por su parte nada se aportase.

Localizaron tickets de entrada y salida de camiones de transporte de carbón del Alto Bierzo, carbón nacional que se mezclaba, en el almacén, con el carbón de importación.

Se constató la desaparición de unas aproximadas 9.000 toneladas de carbón, partiendo para ello del pesaje hecho por Aduanas en su inspección, calculando las entradas y salidas según la contabilidad.

Señala que el acusado era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad.

Las extracciones y disposiciones efectuadas por el acusado no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros.

El precio por tonelada, fijado en su informe es medio, no al alza, partiendo para ello de los datos que arroja la contabilidad de la empresa. Finalmente reseña que las cuentas anuales no permiten conocer los detalles de las operaciones, porque son globales.

Prueba de cargo que valora el Tribunal:

1.- Testifical de Leovigildo e informe pericial.

Las declaraciones descritas vinculadas a la documental y, especialmente al informe pericial de referencia - 67 folios- obrante en la causa, evidencia la inconsistencia de la argumentación defensiva que articula el acusado, poniendo a cargo del socio italiano el conocimiento y autorización de toda la gestión por él realizada, a modo de corresponsabilidad de las irregularidades finalmente detectadas que, ante lo rotundo de su justificación, ni siquiera se atreve a negar.

2.- Desconocimiento del socio de las irregularidades del recurrente.

Señala el Tribunal que ningún dato consta que permita vislumbrar que el socio italiano tuviera conocimiento de las irregularidades de la empresa, que era dirigida y gestionada por el acusado, que era el que residía y tenía los contactos en este país dada su previa experiencia, en todos sus aspectos, tanto internos como externos, relativos a las ventas a los clientes, la gestión de su facturación, cobros, pagos y gestión de las cuentas bancarias de la sociedad, así como la contratación de asesores contables externos para la llevanza de la contabilidad, presentación de los impuestos correspondientes, y confección de auditoria de las cuentas con base a la documentación que el propio acusado o su pareja, que también figuraba como empleada de la empresa, les facilitaban, mientras que Leovigildo residía en Italia, acudía mensual o bimensualmente a Avilés, sin que en aras a la confianza depositada en su socio, inherente a las relaciones de tal índole, tomara cabal conocimiento del alcance de la gestión que aquel realizaba, dado que la firma de las cuentas anuales de la sociedad, no autorizaba a cuestionar sin más tal extremo, por su carácter global y la forma de elaborar dichas cuentas por la gestoría elegida por el acusado con la documentación que éste le facilitaba.

Corroboración de estos datos por su reacción ante las irregularidades detectadas por la Agencia Tributaria, en la que pone en marcha los mecanismos necesarios para detectar la realidad, causas y consecuencias de tales irregularidades, comenzando por el abono de la multa administrativa y recargos correspondientes y continuando con el encargo de una auditoria como mecanismo de investigación, que resultaría superflua e innecesaria de ser cierta la versión del acusado.

Refuerza tal conclusión las documentales que incorporan por vía notarial, las declaraciones efectuadas por los tres empleados de la empresa - Pedro Enrique , Arturo y Eutimio -, que si bien no despliegan los efectos propios de la testifical por sustraerse a la preceptiva intermediación y contradicción, pueden ser consideradas a modo de elementos que refuerzan y confluyen en el aspecto concreto de la cuestión, al coincidir aquellos en señalar al acusado, como la única persona que mandaba y ordenaba la operativa de la empresa.

3.- Irrelevancia de la documental aportada por el recurrente.

Apunta el Tribunal que resulta significativo que ninguna prueba propone el acusado que avale su planteamiento, puesto que los emails aportados no permiten tal consideración, teniendo en cuenta su contenido, que se corresponde con los aspectos y comentarios concretos que Leovigildo admite en su declaración y que pudieran ser interpretados, a modo de estrategia para justificar las quejas de los clientes, sin que de su conjunto quepa colegir que el acusado estuviera autorizado para disponer, como hizo, de los fondos y existencias de la empresa, en su propio beneficio.

4.- Ineficacia de la pericial de la defensa para desvirtuar la probanza de cargo.

Señala el Tribunal que mención aparte merece la pericial practicada, a instancias de la defensa, acerca de las

pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa, se fija en 9.000 toneladas de carbón.

Lleva razón la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora -el día 27 de marzo de 2014- únicamente alude, con carácter genérico a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades.

Tanto por la humedad con la que llega el carbón y luego se reduce al estar a la intemperie, como por efectos climatológicos, que el hecho de que el carbón esté a la intemperie y llueva no incrementa la humedad del carbón porque se elimina rápidamente".

Y ello a pesar de que a tal fecha ya disponía del informe pericial de referencia, al aparecer fechado el 15 de abril de 2013, informe que se aporta en el plenario y sobre el que, los emails atinentes a la negociación previa al otorgamiento de las escrituras públicas en agosto de 2013 y el contenido de tales escrituras, ninguna mención contiene.

Las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no convencen al Tribunal, partiendo de que se trata de un informe de índole teórica y confeccionado sobre la base exclusiva de los datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por bascula, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino, sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe.

En tal sentido, la comparación de las pericias por el Tribunal es suficientemente explicativa acerca de las razones por las que el Tribunal se decanta por admitir la pericial anterior frente a la de descargo. No hay arbitrariedad en la toma de decisión de admitir una pericial frente a otra, y ante ello lo que se exige al Tribunal es argumentación de las razones de la asunción de una prueba pericial basada en los conocimientos del técnico que corroboran la percepción del Tribunal de las irregularidades que parten de esa pericial, la documental y la testifical antes expuesta, y sin que esta pericial ni el documento de la escritura de renuncia alteren el proceso deductivo del Tribunal, ya que esa renuncia es injustificada y basada en un apartarse del negocio, cuando se dio cuenta de que se estaban detectando las operaciones realizadas, no teniendo efecto alguno en el orden penal escrituras de renunciaciones del socio respecto de la empresa que había sido perjudicado en el modus operandi antes descrito.

Por ello, el Tribunal concluye que lo hasta ahora expuesto conduce, en definitiva, a considerar plenamente acreditada, la autoría del acusado de las conductas puestas a su cargo por parte de las acusaciones, que como ya se indicó, se proyectó en una doble vertiente afectante a los fondos de la sociedad y a los intereses societarios, que incorporan cada una de ellas, todos los elementos del injusto que se describen en el art. 252 y art. 295, respectivamente, del Código penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

El motivo se desestima.

TERCERO.-

Con respecto del segundo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

En la misma línea ya expuesta anteriormente pretende el recurrente justificar las extracciones que se llevan a cabo y la virtualidad de las escrituras de renuncia, que ya antes han sido rechazadas por la argumentación expuesta por el Tribunal y la acertada valoración probatoria efectuada, ya que las escrituras, los correos electrónicos y los extractos no tienen la virtualidad probatoria que pretende el recurrente, ya que:

Desconocimiento del socio italiano de lo que estaba pasando

Como suele ocurrir en estos casos de fraudes societarios la excesiva confianza y la ausencia total de control del socio italiano determinan las operaciones imputadas que se tratan de justificar con documental y escrituras realizadas ad hoc cuando se detectan las irregularidades. Así, se destaca que según se recoge de la prueba practicada en el plenario con la suficiente inmediación ningún dato consta que permita vislumbrar que el socio italiano tuviera conocimiento de las irregularidades de la empresa, que era dirigida y gestionada

por el recurrente, que era el que residía y tenía los contactos en este país dada su previa experiencia, en todos sus aspectos, tanto internos como externos, relativos a las ventas a los clientes, la gestión de su facturación, cobros, pagos y gestión de las cuentas bancarias de la sociedad, así como la contratación de asesores contables externos para la llevanza de la contabilidad, presentación de los impuestos correspondientes y confección de auditoría de las cuentas con base a la documentación que el propio acusado o su pareja, que también figuraba como empleada de la empresa, les facilitaban, mientras que Leovigildo residía en Italia, acudía mensual o bimensualmente a Avilés, sin que en aras a la confianza depositada en su socio, inherente a las relaciones de tal índole, tomara cabal conocimiento del alcance de la gestión que aquel realizaba, dado que la firma de las cuentas anuales de la sociedad, no autorizaba a cuestionar sin más tal extremo, por su carácter global y la forma de elaborar dichas cuentas por la gestoría elegida por el acusado con la documentación que éste le facilitaba, lo que viene corroborado por su reacción ante las irregularidades detectadas por la Agencia Tributaria, en la que pone en marcha los mecanismos necesarios para detectar la realidad, causas y consecuencias de tales irregularidades, comenzando por el abono de la multa administrativa y recargos correspondientes y continuando con el encargo de una auditoría como mecanismo de investigación, que resultaría superflua e innecesaria de ser cierta la versión del acusado. Refuerza tal conclusión, apunta el Tribunal, que las documentales que incorporan por vía notarial, las declaraciones efectuadas por los tres empleados de la empresa - Pedro Enrique , Arturo y Eutimio - que si bien no despliegan los efectos propios de la testifical por sustraerse a la preceptiva intermediación y contradicción, pueden ser consideradas a modo de elementos que refuerzan y confluyen en el aspecto concreto de la cuestión, al coincidir aquellos en señalar al acusado, como la única persona que mandaba y ordenaba la operativa de la empresa.

Resulta significativo que ninguna prueba propone el acusado que avale su planteamiento, puesto que los emails aportados, no permiten tal consideración, teniendo en cuenta su contenido, que se corresponde con los aspectos y comentarios concretos que Leovigildo admite en su declaración y que pudieran ser interpretados, a modo de estrategia para justificar las quejas de los clientes, sin que de su conjunto quepa colegir que el acusado estuviera autorizado para disponer, como hizo, de los fondos y existencias de la empresa, en su propio beneficio".

Alude la sentencia también a la pericial practicada a instancias de la defensa, acerca de las pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa se fija en 9.000 toneladas de carbón. Lleva razón -según la sentencia- la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora el día 27 de marzo de 2014, únicamente alude, con carácter genérico a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades (...). Las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no convencen al Tribunal, partiendo de que se trata de un informe de índole técnica y confeccionado sobre la base exclusiva de los datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por báscula, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino , sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe".

Los documentos que cita la parte recurrente en cuanto a intentar justificar las extracciones y cargos quedan contradichos con los elementos probatorios ya expuestos, lo que conlleva la desestimación del motivo.

CUARTO.-

Con respecto del tercer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, al no incluirse como hechos probados circunstancias de relevancia esencial para la causa que se basan en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Vuelve a incidir que la renuncia en escrituras conlleva un efecto que pretender tener por acreditado que no exista responsabilidad civil, pero el Tribunal ya analizó con detalle, y se ha mencionado antes, que "resulta inoperante la renuncia que incorpora las escrituras públicas otorgadas en el mes de agosto de 2013, sobre cuya potencialidad exculpatoria giró la esencia de la tesis defensiva esgrimida por el acusado".

Pero ejercitada la acción penal y civil por la entidad Energy Fuel Asturias S.L., nueva denominación de la entidad Carbuastur, no consta ninguna renuncia, sino por el contrario el ejercicio de la pretensión penal y de la acción civil correspondiente, a través de la interposición de la querrela y del escrito de acusación subsiguiente. A tales efectos el contenido del clausulado de las ya tan mentadas escrituras públicas, incorporan acuerdos alcanzados por las entidades, partícipes al 50% de la empresa Carbuastur, esto es, por Hispanoucran y Energy Coal, que responde a la necesidad de desbloquear la situación de aquella empresa tras detectarse las primeras irregularidades a través de las actuaciones inspectoras de la Aduana, y en este contexto ha de enmarcarse la renuncia que, el socio Energy Coal, formula en los términos que ha quedado descrita, que despliega sus efectos entre sujetos contratantes, esto es, entre los socios o partícipes de Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias SL-, persona jurídica distinta con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos a las empresas que la participaban, que resultó perjudicada en sus intereses por la actuación del acusado, en la forma que se ha descrito, en cuyo nombre y representación ninguna renuncia incorporan las escrituras públicas de referencia, no pudiendo por lo tanto resultar afectada por los términos del acuerdo, pues ello supondría una afectación de derechos ajenos a los propios de renunciante, vedada en nuestro sistema.

No puede existir eficacia extintiva a las actuaciones que no afectan a quienes no participaron en los actos. Así, se pone de manifiesto que la mercantil Energy Fuel Asturias S.L., empresa perjudicada con la actuación del acusado, no consta ninguna renuncia a las acciones civiles derivadas del delito. Y como declaró en el acto del juicio oral el testigo principal de los hechos Leovigildo, y ya se ha expuesto antes, la firma de las escrituras se hizo el 1 de agosto de 2013, obedece a que en ese momento no tenían conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación como gerente del acusado, que decidió perdonar, suscribiendo tales escrituras. Es en enero de 2014 cuando, tras la finalización de la auditoría encargada, cuando se toma cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa (y delictiva) del acusado.

No se puede otorgar valor ni eficacia a una escritura que tiene vicios del consentimiento en su formulación, y pese a ello no afecta a las partes no referidas, además de llevarse a cabo en fraude de ley, ya que las escrituras públicas por lo tanto están viciadas, ya que se otorgan cuando se desconoce la comisión de hechos delictivos, por lo que nunca podrían suponer una renuncia a una posible acción civil derivada de un delito. Pero es que además, son suscritas por el representante de Energy Coal SPA, que no es la empresa que resultó perjudicada por el comportamiento delictivo del acusado, que era Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias-, persona jurídica -como recoge la sentencia- distinta y con órganos de administración independientes.

El motivo se desestima.

QUINTO.-

Con respecto del cuarto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Entiende el recurrente que "lo esencial, a la hora de analizar desde la perspectiva del Derecho Penal la actuación de Don Baltasar como Administrador de "CARBUASTUR, S.L.", es determinar si Don Baltasar contaba con el consentimiento del órgano social o de los socios, pues en ese caso nos encontraríamos con una causa de exclusión de la antijuridicidad, pues en ese caso faltarían los requisitos de tipo como son el perjuicio y el abuso de funciones. No puede existir abuso de funciones si los actos del administrador han sido aprobados, ratificados, por el órgano social o por los socios".

Sin embargo, no puede ampararse esta aprobación que propone si es la ratificación la que refiere en los documentos que ya antes ha citado, alegaciones que se deben desestimar, por cuanto las documentos de renuncia son ineficaces frente a la acusación particular. Se ha explicado ya el reducido alcance de los actos de renuncia y que las extracciones no estaban autorizadas, así como que la declaración del socio es clarividente, desprendiéndose de la misma y de la prueba pericial que no se conocían las irregularidades y que son cuando se detectan cuando se empieza a actuar, siendo concluyente la prueba pericial antes expuesta para desestimar este motivo de igual modo por no resultar acreditada en modo alguno la autorización que pretende probar para llevar a efecto las irregularidades que se llevaron a cabo, algunas de las cuales, como los cargos de gastos de cuestiones personales y su pretensión o intento de justificarlos están

enmarcados en el total y absoluto abuso de facultades motivado, también hay que decirlo, por una total ausencia de control de lo que el recurrente estaba realizando hasta que se lleva a cabo ese control que es lo que hace desembocar la investigación en las escrituras para intentar salvar el recurrente las irregularidades que "ya había cometido".

El motivo se desestima.

SEXTO.-

Con respecto del quinto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Basa y centra el recurrente el error valorativo en la prueba en los siguientes extremos:

a) Que Baltasar mezcló carbón nacional con carbón de importación.

b) Que dicha mezcla se hacía con el ánimo de vender carbón propiedad de "Hispanoucran S.L." con una mejor calidad a un precio más bajo.

c) Que dicha mezcla suponía que "Energy Fuel" vendiera a sus clientes un carbón de peor calidad a un precio más alto.

d) Que ello produjo quejas de los clientes de Carbuastur S.L., e incluso perder alguno de esos clientes.

e) Que esa entrada de carbón nacional en el depósito aduanero supuso la imposición de una multa por la Agencia Tributaria de 606.770.99 euros más

92.534 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora.

Niega en consecuencia estos datos apuntando no ser cierto que la inspección de la Agencia Tributaria tuviera relación con estos extremos.

Recoge la sentencia que el acusado señaló que era socio del 10 % y administrador único de la empresa HISPANOUCRAN, dedicada a la compra y venta de carbón de Ucrania y Rusia y ello desde hacía 21 años, empresa que era de su hermano. Que el único suministrador de CARBOASTUR era ENERGY COAL, no teniendo libertad para contratar la adquisición con otras empresas, siendo en la práctica un simple empleado a las órdenes de Leovigildo. Describe lo acontecido en relación con la inspección de Aduanas, limitando su actuación a un simple traslado del lugar del carbón almacenado, añadiendo que desconocía que dicho traslado implicaba la liquidación de los impuestos correspondientes. Niega la apropiación de carbón así como las operaciones de mezcla, aclarando que uno de los clientes principales de CARBUASTUR, EMERGICAR, le solicitó la adquisición de carbón a dos empresas nacionales y así lo llevó a afecto con la correspondiente mezcla, con la que en cualquier caso no pretendía engañar a ENERGY COAL.

Sin embargo, el Tribunal considera con acierto que difícil encaje tiene su pretendido desconocimiento sobre las consecuencias del traslado del depósito de carbón, que es lo que motiva para el Tribunal el inicio de las actuaciones inspectoras de Aduanas, vinculado a los beneficios fiscales que suponía la autorización de depósito aduanero y lo que ello conllevaba, con su, por él afirmada, dilatada experiencia profesional, que se proyectaba, con carácter principal, en el ámbito de la importación de carbón de Ucrania, a través de titularidad accionarial o representativa de diversas empresas del sector, experiencia profesional que mal se compadece con los, por él invocados, errores, atinentes a la ausencia de pesaje de los barcos, de inventario y pesaje de las existencias almacenadas en el depósito aduanero.

Leovigildo niega el control y conocimiento de las operaciones que llevaba a cabo el recurrente y afirma que en las instalaciones de Carboastur del depósito aduanero del Puerto de Avilés, recibía la mercancía suministrada, para su cribado, clasificación y venta a clientes nacionales, aclara que se trataba de un depósito aduanero, que solo permitía el almacenamiento de carbón de importación, en el que los impuestos se liquidaban una vez salía el carbón del puerto, tras su venta. Manifiesta que se comunicaba con frecuencia con el ahora recurrente y que cada dos meses, aproximadamente acudía a Avilés, si bien la gestión directa y diaria de la empresa la llevaba a efecto el acusado, quien no le rendía cuentas, solo le comentaba algunos aspectos concretos, sin hacerle partícipe de la gestión directa, de ahí la tardanza en detectar lo ocurrido.

Señala el Tribunal que incide el testigo, socio del recurrente, que uno de los mejores clientes de CARBOASTUR era EMERGICAL, empresa que no era consumidor final al adquirir carbón para su venta a terceros, entre los que figuraba Arcelor, incidiendo en que tenía que ser siempre carbón de importación,

añade con contundencia el testigo y aclara que dicha empresa realizó algunos pagos directamente a ENERGY COAL, por suministros de CARBOASTUR, apareciendo tales pagos perfectamente contabilizados.

Explica la mecánica de funcionamiento aclarando que cuando un barco llegaba al puerto de Avilés tenía que haberse pesado -peso por calado-, pero no se hacía, detectando tal extremo tras la intervención de la Agencia Tributaria, que es cuando se percatan de la diferencia de carbón en el almacén así como de la presencia de carbón de origen nacional, que como mínimo representaba unas 1.200 toneladas, según las cartas de porte y tickets de una empresa del Alto Bierzo y de transportes Vitoria localizados. Señala con rotundidad que el acusado, ni estaba autorizado, ni disponía de su consentimiento para llevar a efecto tales actuaciones que el testigo desconocía hasta ese momento, actuaciones que por demás estaban en contra del interés de su empresa -ENERGY COAL- en cuanto principal suministradora de CARBOASTUR, deparándole perjuicios al tener que afrontar el pago de la multa y recargos impuestos por la Agencia Tributaria -en torno a unos dos millones de euros aproximadamente-, así como la pérdida de un crédito que ENERGY COAL tenía frente a CARBOASTUR que resultó de imposible ejecución. El desbarajuste, sigue manifestando, se detectó a través de un cálculo matemático, calculando las toneladas de carbón según el conocimiento de embarque, el carbón que salía y el que quedaba en el almacén, del que como mínimo desaparecieron 9.000 toneladas de imposible explicación por vía de mermas técnicas, si consideramos el clima de Asturias -húmedo y lluvioso- y que el carbón mojado gana peso, no lo pierde. Manifiesta que CARBOASTUR perdió clientes dada la mala calidad del carbón al ser mezcla, aclarando que HISPANOUCRAN no tenía ninguna razón de seguir funcionando porque hacía competencia a CARBOASTUR, y aunque no tenía actividad seguía vendiendo carbón procedente de las instalaciones de CARBOASTUR, tal y como se lo había manifestado SOLVAY.

Señala que la empresa tenía tres trabajadores en las instalaciones del Puerto de Avilés y que no aparecieron todos los albaranes de salida, manifestándole uno de los trabajadores, que el acusado los escondía. El testigo insistió en el plenario en relación a las mermas, a preguntas de la defensa, y con rotundidad afirma que el acusado "robó 9.000 toneladas de carbón y los vendió a terceros en su propio beneficio".

Manifiesta que el acusado se quejaba de la mala calidad del carbón suministrado por ENERGY COAL y ello con la finalidad de justificar las quejas de los clientes y que las quejas sobre el precio lo fueron en la última época.

También es un dato tenido en cuenta en cuanto a la admisión de las irregularidades en cuanto al carbón que la pericial practicada en el plenario por D. Marcelino, economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe obrante en la causa y sus conclusiones que figura en su informe aludiendo a la constatación de las entradas y salidas de carbón nacional. Señala en su informe que el acusado fue requerido para la entrega de la documentación de la empresa y especialmente para la aportación de los albaranes de salida, sin que por su parte nada se aportase. Localizaron tickets de entrada y salida de camiones de transporte de carbón del Alto Bierzo, carbón nacional que se mezclaba, en el almacén, con el carbón de importación. Se constató la desaparición de unas aproximadas 9.000 toneladas de carbón, partiendo para ello del pesaje hecho por Aduanas en su inspección, calculando las entradas y salidas según la contabilidad. Señala que el acusado era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad.

También alude en este punto de este motivo el Tribunal a que mención aparte merece la pericial practicada, a instancias de la defensa, acerca de las pretendidas mermas técnicas, a efectos de justificar la constatada desaparición que en forma estimativa, se fija en 9.000 toneladas de carbón y señala que "Lleva razón la acusación particular, cuando destaca que en la instrucción el acusado no alude a las mermas, pues se constata que en su declaración ante la instructora -el día 27 de marzo de 2014- únicamente alude, con carácter genérico, a que "la diferencia del 2% en el pesaje entre el carbón contabilizado y el pesado es una diferencia normal en este tipo de actividades. Tanto por la humedad con la que llega el carbón y luego se reduce al estar a la intemperie, como por efectos climatológicos, que el hecho de que el carbón esté a la intemperie y llueva no incrementa la humedad del carbón porque se elimina rápidamente". Y ello a pesar de que a tal fecha ya disponía del informe pericial de referencia, al aparecer fechado el 15 de abril de 2013, informe que se aporta en el plenario y sobre el que los emails atinentes a la negociación previa al otorgamiento de las escrituras públicas en agosto de 2013 y el contenido de tales escrituras, ninguna mención contiene".

Refiere el Tribunal que las conclusiones que incorpora tal informe, que viene a justificar las pretendidas mermas técnicas, no le convencen, partiendo de que se trata de un informe de índole teórica y confeccionado sobre la base exclusiva de los datos facilitados por el acusado, sin inspección directa de las instalaciones y sin alusión ni incorporación de los análisis de humedad, pesajes por báscula, pesajes por calado y en fin, sin referencia a los conocimientos de embarque, que carece de eficacia desvirtuadora de las conclusiones que sobre tal concreto aspecto explica el perito Sr. Marcelino , sobre la base de la documentación de la empresa que exhaustivamente analiza y adjunta a su informe.

Lo ocurrido con respecto al carbón, pues, no se trata de un error, como con suficiente argumentación probatoria concluye el Tribunal, sino que se realizó a conciencia y con conocimiento y voluntad de causar un beneficio personal y un consiguiente perjuicio a ENERGY FUEL ASTURIAS, que es lo que llevó a las quejas de los clientes, además de que los documentos que refiere, algunos de ellos, como incide la Fiscalía, no son literosuficientes.

Pero es que la conclusión a la que llega el Tribunal resulta de todo punto obvia, ya que no tenía sentido la mezcla de carbón y su presencia y estancia en las instalaciones, y no estaba admitido en modo alguno por su socio, como así lo expuso, que el carbón nacional procedente del Alto Bierzo se mezclara con el procedente de Ucrania, ya que ello llevaba, como así ocurrió una doble consecuencia, como era ofertar el recurrente a los clientes de la empresa de la que era administrador único -HISPANOUCRAN S.L.- un producto de mejor calidad (al unirse carbón ucraniano) a precio más bajo y paralelamente un perjuicio a la empresa que era, no lo olvidemos, la titular del depósito aduanero -ENERGY FUEL ASTURIAS-, al vender a sus clientes un producto de peor calidad que el convenido, con las consiguientes reclamaciones. Esa ubicación en ese lugar de ambas ya daba lugar a la evidencia de lo que más tarde ocurrió con la inspección de la agencia tributaria. Y aunque el recurrente lo niegue sí que tuvo que ver la inspección con la mezcla del carbón, ya que el carbón de Ucrania (país no perteneciente a la Unión Europea) y el nacional tienen una tributación totalmente diferente, y eso es lo que da lugar a la detección de lo que estaba ocurriendo y la subsiguiente sanción. También, como menciona la Fiscalía respecto al documento nº 26 de la querrela contiene el análisis de las muestras de carbón tomadas para justificar la mezcla, tiene parte de su contenido en castellano y no es el único documento relevante, sino que el documento nº 24 de la querrela contiene las numerosas declaraciones de Porte de carbón, que la empresa transportista Peláez Gutiérrez S.L., realizó desde el Alto Bierzo para Carbuastur S.L., constando los kilos y las fechas en que se llevaron a cabo. Tampoco tiene virtualidad el acta de conformidad que se refiere a una sanción tributaria sin mayor relevancia en cuanto al objeto de esta mezcla que sí le quedó acreditado al tribunal y la operación fraudulenta llevada a cabo. En cualquier caso, como señala la fiscalía se impone la sanción tributaria debido a que respecto a 147.530,577 toneladas de antracita previamente vinculadas por Carboastur S.L., al régimen de depósito aduanero, no había presentado declaraciones de importación, ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria. Esa falta de presentación de declaraciones de importación, sin duda tuvo lugar (y así lo recoge la sentencia) debido a que se trataba de carbón nacional y no importado. Respecto a la exoneración de que las quejas dimanaran de aspectos alejados de la mezcla señalar con acierto la fiscalía que la carta de SOLVAY, que menciona el recurrente, debemos apreciar que la queja viene motivada no sólo por los retrasos en los plazos de entrega acordados, sino por incumplimiento en los parámetros de granulometría, que es determinante de la calidad del producto vendido en esta área.

Con ello, vemos que los documentos que se citan están contradichos con otros elementos probatorios y ello conlleva la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.-

Con respecto del sexto motivo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se vuelve a tratar la cuestión que el recurrente centra en la ausencia de prueba respecto a la sustracción de carbón en cantidad de 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA a ENERGY FUEL ASTURIAS, y cuestiona la declaración del socio italiano a la que no le otorga validez y el informe pericial antes citado, pretendiendo otorgar mayor validez al aportado por la defensa.

Sin embargo, volvemos a incidir en que el recurrente altera la valoración probatoria del Tribunal que es

ajustada y no se aprecia en ella arbitrariedad alguna, sino que el proceso deductivo está secuenciado y amparado en sólida argumentación centrada en el conocimiento de lo que al final se detecta por el socio antes citado que había ocurrido, y el cúmulo de irregularidades que fueron apareciendo hasta dar lugar al escrito de renuncia, que frente a la interpretación del recurrente de que conlleva una renuncia de reclamación la interpretación del tribunal es otra bien distinta en cuanto a la forma en la que se lleva a cabo tal renuncia como consta en el documento en el que se plasma y el precio fijado. Pero es que se cuenta con un informe pericial que ha sido analizado con detalle por el Tribunal, y frente al aportado por la parte recurrente amparándose ahora en la vía del art. 849.2 LECRIM .

En esta línea, esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que en relación a la prueba pericial, hemos dicho que es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21 de diciembre).

En cuanto a su valor como documento la jurisprudencia le otorga tal condición, cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen, o sin una explicación razonable (SSTs 2144/2002 de 19 de diciembre (EDJ 2002/59893) y 54/2015, de 28 de enero , entre otras).

Por tanto, habiendo explicado, como antes se ha reseñado, el Tribunal las razones por las que desestima la pericial de la defensa tampoco existió, en este caso, un error en la valoración de la prueba pericial documentada por parte del Tribunal de Instancia pues ofreció una justificación razonable y lógica a los motivos que le llevaron a separarse de las conclusiones contenidas en el dictamen pericial, y, por tanto, según la Jurisprudencia expuesta, el referido dictamen pericial no es apto para ser considerado como documento a efectos casacionales, por no tener cabida en los supuestos excepcionales por los que un dictamen pericial deviene idóneo como documento a efectos del artículo 849.2 LECrim (EDL 1882/1) .

El motivo se desestima.

OCTAVO.-

Con respecto del séptimo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 252, en relación con el art. 249 del Código Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Mantiene el recurrente que existiendo una autorización del socio único de CARBUASTUR, S.L. respecto de la

totalidad de las actuaciones de D. Baltasar en relación con el patrimonio de la sociedad durante todo el periodo en que fue Administrador de la misma, ello excluye la tipicidad de los hechos imputados a fin de apreciar la concurrencia aquel delito. Entiende que la firma de las escrituras ratifican la autorización existente a los actos llevados a cabo.

Sin embargo, la interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de "autorización", realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está "autorizado". Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios son y están dirigidas para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles, a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido "Código Olivenza". Y así, el consejo de ministros, acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nació así la Comisión Olivencia con un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras a una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

Estos Códigos a seguir por los Administradores societarios marcan unas pautas de actuación donde priman la transparencia en la gestión, lo que en este caso se ha omitido, dado que de la prueba practicada se ha evidenciado que el socio italiano desconocía la actuación del recurrente y el conocimiento tardío de lo que estaba ocurriendo es lo que determina los plazos de maniobra de los que dispuso el recurrente para llevar a cabo los actos de apropiación.

Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de compliance en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del compliance program como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreadores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y será ad intra, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos

de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos extra cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del art. 120.4º CP, que podría estar cubierta por las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno ad intra, sino, también, de la normativa que ya fijó el art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia y que señala que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (EDL 2014/202806), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del Artículo 227 que lleva por rúbrica el Deber de lealtad y que añade, en cuanto a las obligaciones de los administradores societarios, que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 (EDL 2014/202806) redactó el art. 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición secuenciada de cómo se traducía ese conocido como "deber de lealtad" que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad, que a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

Así las cosas, entre estos deberes está, en lo que en este caso nos atañe.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta

propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Clave es también en este caso el Art. 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 (EDL 2014/202806) que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos, ya que se recoge que:

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el art.

229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así:

1.- El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (art. 225). 2.- El deber de lealtad ante la sociedad (art. 227).

Los actos desleales del recurrente se evidencian en la declaración del socio italiano Leovigildo, ya que el recurrente tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del socio, que nada percibía por su condición de administrador solidario, siendo así que el acusado carecía de consentimiento y autorización para llevar a afecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales. Además, frente al alegato de la "autorización" resulta evidente que no existe esta con respecto a actos de apropiación, sino que el cargo gerencial del recurrente excluye taxativamente, porque viola y vulnera los preceptos societarios antes expuestos introducidos expresamente por la Ley 31/2014 (EDL 2014/202806) en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para establecer un marco obligacional a los administradores que deben cumplir, lo que en este caso, claramente, no se ha dado.

De la pericial ya citada se expone que las extracciones y disposiciones efectuadas por el recurrente no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros.

Por otro lado, las alegaciones respecto de las extracciones y cargos son absolutamente rechazables. El recurrente señala que en lo que respecta a los 3.000 euros que no se ingresan en la cuenta de la empresa, tal cantidad fue aplicada para pagar las horas extraordinarias de los trabajadores de la empresa e

invitaciones de la empresa a modo de "gastos de representación", sin que se apropiara de cantidad alguna. En relación con sus gastos personales con cargo a la empresa, manifiesta que se llevaron a efecto con pleno conocimiento y autorización de Leovigildo, matizando, en relación con el abono de las cuotas al partido político Foro, que respondió a la conveniencia de "llevarse bien" con los responsables del Puerto de Avilés y en relación al abono del Sporting de Gijón, señala que fue un regalo para los clientes de la empresa. Asimismo manifiesta que dado que residía en León, lo que obligaba a desplazarse a Avilés, convino con Leovigildo que se le reembolsase mensualmente la suma de 1.000 euros. Insiste en que de todo tenía conocimiento Leovigildo, tratándose de gastos a la vista que eran comprobados por éste, dada su condición de economista.

Todas estas alegaciones no tienen aval probatorio que lo corrobore y son negadas por el socio italiano que niega que tuviera una autorización para realizar actos como los que aquí constan que no tienen cobertura jurídica alguna, ni son habituales en la práctica de una empresa que se rija por los Códigos de Buen Gobierno y en donde el administrador o administradores cumplan con la normativa antes citada del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), medidas que en este caso el recurrente no cumplió debidamente alejándose palmariamente de ellas.

Consta en los hechos probados que el recurrente "en su condición de administrador de la entidad denominada Carbuastur SL, actualmente ENERGY FUEL ASTURIAS S.L., y "sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros. De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia -pareja e hijos- sus empresas, a la televisión -gol televisión- de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros. En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente EMERGICAR S.L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3000 euros, sin causa justificada (...); finalmente el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio ENERGY COAL SpA, a ENERGY FUEL ASTURIAS".

Por ello, señala el Tribunal que concurren en la conducta del acusado todos y cada uno de los elementos integrantes de la apropiación indebida del art. 252 (y de la administración desleal del art 295 del Código Penal (EDL 1995/16398)), en redacción anterior a la vigente que resulta aplicable por más beneficiosa, al resultar acreditado a través de correspondiente prueba de cargo, la actuación desarrollada por el acusado que se proyectan en cuanto:

1.- Dispone en beneficio propio a través de transferencias o disposiciones directas de caja, domiciliación en cuentas de la empresa de sus gastos personales y apropiación de 3.000 euros de un pago en metálico correspondiente a la sociedad, así como la apropiación de 9.040,16 toneladas de carbón de importación, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, apropiándose del producto obtenido tras su venta a terceros, para incorporarlo a su patrimonio, que conduce a su inclusión en el delito de apropiación indebida tiempo de comisión de los hechos en su redacción vigente (art 252 CP 95 (EDL 1995/16398)).

a.- Las transferencias a su cuenta ascendieron al importe total a la suma de 126.976,96 euros.

b.- Las facturas por temas personales ascendieron en su importe a un total de 19.154,07 euros.

c.- Del dinero recibido en la sociedad que administraba por parte del cliente, EMERGICAR S.L se quedó 3.000 euros que no ingresó en la sociedad.

Por ello, el motivo se desestima.

NOVENO.-

Con respecto del octavo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal, por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal (EDL 1995/16398), en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado

por la LO 1/2015, de 30 de marzo (EDL 2015/32370) .

Entiende el recurrente que "la expresa autorización a través de su ratificación, por el socio único de la sociedad CARBUASTUR S.L. de la totalidad de las actuaciones de administración realizadas por D. Baltasar durante el tiempo en que ejerció el cargo de Administrador de la misma, excluye a nuestro juicio la tipicidad de los hechos. Así, el socio único de CARBUASTUR S.L., reunido en esa Junta Universal y espontánea con ocasión de suscribir precisamente la Escritura de Renuncia al cargo de Administrador de D. Baltasar en fecha 1 de agosto, momento en el que tenía pleno conocimiento tanto de la utilización de las instalaciones del almacén de la sociedad para la entrada en alguna ocasión de carbón nacional adquirido por la sociedad HISPANOUCRAN; así como de la constitución de la garantía (fianza) en el préstamo hipotecario a que se refiere la Sentencia e igualmente conocía absolutamente el resultado de las actuaciones Inspectoras de la Agencia Tributaria (al haberse emitido Acta de conformidad días antes de la firma de la Escritura), expresó su consentimiento a todas esas actuaciones, mediante su ratificación en aquella Escritura. Dicho consentimiento de la sociedad, expresado a través del socio único de la misma, constituye a juicio de esta parte una causa de atipicidad por irrelevancia jurídica general".

El motivo debe desestimarse igualmente, ya que, como antes se ha expuesto, no existía una autorización para realizar los actos delictivos que se han cometido, ya que resulta obvio, como ya se ha explicado de forma detallada, que la gestión de negocios en la sociedad supusiera realizar actuaciones que causarían un perjuicio directo a la sociedad y que se evidenciarían actuaciones con abuso de funciones que, aprovechándose de la sede física, realizara acciones en beneficio personal y con perjuicio de la acusación particular con las quejas de clientes por el defectuoso servicio que se estaba prestando por la entrega del carbón, dado el contenido de los hechos probados ya explicados con detalle.

En la misma línea que lo antes expuesto por la prueba practicada el motivo se desestima.

DÉCIMO.-

Con respecto del noveno motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal (EDL 1995/16398) , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, así como del actual artículo 252 redactado por la LO 1/2015, de 30 de marzo (EDL 2015/32370) .

El recurrente fue condenado por administración desleal por las conductas relativas a que "en fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&HOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador", y las actividades realizadas en las instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales.

Sin embargo, alega el recurrente que ninguno de esos actos de administración que justifican en la sentencia la condena por el indicado delito de administración desleal, han conllevado ningún perjuicio al patrimonio de la sociedad administrada, ni de los socios de la misma, elemento necesario para apreciar la concurrencia de aquel delito.

El perjuicio es evidente, ya que el perjuicio para la empresa Carbuastur

S.L. -actual Energy Fuel Asturias S.L.-, se recoge en los hechos probados, en cuanto al vender ENERGY FUEL a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, provocó un perjuicio para la empresa, "con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen aduanero y que no había presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria".

El recurrente planteó en anteriores motivos una nueva redacción de los hechos probados que fue desestimada, alegando que "el hecho de que HISPANOUCRAN adquiriera en alguna ocasión carbón nacional para su posterior venta a otros clientes, en modo alguno supone un perjuicio para la sociedad CARBUASTUR, S.L., ni para sus socios, que venden un producto de importación distinto del adquirido por HISPANOUCRAN

S.L., que en modo alguno compite con CARBUASTUR, S.L. y en relación con la constitución de esa fianza en favor de la sociedad SUMARA&HOLTZ por parte de CARBUASTUR, S.L. con ocasión de la suscripción de un préstamo hipotecario en favor de aquélla, lo cierto es que dicha operación ha de circunscribirse en las complejas relaciones habidas entre las partes en que, conforme se deduce de la propia Escritura de Renuncia al cargo de administrador, el propio D. Baltasar y también HISPANOUCRAN, S.L. garantizaban personalmente diversos productos bancarios de préstamo o crédito constituidos en favor de la sociedad CARBUASTUR, S.L.". Sin embargo, debe reiterarse la irrelevancia a estos efectos de los documentos de renuncia que se han analizado anteriormente, dado que no la tiene a efectos penales. Por otro lado, el Tribunal fue concluyente cuando afirma que la actuación del recurrente, que se detectó merced a la intervención de la Agencia Tributaria, supuso un quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBOASTUR, de la que el acusado obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no solo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al socio italiano". Y ello con independencia de la escritura ya analizada con detalle, por cuanto se debe a una forma de resolver la situación que se había originado a raíz de la detección de las irregularidades cometidas y como forma de separar al recurrente del control de la sociedad tras lo que había ocurrido, pero no con el fin u objetivo que pretende el recurrente planteando que ese documento tenga efectos penales como perdón o renuncia de acciones del perjudicado.

Consta el perjuicio evaluable según los diversos conceptos que se detallan en el informe pericial aportado - folios 60,61 y 62 de dicho informe-, como especifica el Tribunal en su sentencia.

El perjuicio que fija la sentencia es evaluable económicamente, ya que al no aceptarse el relato de hechos probados que plantea el recurrente por no alterarse los fijados en la sentencia por no ser admisibles los documentos que ha venido citando por la vía del art. 849.2 LECRIM y ser contradichos por los elementos probatorios ya reseñados con detalle se ha constatado el evidente y notorio perjuicio para la empresa, ya que consta en los hechos probados que a raíz de las actuaciones del recurrente en cuanto a la gestión irregular de la recepción y entrega del carbón para beneficiar sus intereses personales el perjuicio se ubica en "las quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770,99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar "incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria".

Y, asimismo, el Tribunal hace constar en la sentencia que "En el mes de octubre de 2102, se inician por la Unidad Regional de Aduanas de la Delegación Especial de Asturias, de la Agencia Tributaria, actuaciones inspectoras, ante el desmantelamiento de las instalaciones de referencia constatadas por los agentes de la Guardia Civil, que determinaron la incoación de un expediente sancionador, referente a los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012, por los conceptos de derechos de importación e IVA, que desembocó en la imposición a la empresa CARBOASTUR -actual y en lo sucesivo ENERGY FUEL ASTURIAS S.L.- de una multa administrativa, por importe de 606.770,99 euros, más la cantidad de 92.534;13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses, cantidad abonada por dicha entidad, -documentos 9, 10 y 11 de la querella-. Es en dichas comprobaciones, donde, entre otros aspectos, se detectan por los actuarios, la existencia de carbón nacional y ello en clara contravención con el régimen fiscal que resultaba aplicable". El perjuicio está constatado y es evidente, por cuanto la sociedad tuvo que hacer frente a unos pagos derivados de un ilícito penal que le causó una carga económica que no tenía que haber sufrido.

También consta probado que "en fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA&BOLTZ, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a afecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador". En este caso el perjuicio está intrínsecamente unido al acto, ya que gravar y cargar una garantía a la sociedad sin razón societaria alguna que permita hacer constituir la misma constituye un perjuicio que se evalúa por el propio riesgo de la ejecución que llevará consigo la necesidad de acudir a la garantía dada por la sociedad sin necesidad de hacerlo.

Sin embargo, dado que subyace una evidente "voluntad impugnativa" del recurrente, el Tribunal debe

apreciar que se ha penado por separado la continuidad delictiva en la apropiación indebida de la administración desleal, y la esencia del art. 74 CP debe llevarnos a considerar la condena conjunta de la continuidad delictiva de ambos delitos con una condena de cuatro años de prisión en lugar de la condena por separado de los ilícitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, considerando más acorde con la realidad este tratamiento unitario de la continuidad delictiva, ya que, como señalamos en esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 428/2012 de 6 Jun. 2012, Rec. 1268/2011 : "No obstante la existencia de tal línea delimitativa, existirán casos en que determinados actos participen del ejercicio del cargo de administrador, completándose a continuación con otros actos apoderativos o distractivos, actos propios del delito de apropiación indebida, o bien dentro de una continuidad de actos, unos tengan la caracterización de administración desleal y otros la de apropiación indebida". En este caso se considera aplicable la pena de cuatro años de prisión por la continuidad delictiva de apropiación indebida y administración desleal, en lugar de la pena de dos años y nueve meses de prisión por la apropiación indebida y de tres años de prisión por la administración desleal, manteniendo la pena de multa y accesoria. En la función de la individualización judicial de la pena se estima necesario llevar a cabo esta determinación de la pena en la continuidad delictiva de sendos ilícitos penales por la vía del art. 74 CP en lugar de penarlos por separado.

Como ya se expuso recientemente por esta sala del Tribunal Supremo en sentencia 209/2018, de 3 de Mayo, Rec 1203/2917 (EDJ 2018/57766) "No es rechazable de forma tajante apriorística y absoluta que la apropiación indebida y la administración desleal puedan ser consideradas infracciones de naturaleza semejante a los efectos de la continuidad delictiva (art. 74 CP (EDL 1995/16398))", y entendemos que más ahora desde la LO 1/2015 (EDL 2015/32370) que las sitúan en el mismo capítulo VI "de las defraudaciones" aunque en distinta sección autónoma para otorgar individualización a la administración desleal frente a la apropiación indebida, pero su naturaleza es semejante. Esa reflexión nos permite en beneficio del reo aglutinar las infracciones objeto de condena en un único delito continuado. Como ya citamos en la sentencia referida, la STS 1560/2001, de 15 de septiembre (EDJ 2001/30983) -por citar algún precedente en apoyo de esta decisión- ya admitió ese tipo de continuidad delictiva que lo hizo entre morfologías defraudatorias (estafa y apropiación indebida): si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión, que es lo que aquí también se da, porque los hechos declarados probados en donde se encierran actos de apropiación indebida y otros de administración desleal se llevan a cabo en esa continuidad de acción que merecen esa integración de la continuidad delictiva única que se aplica. La STS 385/2014, de 23 de abril (EDJ 2014/95279) , por su parte, dice en sentido coincidente: "El acusado ha sido condenado por un delito continuado de estafa (aunque era calificado alternativamente como apropiación indebida y, de hecho, la sentencia se ve obligada a justificar por qué se inclina por esa tipificación y no por la disyuntiva que se proponía por la acusación). La apropiación indebida consecutiva (relativa al vehículo) se aparta del modus operandi de la otra infracción patrimonial continuada, pero obedece al mismo genérico propósito de enriquecerse lo máximo posible a costa de las entidades para las que prestaba sus servicios; está abarcada por el mismo dolo globalmente considerado. Estafa y apropiación indebida no son infracciones siempre homogéneas a los efectos exigidos por el principio acusatorio y el deber de congruencia de la sentencia. Dependerá de supuestos concretos. Pero no cabe duda alguna de que cumpliéndose los demás requisitos del delito continuado, han de considerarse infracciones de semejante naturaleza para poder ser aglutinadas en una única infracción continuada contra el patrimonio. Desde esa premisa en este supuesto la punición autónoma aparece como algo artificioso. La apropiación indebida del vehículo que solo tenía a disposición pero no en propiedad, ha de considerarse una más de las infracciones a castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en el art. 74 CP (EDL 1995/16398) . Perspectivas de justicia y proporcionalidad penológica invitan también a esta decisión que se presenta como más ponderada desde esos puntos de vista". Es por ello, por lo que la punición única, aunque agravada en la vía de la extensión del marco de la penalidad de 1 a 6 años de prisión, nos permite que visto el perjuicio total causado, el grave daño y la cantidad de hechos sancionados como apropiación indebida y administración desleal citados en los hechos probados nos deben llevar en esa continuidad delictiva a individualizar la pena en la de 4 años que es más favorable que la impuesta por separado, e individualiza punitivamente mejor el marco de los hechos perpetrados.

La citada sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 209/2018 de 3 May. 2018, Rec. 1203/2017 señala,

asimismo, que se admite ese tipo de continuidad delictiva entre morfologías defraudatorias si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión, siendo más correcto castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en el art. 74 CP. Igualmente se cita la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 622/2016 de 12 Jul. 2016, Rec. 148/2016 que admite la continuidad delictiva de apropiación indebida y el antiguo delito societario de administración desleal, aunque valorando la punición respecto a si es más beneficioso hacerlo de forma conjunta o por separado.

El motivo se estima parcialmente.

UNDÉCIMO.-

Con respecto del décimo motivo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Considera el recurrente que no existe prueba de cargo que pueda sustentar una sentencia condenatoria, para lo que ha planteado hechos probados alternativos entendiéndolo que de la pericial no se evidencia la ilicitud objeto de condena, y que la pericial que aportó es clara prueba de descargo de la tenuta en cuenta por el Tribunal y documentos respecto a la falta de pesaje del carbón y la ausencia de una prueba clara y directa de esa pretendida apropiación de 9.040 toneladas de carbón por parte del recurrente. Con respecto al destino de las cantidades por las que se le condena por apropiación indebida sostiene que resulta absolutamente coherente y se compadecen con el desenvolvimiento habitual de sociedades del sector en que habitualmente existen diversos gastos, tales como sobresueldos, comisiones, gastos de "representación" de difícil justificación documental y que por ello no aparecerían reflejados en la contabilidad.

Pues bien, fijado este motivo en torno a la presunción de inocencia hay que recordar que este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE (EDL 1978/3879).

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción. Y los parámetros a tener en cuenta son:

1.- Que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizarse el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 (EDJ 2005/244436) :

"El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que solo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediatez de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 (EDJ 2007/8543) , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 (EDJ 2009/101669) y 131/2010 de 18-1 (EDJ 2010/14246) ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediatez que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.-Aspecto negativo: No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.-Aspecto positivo: Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única

que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva.

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurre prueba de cargo lícita y válida.

2.- Es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza.

a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.

b.- Si falta lo segundo (Convencimiento y certeza), porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".

c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/9, 117/2000 (EDJ 2000/8897), SSTs. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 (EDJ 2009/321749)).

Pues bien, se ha ido explicando a lo largo de cada motivo del recurso de casación la abundante prueba de cargo que ha sido tenida en cuenta por el Tribunal, pese a que el recurrente no otorgue valor al informe pericial, ni a la testifical del administrador solidario, ni a la documental existente, pretendiendo otorgar mayor fuerza probatoria a sus alegatos, pretensión de modificación en la redacción de hechos probados y documentos que ha referido. Sin embargo, la función a desplegar es la de analizar si ha habido prueba de cargo, y si el proceso de valoración de prueba del Tribunal es arbitrario o no ajustado a la práctica de la prueba, lo que no ocurre en el presente caso, ya que se ha explicado con detalle cuál es la prueba de cargo con la que ha contado el Tribunal y que se refiere a datos evidentes, pese a que el recurrente pretenda justificar cada uno de los pasos que ha dado, pero que constituyen ilícitos penales, aun entendiendo que para cada actuación había una justificación y que todo ello se había realizado al amparo del asentimiento del administrador solidario, cuando en la confianza de Leovigildo con el recurrente es lo que dio lugar a la situación creada con perjuicios económicamente evaluables y que consta en la pericial, y apropiaciones de dinero sin justificar correctamente, ya que la justificación que ahora otorga el recurrente a cada uno de sus movimientos dista mucho de adecuarse a un normal desenvolvimiento de lo que se espera de un administrador societario que cumpla con los deberes y funciones que exige el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Además, de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo externalizado no se habrían dado estas circunstancias, o de haberse producido se habrían detectado de inmediato. Lejos de ello, la ausencia de un control adecuado y de una vigilancia ad intrap por profesionales compliance officerno hubiera dado lugar al estado actual de la cuestión con perjuicios evaluables y el recurrente renunciando a sus cargos en las escrituras que refirió que no tienen otro efecto más allá de una voluntaria desvinculación de la sociedad, pero sin efectos exoneratorios de responsabilidad penal.

Así, podemos citar que:

1.- Acepta dimitir de su cargo y proceder a la venta de las participaciones sociales por el precio simbólico de un euro.

2.- Intervención de la Agencia Tributaria dadas las actuaciones del recurrente que supuso una quebranto para las arcas, el prestigio y en definitiva para los intereses sociales de CARBOASTUR, de la que el recurrente obtuvo evidentes beneficios en clara correspondencia a los perjuicios causados no sólo a la sociedad, en los términos descritos, sino también al administrador solidario italiano.

3.- Pericial practicada en el Plenario por D. Marcelino , economista y auditor de cuentas de la firma Forest Partners, Estada y Asociados, que elaboró el informe donde se recoge que el recurrente era el que llevaba a cabo las funciones de dirección, gerencia y toma de decisiones de la sociedad. Las extracciones y disposiciones efectuadas no estaban justificadas en modo alguno, como tampoco las domiciliaciones de sus gastos personales y en relación con la constitución de la garantía, señala que no aparecía en los libros. Las declaraciones descritas vinculadas a la documental y, especialmente al informe pericial de referencia -67 folios- obrante en la causa, evidencian la inconsistencia de la argumentación defensiva que articula el recurrente, poniendo a cargo del socio italiano el conocimiento y autorización de toda la gestión por él realizada, a modo de corresponsabilidad de las irregularidades.

4.- La declaración de Leovigildo , administrador solidario, que aunque bien podría haber controlado más las actividades del recurrente dada la naturaleza solidaria del vínculo ello no puede conllevar una autorización tácita para realizar las actividades que se llevaron a cabo, ya que el recurrente no puede justificar, porque es imposible, que las extracciones estuvieran avaladas o admitidas para los fines que pretendió justificar, y las operaciones llevadas a cabo en cuanto a la administración del carbón, la desaparición y los perjuicios contables a la sociedad por las mezclas de carbón y la propia sanción de la agencia tributaria que fue por su mala gestión y abuso de sus funciones por darle al depósito un fin que no era el correspondiente de la empresa para la que trabajaba y no otras, aunque tuviera relación con ellas, ya que hemos citado las incompatibilidades que tienen los administradores y la exigente evitación de los conflictos de intereses a que se refiere el deber de lealtad ya citado en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (EDL 2010/112805), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Todo ello avalado, por la abundante documental obrante en la causa, y por la prueba pericial.

5.- Documentos que manejó la Agencia Tributaria para imponer la sanción a la empresa Carboastur (actual Energy Fuel Asturias).

Por ello, el motivo se desestima.

DUOCÉSIMO.- Con respecto del undécimo motivo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (EDL 1985/8754) y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Se ha dado respuesta a este motivo en el fundamento anterior, al llevar a cabo una exposición conjunta de la alegada vulneración de la presunción de inocencia con respecto a los dos tipos penales por los que ha sido condenado.

En este caso se alega que se le condena como autor de este delito por los siguientes hechos:

.- Mezclar carbón nacional con carbón de importación.

.- Ser sancionado por la Agencia Tributaria por introducir carbón nacional en el Depósito aduanero.

.- Constituir una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitado en el año 2006 por la empresa SUMARA &HOLTZ.

Se da por reproducido lo antes expuesto, ya que se ha hecho mención a ambos delitos y los tres puntos arriba expuestos han sido suficientemente tratados en fundamentos anteriores en cuanto a la existencia de prueba suficiente y de cargo para enervar la presunción de inocencia.

DÉCIMO TERCERO.-

Con respecto del duodécimo motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la ley procesal , por considerar que se han infringido, por indebida aplicación de los artículos 295 y 252, en relación con el art. 249 todos ellos del Código Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

Entiende el recurrente, en todo caso, que, pese a que alega su absolución, sostiene que los hechos no entrarían en la administración desleal, y podrían reubicarse en la apropiación indebida de modo subsidiario. Sin embargo, a lo largo de la presente resolución se han ido desglosando las conductas que ha ido realizando el recurrente, y mientras unas constituyen actos de apropiación, otras son actos abuso de las funciones

propias de su cargo, disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes.

Así, por un lado hay que distinguir:

1.- Disponer en beneficio propio a través de transferencias o disposiciones directas de caja, domiciliación de cuentas de la empresa de sus gastos personales y apropiación de 3000 euros de un pago en metálico correspondiente a la sociedad, así como apropiación de 9.040,16 toneladas de carbón de importación, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, apropiándose del producto obtenido tras su venta a terceros, para incorporarlo a su patrimonio.

2.- Conducta que directamente incide en los intereses de la sociedad. En este ámbito han de incardinarse la utilización irregular del depósito aduanero que la sociedad tenía alquilado en el Puerto de Avilés, respecto del que el recurrente, sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a introducir carbón nacional, procedente del Alto Bierzo y de la entidad de la que era administrador único HISPANOUCRAN S.L., lo que estaba prohibido dadas las especialidades fiscales de aquel depósito, mezclándolo con el allí existente y ello con una doble consecuencia, como era ofertar a los clientes de la empresa de la que era administrador único "Hispanoucran S.L.- un producto de mejor calidad a precio más bajo y paralelamente un perjuicio a la empresa titular del depósito aduanero Energy Fuel, al vender a sus clientes un producto de peor calidad que el convenido, con las consiguientes reclamaciones que en algún caso, como el de la empresa SOLVAY QUÍMICA S.L., supuso el fin de las relaciones contractuales. Especial trascendencia tuvo aquella conducta en relación al ámbito fiscal, al detectarse y comprobarse por la Agencia Tributaria tales irregularidades, a través del correspondiente expediente sancionador, que finalizó con la imposición a la empresa Energy Fuel S.L., de una multa administrativa por importa de 606.770,99 euros, más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora, cantidades íntegramente abonadas por dicha entidad.

También se ubica aquí la conducta del acusado, quien sin consentimiento ni autorización del otro administrador, procedió a constituir, en nombre de Carboastur, actual Energy Fuel Asturias, una garantía para asegurar una operación de préstamo otorgado a la empresa Sumara & Holz sin vínculo alguno con Carboastur, de la que el acusado era administrador único.

Así, mezclar el carbón con otro de procedencia nacional, con todas sus consecuencias ya mencionadas no integra, como pretende el recurrente, un delito de apropiación indebida, sino que se trata de un acto abusivo sobre los bienes sociales que no implica apropiación, debido a que se ha ejecutado sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ha ejecutado en beneficio propio como a favor de un tercero, no son actos apropiativos, sino de administración desleal además de contraer una obligación de garantía para la sociedad sin existir justificación para ello, lo que suponía el perjuicio derivado de la posible ejecución de la garantía.

En cuanto a los delitos por los que se ha condenado interesa destacar que resulta importante ahondar en las consideraciones que ha venido realizando la jurisprudencia de esta Sala con la redacción y ubicación de ambos delitos en los arts. 252 y 295 CP anterior a la LO 1/2015 (EDL 2015/32370) de reforma del CP aquí aplicables por la fecha de los hechos.

Situación anterior a la reforma del CP por LO 1/2015 (EDL 2015/32370) de los delitos de apropiación indebida y administración desleal

Al objeto de poder valorar las diferencias existentes es preciso arrancar desde la situación del régimen legal anterior a la LO 1/2015 (EDL 2015/32370) aplicable a los hechos probados, para fijar las posiciones acerca de lo que la jurisprudencia destacaba que eran los elementos diferenciales de uno y otro tipo penal. Veamos:

1.-Distinta ubicación de cada delito: La apropiación indebida dentro de los delitos contra el patrimonio (art. 252 CP (EDL 1995/16398)) y el de administración desleal (art. 295) estaba dentro de los delitos societarios.

2.-Se trataba, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (Tribunal Supremo, Sala Segunda,

de lo Penal, Sentencia 462/2009 de 12 May. 2009, Rec. 1469/2008).

3.-Actos distintos sobre todo en cuanto a la apropiación, o no.

a.- En el art. 295 del CP (administración desleal), las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves - de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP (EDL 1995/16398) .

b.- En el art. que en el art. 252 del CP (apropiación indebida), el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

4.-El bien jurídico también sería distinto en ambos casos.

Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP , el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

5.-La disposición definitiva de los bienes.

El criterio sustancial que sigue la jurisprudencia mayoritaria en casación para delimitar el tipo penal de la apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal por distracción de dinero (art. 252 del C. Penal (EDL 1995/16398)) y el delito societario de administración desleal (art. 295 del C. Penal (EDL 1995/16398)) es el de la disposición definitiva de los bienes del patrimonio de la víctima, en este caso del dinero. De forma que si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del CP (EDL 1995/16398) .

Por tanto, la disposición definitiva del bien sin intención ni posibilidad de retorno al patrimonio de la entidad siempre sería un delito de apropiación indebida y no un delito societario de administración desleal.

En el caso que aquí se ha tratado ha habido una acumulación de conductas que permite incluirlas en ambos tipos penales que han sido objeto de condena lejos de aceptarse la alegación del recurrente de acudir, de forma subsidiaria, a entender que todo se debe reconducir a la apropiación indebida en el peor de los casos, lo que no puede aplicarse.

6.-La distracción del dinero. El "punto sin retorno".

Apropiación indebida: La conducta consistente en incorporar con vocación definitiva al propio patrimonio el objeto recibido, con vocación definitiva, será un delito de apropiación indebida siempre que se haya superado lo que en algunas sentencias se ha denominado punto sin retorno(SSTS 973/2009, de 6 de octubre (EDJ 2009/259105) ; 271/2010, de 30 marzo (EDJ 2010/52586) ; 776/2010, de 21 de setiembre , entre otras). Pues en todos estos casos concurre el llamado "animus rem sibi habendi", ánimo que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero (STS 537/2014) .

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la

conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar.

Administración desleal: STS 47/2010 :

Administración desleal: "El administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo 'administra' mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario.

Apropiación indebida: El administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero", cuando éste sea el objeto del delito (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 476/2015 de 13 Jul. 2015, Rec. 52/2015).

7.-Diferencia atendiendo al objeto: (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 517/2013 de 17 Jun. 2013, Rec. 2014/2012).

Apropiación indebida: El art. 252 del CP (EDL 1995/16398) se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad al que nos referíamos como deber reconocido en la normativa mercantil y que vulneró el recurrente, pero con contenido de ilícito penal.

Administración desleal: El art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes:

- a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador;
- b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

8.-El apoderamiento: La única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

La sentencia del Tribunal Supremo 574/2017 de 19 Jul. 2017, Rec. 115/2017 viene a señalar que "tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio (EDJ 2013/140101) , y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014 , la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal (EDL 1995/16398)) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP (EDL 1995/16398) comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal (EDL 1995/16398) , ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico".

En cualquier caso, ya se ha explicado en el fundamento jurídico 10º la aplicación de la continuidad delictiva por ambos tipos penales de apropiación indebida y administración desleal que conlleva una minoración de pena de cuatro años de prisión.

Por todo ello, entendiendo que los hechos probados constituyen ambas modalidades delictivas se desestima el motivo.

DÉCIMO CUARTO.-

Con respecto del décimo tercer motivo por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley procesal , por considerar que se han infringido, por inaplicación del artículo 106 de la LECr y del artículo 1255 del CC .

Señala el recurrente que "se ha sostenido de forma constante en el presente Recurso, a través de la Escritura Pública, de fecha 1 de Agosto de 2013, con número de Protocolo 1.028, que obra a los Folios 243-248 de las actuaciones la Mercantil CARBUASTUR renunció de forma expresa, a través de su socio único ENERGYCOAL, a ejercitar cualquier reclamación frente a Don Baltasar , por lo que la pretensión ejercitada por la Acusación

Particular en relación a la cuestión civil ha de ser desestimada al carecer la querellante de acción civil a consecuencia de su renuncia".

Sin embargo, ya se ha expuesto que con relación a la escritura de 1 de agosto de 2013, que menciona el recurrente, cabe constatar, que la renuncia que se contiene en dicha escritura frente al recurrente, se lleva a cabo por D. Jose Augusto , actuando en nombre y representación y como apoderado de la mercantil italiana ENERGY COAL SPA, sociedad válidamente constituida y existente de conformidad con la ley italiana, con domicilio social en Vía San Vincenzo 2, Génova (Italia), inscrita en el Registro Mercantil de Génova, con el nº 03647280100 (...).

También en dicha escritura "ENERGY COAL SPA, asume la obligación de realizar los actos jurídicos necesarios tendentes a cancelar o novar, en el plazo máximo de dos meses desde la firma del presente, todos aquellos contratos suscritos por CARBUASTUR S.L, en los que D. Baltasar o la sociedad Hispanoucran S.L., estén garantizando los mismos, en calidad de avalistas o fiadores".

Así, dicha escriturasurtirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado D. Baltasar de un lado y la mercantil Energy Coal SPA, de otro, pero no se puede pretender deducir de la misma que Carbuastur S.L., denominada desde los acuerdos adoptados por Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 11 de octubre de 2013 Energy Fuel Asturias, haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta, que fue constituida el día 13 de febrero de 2007, ante el notario de León D. Andrés Prieto Pelaz.

En nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado (como se recoge en la sentencia), no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad que presenta la querella y ejerce la acusación particular en el presente procedimiento frente al mismo.

El Tribunal viene a señalar que esta cuestión que constan en la causa las escrituras públicas de referencia.

1.- Y así la otorgada en primer término, en fecha 1 de agosto de 2013 - obrante a los folios 234 a 241- entre el acusado en su condición de administrador de Hispanoucran S.L. y Jose Augusto , en su condición de apoderado de la entidad Energy Coal SPA, en la que se eleva a documento público la transmisión a esta última entidad de las 3000 participaciones sociales de la entidad Carbuastur cuya titularidad ostentaba Hispanoucran, por precio de un euro.

2.- Por su parte, a los folios 243 al 248, figura la escritura pública otorgada en la misma fecha, entre el acusado, en su condición de administrador solidario de Carbuastur y el precitado Jose Augusto , como representante de Energy Coal SPA, en la que se formaliza la renuncia y dimisión del acusado al cargo de administrador solidario de Carbuastur que ENERGY COAL acepta "ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por el acusado, reconociendo y agradeciendo su labor como administrador y declarando expresamente no tener nada que reclamar por ningún concepto, incorporándose una tercera cláusula, producto de intensas negociaciones entre las partes, como se puso de manifiesto por la testifical practicada en la persona de Jesús Manuel y la aportación de los emails, por la que Energy Coal se obliga frente al acusado a responder con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier posible repetición frente a éste, de cualquier obligación que, eventualmente y en su condición de administrador de Carbuastur hubiera incurrido y se pudiera derivar frente al acusado, en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la administración tributaria, aun cuando la presente obligación no surtiera efecto frente a dicha Administración.

Por ello, no consta en ninguna escritura pública, ni en ningún otro documento, la renuncia a las acciones civiles derivadas del delito por parte de la mercantil perjudicada Carbuastur -actual Energy Fuel Asturias S.L.- , sino por una persona jurídica distinta (Energy Coal), socia de la mencionada, pero con órganos de administración independientes, patrimonios diferenciados e intereses diversos. Sin embargo, ninguna renuncia existe por parte de la perjudicada Energy Fuel Asturias, sino todo lo contrario, ya que es la entidad que ha interpuesto la querella contra el acusado y ha ejercitado las acciones penales y civiles.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.-

Estimándose parcialmente el recurso, las costas se imponen de oficio (art. 901 LECrim (EDL 1882/1)).

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación parcial del motivo noveno y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado D. Baltasar; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 2 de mayo de 2017, en causa seguida contra el mismo por delitos de apropiación indebida y de administración desleal sin imposición de costas. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet

Recurso Nº: 2036/2017

RECURSO CASACION núm.: 2036/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 28 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 63 de 2016, dimanante de Diligencias Previas nº 133/2014, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Avilés, seguido por delitos de apropiación indebida y de administración desleal, contra Baltasar con D.N.I. nº NUM000, estado civil divorciado, profesión industrial, nacido el día NUM001 de 1942, hijo de Juan Alberto y de Melisa, domiciliado en León, AVENIDA000 nº NUM002, NUM003 NUM004, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 2 de mayo de 2017, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-Conforme se explicita en el Fundamento Jurídico 10º, dado que subyace una evidente "voluntad impugnativa" del recurrente, el Tribunal debe apreciar que se ha penado por separado la continuidad delictiva en la apropiación indebida de la administración desleal y la esencia del art. 74 CP debe llevarnos a considerar la condena conjunta de la continuidad delictiva de ambos delitos con una condena de cuatro años de prisión en lugar de la condena por separado de los ilícitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, considerando más acorde con la realidad este marco punitivo.

F A L L O

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

Que debemos condenar a Baltasar como autor de un delito continuado de apropiación indebida y administración desleal, a la pena de cuatro años de prisión manteniendo la pena de multa y accesoria

impuesta ya en sentencia, así como la responsabilidad civil. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet

Caso 10: STS 30 de noviembre de 2016 (caso de la CAM)

Ver PDF

Supuesto relacionado: STS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar, “caso Botín”

“El relato de hechos probados de esta Sentencia se estructura sobre la base de su división en cuatro apartados, que tienen el siguiente enunciado:

PRIMERO.- La sucesión de hechos en la fusión del Banco de Santander y del Banco Central Hispanoamericano, que dio lugar al Banco Santander Central Hispano.

SEGUNDO.- Los contratos celebrados entre Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos (Presidente del antiguo Banco de Santander) y Don José María Amusátegui de la Cierva (Presidente del antiguo Banco Central Hispanoamericano, y copresidente del nuevo Banco).

La ratificación y confirmación de esos contratos por el Consejo de Administración del nuevo banco.

TERCERO.- Los contratos celebrados entre Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos y Don Angel Corcóstegui Guraya, antiguo Consejero Delegado del Banco Central Hispanoamericano y Vicepresidente Primero y Consejero Delegado del Consejo de Administración del nuevo Banco, en uso de las facultades que el primer Consejo de Administración del nuevo Banco otorgó a Don Emilio Botín Sanz de Sautuola.

CUARTO.- La aprobación por las Juntas Generales de Accionistas de todos los pagos hechos por el nuevo Banco a Don José María Amusátegui de la Cierva y Don Angel Corcóstegui Guraya.

Cada uno de los anteriores apartados tiene el siguiente contenido:

PRIMERO.- La sucesión de hechos en la fusión del Banco de Santander y del Banco Central Hispanoamericano, que dio lugar al Banco Santander Central Hispano fue la siguiente:

1.- En diciembre de 1998 el Presidente del Banco de Santander Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos, tras un detenido análisis del mercado bancario y financiero nacional e internacional llegó a la convicción de que era conveniente la fusión del banco que presidía con el Banco Central Hispanoamericano. Así lo puso de manifiesto al consejero delegado del Banco de Santander, Don Matías Rodríguez Inciarte. Éste se entrevistó, a su vez, con quien ocupaba el cargo de consejero delegado en el Banco Central Hispanoamericano, Don Angel Corcóstegui Guraya, quien comunicó la propuesta al presidente del Banco Central Hispanoamericano Don José María Amusátegui. Después de varias reuniones reservadas entre los cuatro altos ejecutivos, los dos presidentes y los dos consejeros delegados de ambos bancos, las negociaciones llegaron a buen término en escaso periodo de tiempo, prácticamente en un mes, hasta el punto de que el acuerdo para la fusión fue comunicado en ese mismo mes o a principios del mes de enero por los dos presidentes mencionados, Don Emilio Botín y Don José María Amusátegui, al presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Con tal motivo, se elaboró el denominado Proyecto de Fusión de Banco de Santander, SA y Banco Central Hispanoamericano, SA, que se presentó a la aprobación del Consejo de Administración de cada uno de los bancos el día 15 de enero de 1999.

La fusión se llevaría a cabo mediante la técnica de fusión por absorción para acabar creando una nueva entidad, el Banco Santander Central Hispano.

El día 15 de enero de 1999 cada uno de los respectivos Consejos de Administración de ambas entidades aprobaron el proyecto de fusión y la constitución del órgano rector del proceso de fusión, denominado Comité Corporativo, integrado por los presidentes ejecutivos y los consejeros delegados de ambas sociedades (Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y Don Matías Rodríguez Inciarte por el Banco de Santander y Don José María Amusátegui y Don Angel Corcóstegui por el Banco Central Hispanoamericano). Así mismo los respectivos Consejos de Administración ratificaron las actuaciones, decisiones y compromisos asumidos con ocasión de la fusión.

Dentro del proyecto de fusión se preveía un período de copresidencia de la nueva sociedad en el capítulo octavo, apartado 8.7, dedicado a los órganos de administración, copresidencia que sería ejercida por Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos y por don José María Amusátegui de la Cierva.

En dicho proyecto de fusión se preveía también que hasta la fecha de celebración de la Junta General Ordinaria del año 2002 (en principio prevista para el mes de marzo de ese año) los dos presidentes mencionados seguirían siéndolo también del Consejo de Administración en régimen de copresidencia, con

delegación de todas las facultades delegables del Consejo ejercitables individualmente. Don José María Amusátegui sería Presidente de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración, y Don Ángel Corcóstegui sería Consejero Vicepresidente del Consejo de Administración, con delegación de todas las facultades delegables de este órgano de gobierno de la sociedad.

El día 26 de enero de 1999, y tras la aprobación el 15 de enero de ese año por cada uno de los Consejos de Administración, del Banco de Santander y del Banco Central Hispano Americano, del proyecto de fusión, se dirigió un escrito conjunto por ambas entidades, junto con el proyecto íntegro de fusión, al Banco de España, comunicando el proceso de fusión y solicitando autorización del Ministerio de Economía y Hacienda para su aprobación.

También se comunicó oficialmente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El día 6 de marzo de 1999 se celebró Junta General Ordinaria de accionistas del Banco de Santander en la que se aprobó el proyecto de fusión de las entidades financieras y una modificación parcial de los estatutos. Igualmente la Junta General de accionistas del Banco Central Hispanoamericano aprobó también el proyecto de fusión.

La fusión fue aprobada oficialmente por Orden Ministerial de fecha 12 de abril de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda y fue inscrita en el Registro Mercantil de Santander.

2.- El día 17 de abril de 1999 se celebró el primer Consejo de Administración de la nueva Entidad, el Banco de Santander Central Hispano, en el que se adoptaron varios acuerdos, entre los que son importantes, a los efectos de esta resolución, los siguientes:

- Se acordó la continuación en el ejercicio de la presidencia del Consejo de Administración y de las facultades delegadas de Don Emilio Botín Sanz de Sautuola, quien cesó como presidente de la comisión ejecutiva.

- Se acordó el nombramiento como presidente de esta Comisión ejecutiva, con delegación de todas las facultades delegables del Consejo de Administración, de Don José María Amusátegui de la Cierva.

- Se acordó la delegación de todas las facultades delegables del Consejo de Administración en Don Angel Corcóstegui, quien fue nombrado Vicepresidente primero y consejero delegado.

Tanto Don José María Amusátegui como Don Angel Corcóstegui aceptaron los mencionados cargos.

- Se declararon constituidos el Consejo de Administración, el régimen transitorio y de copresidencia, y las vicepresidencias.

- Se creó la llamada Comisión de Remuneraciones y del Estatuto del Consejero, entre cuyas funciones estaban las de proponer la cuantía y el sistema de retribuciones, y velar por la transparencia de las retribuciones.

- Se aprobaron los términos y condiciones que iban a regir las relaciones contractuales de quienes perteneciendo a la sociedad absorbida, pasaron a ser administradores con funciones ejecutivas de la sociedad, ratificándose los compromisos contraídos con los mismos.

En efecto, entre los acuerdos de este Consejo y a los efectos de esta resolución, destaca el acuerdo vigésimo segundo, por el que se acordaba aprobar los términos y condiciones que iban a regir las relaciones contractuales de quienes perteneciendo al Banco Central Hispanoamericano SA, hasta la inscripción registral de la fusión, pasarían a ser administradores del Banco Santander Central Hispano SA y desempeñarían funciones ejecutivas en el mismo, así como se ratificaban los compromisos contraídos con dichos administradores con anterioridad a la fecha de dicho acuerdo. Como anexo de este acuerdo del Consejo quedaron incorporados al acta, y archivados en Secretaría General, los documentos relativos a las relaciones contractuales y compromisos referidos en el acuerdo, y quedaban facultados con toda amplitud y con carácter solidario los Copresidentes, Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos, y Don José María Amusátegui de la Cierva, así como el Secretario del Consejo de Administración, Don Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca, para formalizar y ejecutar todo lo que fuera necesario y conveniente para la efectividad de lo aprobado en el acuerdo.

3.- En principio, estaba previsto que el proceso de fusión durara desde el 15 de enero de 1999 hasta la celebración de la Junta General Ordinaria del año 2002 (a celebrar aproximadamente en marzo de ese año) tiempo considerado prudencial para la efectiva ejecución de la fusión, y durante el cual se preveía la situación

de copresidencia ya referida.

Las previsiones no llegaron a cumplirse en su totalidad. Así, José María Amusátegui renunció al cargo de copresidente con anterioridad a la Junta General del año 2002, en concreto tras el Consejo de Administración que tuvo lugar en fecha 26 de junio del año 2001. El mencionado copresidente consideró que la fusión ya estaba completamente ejecutada, que había sido un proceso exitoso, y que no era necesaria la prolongación de la situación de copresidencia o bicefalia, que no favorecía en nada a la entidad bancaria. De hecho, en el Consejo de Administración de 26 de junio del año 2001 se aprobó la unificación de las redes de los dos bancos, así como también el Programa 2 que había elaborado Don Angel Corcóstegui.

Comunicada por Don José María Amusátegui su decisión a Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos, éste convocó un Consejo de administración con fecha 16 de agosto del año 2001, Consejo en el que Don José María Amusátegui de la Cierva cesó.

4.- Tampoco se cumplieron las previsiones iniciales respecto de la actividad laboral del consejero delegado del nuevo banco, Don Angel Corcóstegui Guraya, quien fue nombrado Consejero Delegado del nuevo Banco de Santander Central Hispano SA en el Consejo de Administración celebrado el 17 de abril del año 1999.

El mencionado consejero delegado decidió cesar en todos sus cargos al frente del Banco de Santander en febrero del año 2002, cesando a partir del 13 de enero de 2002, fecha en que el Consejo de administración aprobó su cese, y ello a pesar de que en el Consejo de administración celebrado con fecha 26 de junio del año 2001 había sido confirmado en todos sus cargos. Así, Don Angel Corcóstegui presentó su dimisión en el propio Consejo de 13 de febrero del año 2002.

Al cesar en sus cargos, Don Angel Corcóstegui no ejerció la facultad prevista en el apartado 8.6 del proyecto de fusión, que le permitía nombrar dos nuevos administradores para cubrir las vacantes de Don Santiago Foncillas Casaus y de Don José María Amusátegui de la Cierva en el nuevo banco una vez que se hubiera producido su cese, toda vez que el Sr. Corcóstegui consideró que ya había sido consolidada la fusión.

SEGUNDO.- Los contratos celebrados entre Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos (presidente del antiguo Banco de Santander) y de Don José María Amusátegui de la Cierva (presidente del antiguo Banco Central Hispanoamericano y copresidente del nuevo banco).

La ratificación y confirmación de esos contratos por el Consejo de Administración del nuevo banco.

1.- El primer contrato de fecha 15 de enero de 1999

Volviendo al momento inicial del proceso de fusión, se declara probado que una vez pactados los términos iniciales de la fusión en el documento denominado Proyecto de Fusión, el propio Don José María Amusátegui de la Cierva expuso a Don Emilio Botín su voluntad de tener prevista su propia jubilación, que se produciría al cumplir los 70 años de edad, en el año 2002, haciendo coincidir su jubilación con la Junta General Ordinaria de Accionistas del Banco Santander Central Hispano de ese año. Es decir, ya desde enero de 1999 Don José María Amusátegui dejó prevista su salida del banco por jubilación que tendría lugar en el año 2002.

Así, con fecha 15 de enero de 1999, es decir en la misma fecha en que una vez preparado el Proyecto de Fusión se había presentado a la aprobación de los respectivos Consejos de Administración de ambos bancos, Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos y Don José María Amusátegui de la Cierva firmaron un contrato en el que se regulaban las consecuencias del cese de Don José María Amusátegui de la Cierva. Don Emilio Botín actuaba en representación del Banco de Santander, y Don José María Amusátegui de la Cierva en su propio nombre y derecho.

En este contrato se reconocían a Don José María Amusátegui los siguientes derechos:

1.- El derecho a una pensión vitalicia de jubilación, que nacería cuando causara baja como copresidente del Banco Santander Central Hispano. La cuantía anual de esa pensión sería equivalente al cien por cien de las retribuciones recibidas en el último año anterior a su jubilación.

Para el caso de fallecimiento en activo, se generaba a favor de la viuda de Don José María Amusátegui una pensión vitalicia de viudedad equivalente al setenta por ciento de la retribución del último año anterior a su fallecimiento.

2.- Por su condición de miembro del Consejo de Administración del Banco Santander Central Hispano a partir de su jubilación o invalidez percibiría vitaliciamente el 70% de la remuneración anual (con exclusión

de dietas de asistencia) que recibiera un consejero en activo de la misma categoría y puesto que él. En caso de fallecimiento de Don José María Amusátegui de la Cierva, su viuda, con carácter vitalicio y mientras permaneciera en ese estado, percibiría el 70% de la remuneración que le hubiera correspondido percibir como jubilado o inválido.

3.- Además, y según se expresa en el contrato, como reconocimiento a su extraordinaria labor, primero al frente del Banco Hispano Americano, después al frente del Banco Central Hispanoamericano y posteriormente en el Banco Santander Central Hispano, se abonaría a Don José María Amusátegui de la Cierva en el momento de su jubilación un bonus de cuarenta y tres millones setecientos cincuenta mil euros, siendo los impuestos por cuenta del Sr. Amusátegui.

La cifra del bonus figuraba escrita a mano, de puño y letra del Secretario de la Comisión Ejecutiva del Consejo, Sr. Hoyos, quien en todos los contratos de este tipo aportados a la causa estampó a mano las cifras pactadas. Esa práctica se debió a motivos de confidencialidad, para evitar filtraciones en los servicios del banco. Una vez aceptado el borrador del contrato, él estampaba a mano la cifra antes de poner a disposición de los consejeros el contrato.

Este contrato celebrado entre Don Emilio Botín y Don José María Amusátegui fue conocido, aprobado, y ratificado por el Consejo de Administración de la nueva entidad en su sesión de fecha 17 de abril de 1999, pues como se ha relatado anteriormente, el día 17 de abril de 1999 se celebró el primer Consejo de administración del Banco Santander Central Hispano, adoptándose, entre otros el acuerdo vigésimo segundo, que tiene el siguiente contenido:

“Se aprueban los términos y condiciones que van a regir las relaciones contractuales de quienes, perteneciendo al Banco Central Hispano SA, hasta la inscripción registral de la fusión, han pasado a ser administradores del Banco Santander Central Hispano y desempeñan funciones ejecutivas en el mismo, así como se ratifican los compromisos contraídos con dichos Administradores con anterioridad a la fecha de hoy. Como anexo de este acta quedarán incorporados a la misma y archivados en Secretaría General los documentos relativos a las relaciones contractuales y compromisos a los que se refiere este acuerdo, y quedan facultados con toda amplitud y con carácter solidario los Copresidentes Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos y Don José María Amusátegui de la Cierva, así como el Secretario del Consejo de Administración, Don Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca, para formalizar y ejecutar todo lo que sea necesario o conveniente para la efectividad de lo aprobado en el presente acuerdo.”

2.- El segundo contrato, de fecha 19 de abril de 1999.

En ejercicio de la facultad que le confería el acuerdo vigésimo segundo ya mencionado, Don Emilio Botín Sanz de Sautuola dos días después del Consejo de Administración, celebrado el 17 de abril de 1999, es decir, el diecinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, firmó un nuevo contrato con Don José María Amusátegui. Consta en el contrato que Don Emilio Botín Sanz de Sautuola actúa como Presidente del Banco de Santander, lo que manifiestamente es un error, toda vez que la nueva entidad que existía, ya era el Banco de Santander Central Hispano.

En todo caso, el objeto del contrato era exclusivamente complementar el contrato anterior de fecha quince de enero de mil novecientos noventa y nueve, a los exclusivos efectos de concretar las perceptoras de la pensión de viudedad, que quedaría distribuida entre la anterior y actual esposa de Don José María Amusátegui a la fecha del contrato.

3.- Tercer y último contrato, de fecha 14 de agosto de 2001.

Como se ha dicho, Don José María Amusátegui decidió anticipar su jubilación en el banco a la fecha prevista, que era la primera Junta General de Accionistas del año 2002. Así, tras el Consejo de Administración de 26 de junio del año 2001, Don José María Amusátegui decidió abandonar el banco.

Con fecha 14 de agosto del año 2001 se celebró un tercer y último contrato ente Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos como presidente del Banco Santander Central Hispano, actuando en representación del mismo, y Don José María Amusátegui de la Cierva que actuó en su propio nombre y derecho.

En este contrato se concretó la cuantía de la pensión vitalicia anual de jubilación, que ascendería a 5.108.603 euros; la cuantía de la pensión de viudedad, que se fijó en una pensión anual bruta vitalicia de 1.472.480 euros; se reconocía el derecho a percibir con carácter vitalicio un importe bruto igual al 70% de la

remuneración anual (con exclusión de dietas de asistencia) que recibiera un consejero en activo de la misma categoría y puesto que él, con previsiones para la distribución de esa cuantía entre la anterior y la actual esposa; y se acordaba abonarle el bonus de 43.750.000 euros pactado en el primero de los contratos, siendo los impuestos por parte del señor Amusátegui.

4.- En la sesión del Consejo de Administración celebrada el 16 de agosto de 2001, se materializó la renuncia de Don José María Amusátegui, quien se despidió de todos los miembros del Consejo de Administración. El Consejo aceptó su renuncia, y le nombró Presidente de Honor y Presidente de la Fundación Santander Central Hispano.

Así mismo, acordó por unanimidad ratificar y aprobar los términos y condiciones relativos al cese de su servicio activo, así como los derechos a su favor y de su cónyuge.

5.- El 28 de agosto de 2001 se realizó el pago del bonus por parte del banco a Don José María Amusátegui. La propia entidad bancaria certificó el pago por importe de 7.279.387.500 pesetas (siete mil doscientos setenta y nueve millones trescientas ochenta y siete mil quinientas pesetas). Esta suma de dinero estaba sometida a tributación, por lo que descontada la retención del 48% en concepto de impuesto sobre la renta de personas físicas, la cantidad neta percibida fue de 3.785.281.500 pesetas (tres mil setecientos ochenta y cinco millones doscientas ochenta y una mil quinientas pesetas).

También desde esa misma fecha el Banco Santander Central Hispano viene abonando la pensión anual de jubilación de Don José María Amusátegui en cuantía superior a los 7.000.000 euros.

6.- En la memoria de las cuentas anuales correspondiente al año 2001 se contiene referencia explícita a las cifras abonadas y a sus conceptos, sin mención del receptor en el caso de Don José María Amusátegui.

TERCERO.- Los contratos celebrados entre Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos y Don Angel Corcóstegui Guraya, en uso de las facultades que el primer Consejo de Administración del nuevo banco otorgó a Don Emilio Botín Sanz de Sautuola.

1.- El primer contrato, de fecha 19 de abril de 1999.

El primer Consejo de administración de la nueva entidad, el Banco Santander Central Hispanoamericano, se celebró el 17 de abril de 1999. En base al acuerdo vigésimo segundo, ya plasmado en esta resolución, dos días después, es decir el 19 de abril de 1999, se firmó un contrato entre don Emilio Botín Sanz de Sautuola y García de los Ríos, como Presidente del nuevo Banco, actuando en su representación, y Don Angel Corcóstegui Guraya, que intervenía en nombre propio.

Por virtud de este documento, se contrataba a Don Angel Corcóstegui como Consejero Delegado del nuevo banco, regulándose las condiciones de ejercicio de las funciones ejecutivas encomendadas a Don Angel Corcóstegui, así como también sus condiciones económicas, el pacto de exclusividad, la remuneración y complemento de pensión por jubilación e invalidez y por fallecimiento, y se fijaba la jubilación a partir de los 60 años por decisión de la entidad, y desde los 55 años a petición propia. El documento consta de dos partes que se denominan, respectivamente, contrato de arrendamiento de servicios, y contrato laboral especial de alta dirección sometido a condición suspensiva.

Los miembros del Consejo de Administración habían tenido conocimiento de los términos del contrato en la sesión mencionada, toda vez que, durante la sesión de la reunión del Consejo, estuvo a disposición de los consejeros el texto del contrato. De hecho, el contenido del acuerdo vigésimo segundo refleja ese conocimiento en cuanto faculta a uno de los copresidentes, Don Emilio Botín, para formalizar y ejecutar lo conveniente en orden a las relaciones contractuales de los nuevos administradores.

En dicho contrato se expresa que la finalidad del documento es regular dos relaciones distintas: en primer lugar, la relación mercantil que uniría a Don Angel Corcóstegui Guraya con el nuevo banco, en virtud de su nombramiento como Vicepresidente Primero y Consejero Delegado del Consejo de Administración, y en segundo lugar, la relación laboral especial de alta dirección que uniría a Don Angel Corcóstegui Guraya con el nuevo Banco, cuando cesara en su cargo de Vicepresidente Primero y Cosejero Delegado del Banco, dejando además de formar parte del Consejo.

Este contrato se pactó por tiempo indefinido. Además, se pactó como remuneración por la prestación de sus servicios mientras como Consejero ocupara el cargo de Vicepresidente Primero y Consejero Delegado la suma fija mínima inicial de 1.803.037 euros, brutos anuales, dividida en doce pagas mensuales,

remuneración fija inicial que tendría los incrementos anuales que se le reconocieran en el futuro y quedarán consolidados dentro de la remuneración mínima.

Adicionalmente, percibiría a finales de año un bonus o gratificación de fin de ejercicio en función de los criterios que el Banco libremente estableciera en cada momento. Percibiría, también, además de las dietas y participaciones estatutarias que como Consejero le correspondieran, aquellos otros conceptos que el Banco pudiera libremente fijar, tales como primas, gratificaciones, créditos en condiciones especiales, gastos de representación, etc. así como los incrementos o adiciones que en su caso pudiera reconocerse en lo sucesivo sobre las percepciones convertidas en los párrafos precedentes.

Se preveía también el importe de la pensión de jubilación. La pensión bruta anual a abonar por la Seguridad Social se vería complementada por una cantidad bruta anual que supusiera una percepción idéntica al cien por cien de la que tuviera reconocida en el momento de la jubilación, es decir 1.803.037 euros anuales más el importe bruto del bonus del último año.

El contrato laboral de alta dirección sometido a condiciones suspensivas, tenía por objeto regular las funciones y la retribución que percibiría Don Angel Corcóstegui en el supuesto de que cesara por cualquier motivo (salvo por fallecimiento, jubilación, invalidez o incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones) en el desempeño de sus cargos de Consejero, Vicepresidente Primero y Consejero Delegado del banco. Debería entonces ejercer las funciones de primer Director General, bajo la dependencia del Presidente Ejecutivo y, en su caso, del Vicepresidente Ejecutivo o del Consejero Delegado del Consejo de Administración. El contrato se concertaba también por tiempo indefinido.

Se preveían, además, complementos de pensión por fallecimiento, tales como pensiones de orfandad y pensiones complementarias de viudedad.

La cláusula séptima establecía la independencia de los complementos de pensiones y de las percepciones el contrato de seguro y fondo de pensiones y, por último, se regulaban las causas y condiciones de resolución del contrato, y otros aspectos.

2.- La addenda de 14 de agosto de 2001 al contrato inicial.

Don Angel Corcóstegui empezó a realizar sus funciones como máximo ejecutivo del banco, como vicepresidente primero y consejero delegado, dirigiendo la fusión, aprovechándose para ello de la experiencia que tenía de las tres anteriores fusiones de entidades bancarias en las que había trabajado. La experiencia en materia de fusiones bancarias fue la razón específica para ser contratado por la nueva entidad.

Después de dos años de funcionamiento del nuevo banco, en el Consejo de Administración de 26 de junio del año 2001 se analizó la cuestión de la fusión, como ya se ha referido, aprobándose la unificación de la red de los dos bancos y también el Programa Dos que había elaborado el propio Don Angel Corcóstegui. En esa reunión del consejo, en la que el Sr. Corcóstegui presentó el informe de gestión, se confirmó su nombramiento como consejero delegado para cuando finalizara el proceso de fusión, con toda clase de pronunciamientos favorables hacia su gestión, pues la fusión estaba haciéndose realidad, el proceso de fusión llevaba un camino exitoso, las acciones de la nueva entidad habían subido en su cotización más de un 40%, y en general se podía considerar como muy valiosa la actividad profesional del acusado Don Angel Corcóstegui; en realidad ese Consejo le confirmó como vicepresidente y consejero delegado para el momento en que Don José María Amusátegui se jubilara.

Poco tiempo después de esa sesión del consejo, el 14 de agosto de 2001 Don Angel Corcóstegui pactó una addenda al primer contrato que fue suscrita por Don Emilio Botín Sanz de Sautuola y el propio Don Angel Corcóstegui.

Dicha addenda ratificaba el contrato anterior cambiándolo sólo en dos extremos, que son los siguientes:

a) Preveía la posibilidad de anticipación de jubilación de Don Angel Corcóstegui por su exclusiva voluntad a partir de cumplir los 50 años, y no los 55 previstos en el contrato anterior.

b) Se pactaba también la externalización de la pensión reconocida a Don Angel Corcóstegui, que fue admitida porque para el Banco era una operación neutra, y tenía ventajas desde el punto de vista fiscal.

Dos días después de suscribir el contrato, el Consejo de administración que se celebró el 16 de agosto de 2001 aprobó la Addenda (también en ese Consejo se aprobó, como se ha visto, el cese de Don José María Amusátegui).

3.- El tercer y último contrato, de fecha 14 de febrero de 2002: la concreción de la suma total a percibir por Don Angel Corcóstegui.

A los pocos meses de ser ratificado en su puesto como Vicepresidente Primero y Consejero Delegado, y haber sido admitidas las condiciones de la addenda ya descritas, Don Angel Corcóstegui anunció a Emilio Botín que pretendía marcharse de la Entidad.

Aduciendo motivos personales, Don Angel Corcóstegui abandonó el Banco el 13 de febrero del año 2002 aprobándose la liquidación de sus retribuciones, por unanimidad, en la sesión del Consejo de Administración de ese mismo día 13 de febrero de 2002.

Con fecha 14 de febrero del año 2002 se celebró un nuevo contrato entre Don Angel Corcóstegui Guraya que actuaba en nombre propio y de otra parte, Don Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca, Director General y Secretario General del Consejo del Banco Santander Central Hispano, que actuaba en nombre y representación del banco, expresamente facultado por acuerdo del Consejo de Administración de fecha 13 de febrero del año 2002.

En ese tercer y último contrato se especificaban las sumas que percibiría Don Angel Corcóstegui, que corresponden a una cantidad neta de 34.195 euros, como liquidación y total retribución correspondiente a sus servicios prestados y no abonados, quedándose saldadas y finiquitadas, incluidos los planes stock options, sobre acciones pendientes de ejercitar a la fecha de ayer, las relaciones que unían a las partes hasta esa fecha, ya fueran de índole civil, mercantil, laboral o de cualquier otro tipo.

La Comisión de Remuneraciones, de acuerdo con sus competencias, fijó la cantidad a percibir con modificación a la baja del 41,8% de la cifra resultante del criterio de cálculo estipulado en los contratos vigentes, informando de la conveniencia de imponer la condición de prohibición del ejercicio profesional de las funciones que ejercía hasta el momento en la Sociedad por un periodo de 10 años, y no oponiéndose al rescate de la pensión por el interesado.

Además, Don Angel Corcóstegui recibió la cantidad neta total de 56.254.732,98 euros (cincuenta y seis millones doscientos cincuenta y cuatro mil setecientos treinta y dos euros con noventa y ocho céntimos), correspondientes a los derechos derivados en las estipulaciones cuarta del contrato de diecinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, y novena de la addenda de catorce de agosto del año dos mil uno, que se desglosan de la siguiente forma:

- Importe bruto 108.182.178,78 euros.
- Retención de IRPF 51.927.445,80 euros
- Importe neto 56.254.732,98 euros.

CUARTO.- La aprobación por las Juntas Generales de Accionistas de todos los pagos hechos por el nuevo Banco a Don José María Amusátegui de la Cierva y Don Angel Corcóstegui Guraya.

1.- La Memoria anual del ejercicio del año 2001 fue aprobada por la Junta General de Accionistas que se celebró en Santander el día 24 de junio de año 2002. La Memoria contenía una referencia a las cifras abonadas y sus conceptos, e incluía el pago efectuado a José María Amusátegui en el apartado "Retribuciones y otras prestaciones al Consejo de Administración del Banco", en un subapartado denominado "compromisos por pensiones y otros seguros". En concreto, se hace mención a la suma de 209.000.000 euros correspondientes a las obligaciones contraídas y cubiertas por el Grupo en materia de pensiones de los miembros del Consejo de Administración del banco, aunque ese importe no incluye referencia explícita a la percepción por José María Amusátegui de 43,7 millones de euros satisfechos durante el ejercicio del año 2001 con carácter extraordinario y no recurrente.

Las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdida y Ganancias, y Memoria) y la gestión social del banco fueron aprobadas por acuerdo de esa Junta adoptado con el voto a favor de accionistas titulares de un mil cuatrocientos veintisiete millones, novecientos cincuenta mil cincuenta acciones (1.427.950.050); con el voto en contra de accionistas poseedores de doscientas setenta y nueve mil ochenta y ocho acciones (279.088); y con la abstención de accionistas propietarios de ocho millones novecientos ochenta y tres mil ochocientos nueve acciones (8.983.809).

2.- La Junta General Ordinaria del Banco Santander Central Hispano SA del ejercicio 2002 tuvo lugar en la ciudad de Santander el 21 de junio del año 2003. En esa Junta General fueron aprobadas las cuentas anuales

(Balance, Cuenta de pérdidas y ganancias, y Memoria) y la gestión social del Banco Santander Central Hispano SA y de su grupo consolidado, todo ello referido al ejercicio cerrado a 31 de diciembre del año 2002. En la Memoria consta referencia explícita a las cifras abonadas a Don Angel Corcóstegui con constancia expresa de su receptor. La aprobación de dichas cuentas anuales y la gestión social fue adoptada con el voto a favor de accionistas titulares de más de dos mil doscientos ocho millones de acciones, concretamente 2.208.301.100 acciones a favor; con el voto en contra de más de dos millones de acciones, concretamente 2.259.283 acciones; y con la abstención de propietarios de 24.530.-947 acciones.

3.- La Junta General correspondiente al ejercicio 2003 tuvo lugar en Santander el 19 de junio del año 2004. En ella se aprobaron las Cuentas Anuales-Balance, Cuentas de Pérdidas y Ganancia- y Memoria, y la gestión social del Banco Santander Central Hispano SA, y de su grupo consolidado, todo ello referido al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2003.

Este acuerdo fue adoptado por el voto a favor de accionistas y representantes de accionistas titulares de más de dos mil cien millones de acciones, concretamente 2.154.197.928; con el voto en contra de accionistas y representantes de accionistas titulares de más de dos millones de acciones, concretamente 2.170.795; con el voto en blanco de accionistas y representantes de accionistas titulares de 2.064.809 acciones, y con la abstención de accionistas y representantes de accionistas titulares de 67.491.050 acciones.”