



Roj: **STS 1154/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1154**

Id Cendoj: **28079120012021100259**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **2609/2019**

Nº de Resolución: **266/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 266/2021

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2609/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2609/2019

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

Sentencia núm. 266/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados D. Carlos y **PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA DE ACEITES, S.A. (PYDASA)**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que condenó al anterior acusado por delito de estafa y a PYDASA como responsable **civil** subsidiaria, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección Letrada de D. Gonzalo Rodríguez- Mourullo Otero, y la recurrida Acusación Particular Dña. Vanesa y Dña. Virtudes representadas por el Procurador D. Miguel Alperi Muñoz y bajo la dirección Letrada de D. Fernando Priego Campos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Martos incoó Procedimiento Abrevado con el nº 25/18, contra Carlos y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que con fecha 26 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declaran probados los siguientes HECHOS: La entidad mercantil Productora y Distribuidora de Aceites SA (PYDASA) es una almazara destinada a la molturación de aceituna y obtención de aceites de oliva, cuya sede social radica en Martos (Jaén), siendo su administrador único el acusado Carlos . Desde fechas indeterminadas pero en todo caso con anterioridad al año 2000, las querellantes Vanesa y Virtudes aportaban sus cosechas de aceituna a la citada mercantil, la cual procedía a su molturación y conversión en aceite a cambio de una determinada comisión. Tras la venta del aceite se practicaba la liquidación de cada una de las campañas. Las querellantes, confiadas por la relación de amistad que las vinculaba con el acusado, no percibían el importe íntegro de la liquidación sino que lo dejaban depositado en la citada mercantil a cambio del abono de un determinado interés que se fue adaptando a las condiciones del mercado financiero en los sucesivos años. Tal operación se documentaba en dos tipos de recibos. En unos se hacía constar la liquidación de la cosecha mediante la entrega en efectivo, entrega que no se correspondía con la realidad. Y en el otro se hacía constar que quedaba depositado el citado dinero. En los recibos de depósito no aparecía membrete alguno de la mercantil PYDASA, ni sello de la citada empresa, sino que aparecía a nombre del administrador único Carlos . Las querellantes creían que el dinero quedaba depositado en PYDASA, sin embargo su administrador único Carlos , aprovechando el recibo de la supuesta liquidación en efectivo de la cosecha, utilizaba el dinero en beneficio propio para sus gastos e inversiones personales. Cuando las querellantes necesitaban dinero firmaban un recibo por la cantidad deseada y se personaban en las oficinas de PYDASA, bien personalmente o bien a través de algún empleado suyo, lugar en donde se le hacían efectivos los recibos bien en efectivo o bien mediante un documento bancario que autorizara el abono de los mismos. En los años 2008 y 2009 las querellantes empezaron a tener problemas para la percepción del dinero que necesitaban al recibir trabas para hacer efectivos los recibos, lo cual les llevó a reclamar el importe total del dinero depositado, reclamación que resultó infructuosa lo que llevó a la interposición de la querrela el 23 de marzo de 2010. En la contabilidad de la mercantil PYDASA no figura deuda alguna a favor de las querellantes puesto que las cosechas aparecían liquidadas con los correspondientes recibos de las supuestas entregas en efectivo. Sí aparece en la citada contabilidad traspasos de esas liquidaciones a la cuenta del socio Carlos . El importe del dinero adeudado a las querellantes asciende a 850.059,36€. El acusado Mauricio trabajaba como administrativo en la mercantil PYDASA cumpliendo las instrucciones de pagos realizadas por el administrador único Carlos . Es cierto que desde el 1 de julio de 2002 el citado acusado figuraba como apoderado de la mercantil, con amplias facultades de representación, pero dichas facultades se limitaban en la práctica a la gestión ordinaria de la sociedad ante las ausencias del administrador único, pero sin facultad decisoria alguna".

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

"Que debemos de condenar y condenamos a Carlos como autor de un delito de estafa ya definido a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de 8 meses a razón de 6 € cuota/día. El acusado Carlos como responsable **civil** directo y la mercantil PYDASA como responsable **civil** subsidiario indemnizarán en concepto de **responsabilidad civil** a Vanesa y Virtudes en la cantidad de 850.059,36 € más los intereses legales del art. 576 de la LEC. Se absuelve al acusado Carlos del delito societario objeto de acusación. Se absuelve al acusado Mauricio de los delitos de estafa y societario objeto de acusación. Se imponen al acusado Carlos el pago de 1/4 parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarándose el resto de las costas de oficio. Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma, cabe interponer recurso de casación, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador,



presentando ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Cr."

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. Carlos y **Productora y Distribuidora de Aceites, S. A. (PYDASA)**, 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 de los acusados D. Carlos y **PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA DE ACEITES, S.A. (PYDASA)**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al incurrir la Sentencia en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por infracción de precepto penal sustantivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., se denuncia que la Sentencia recurrida ha infringido los arts. 248.1 y 250.1 del Código Penal, al haber condenado a nuestro mandante por un delito de estafa, previsto y penado en dichos preceptos, sin que los hechos que se declaran probados en la referida Sentencia puedan considerarse subsumibles en tales preceptos por faltar los presupuestos típicos del delito de estafa legalmente requeridos a tal efecto.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1º LECr, por la vulneración, por su no aplicación, del art. 21.6ª CP y del art. 66.1.2ª CP, en relación con el art. 24.2 CE, que establece el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Quinto.- Subsidiariamente a los anteriores motivos y al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo, se denuncia que la Sentencia recurrida ha infringido los arts. 109 y ss. del Código Penal, al determinar una cuantía de la **responsabilidad civil** que no responde a cálculos ciertos ni fiables.

Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al incurrir la Sentencia en un error material al valorar el informe pericial judicial elaborado por Don Victoriano .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose igualmente por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular quien impugnó la admisión del recurso, 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 23 de marzo de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Carlos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECR por vulneración del art. 24 de la CE.

Se alega por el recurrente la vulneración de la presunción de inocencia. Inexistencia de prueba y valoración irracional del material probatorio. El recurrente va así cuestionando los hechos probados, esencialmente en torno a la inexistencia de prueba sobre la creencia de las querellantes de que era el acusado el depositario de su dinero.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada, (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).



Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo 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 sus 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 un 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).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde 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.

Pues bien, destaca el Tribunal sobre la prueba practicada que se ha acreditado que "el acusado, aprovechándose de las buenas relaciones que tenía con las querellantes, las convenció para que no retirasen el dinero de las liquidaciones de sus cosechas de la mercantil PYDASA ofreciéndoles para convencerlas un interés remuneratorio superior al bancario en cada momento.

Las querellantes, tal y como manifestaron en el acto del juicio, accedieron al no percibo íntegro de la liquidación en la creencia errónea de que el citado importe estaba depositado en PYDASA y podían obtener su restitución cada vez que quisieran, de hecho acudían a las instalaciones de la citada mercantil para reclamar dinero cuando les hacía falta, firmando un recibo por la cantidad retirada. Ignoraban completamente que el acusado utilizando la ficción contable de la entrega de la liquidación en efectivo por PYDASA, incorporaba dichas liquidaciones a su patrimonio personal y disponía libremente de las mismas. De hecho, en todos los informes periciales practicados en autos se constata que contablemente no existe deuda alguna entre PYDASA y las querellantes, al aparecer en dicha contabilidad el abono en efectivo de las liquidaciones anuales de cosecha, abono efectivo que todas las partes reconocen que nunca se produjo.

Las testificales practicadas en el acto del juicio pusieron de manifiesto que esta forma de proceder por parte del acusado era extensible también a otros cosecheros como Luis María y Luis Carlos , quienes declararon en el acto del juicio igualmente que depositaban la totalidad o parte de sus liquidaciones en PYDASA a cambio de una remuneración en concepto de intereses, firmando el recibo de haber percibido en efectivo la totalidad de la liquidación, pero no recibiendo el citado dinero, sino que en dicho acto quedaba depositado en PYDASA, negando absolutamente que se tratase de un contrato a título personal entre los depositantes y el recurrente con carácter ajeno a la mercantil PYDASA."

Junto con esta probanza referida se recoge por el Tribunal que "Esa utilización indebida del dinero depositado generó un perjuicio para las querellantes que se ha cuantificado pericialmente por el informe emitido por el perito judicial realizado por Victoriano en la cantidad de 850.059,36 €, de los cuales 722.368,78 € corresponden a ambas hermanas, 101.937,60 € corresponden a Vanesa y 25.752,98 € a Virtudes ."

Con ello, el Tribunal ha valorado la declaración de las perjudicadas por estos hechos, que es contundente y convincente, la versión que dio el acusado, la prueba pericial que evidencia el perjuicio real causado y lleva a la convicción del Tribunal acerca del modus operandi descrito en los hechos probados que nos sitúa en la



forma tradicional de operar del recurrente con las perjudicadas, de igual manera que lo hizo con los que fueron a declarar como testigos, sobre los que actuó igual, corroborando éstos la mecánica similar llevada a cabo. Consta, de igual modo, el quantum retenido y no satisfecho, así como que, como hemos dicho, no era una actuación aislada del recurrente, sino que comparecieron otros testigos que también relataron su irregular proceder.

Resultaba evidente, pese a la queja del recurrente, que la mecánica del mismo era la de firmarlo él y la conciencia de las perjudicadas de que al actuar él mismo lo hacía en representación de la mercantil, no en actuación propia, ya que era imposible que así fuera cuando la relación comercial lo era entre las perjudicadas y la mercantil, no a título personal con el recurrente. Y ello, pese a que en los recibos aparezca su nombre. La mecánica que se llevaba a cabo con el recurrente lo ratificaron varios testigos en el juicio, como reseña el Tribunal, y ello evidencia que la costumbre era dejar en PYDASA parte del importe de su liquidación de aceituna, con lo que la actuación la llevaba a cabo el recurrente, pero actuando por la mercantil, no teniendo sentido una actuación a nombre propio y sí enlazada con las relaciones de las perjudicadas con la mercantil.

Por ello, existe prueba suficiente de lo que constituye un delito de estafa por el engaño concurrente ab initio y por la constatación de un abuso de confianza del que se aprovecha el recurrente para realizar los actos de apropiación del dinero entregado sin ninguna intención de devolverlo desde su inicio, porque se lo reintegraba a su patrimonio y, pese a lo cual, lo retiene en lugar de entregarlo o devolverlo. Consta acreditada la existencia de esa costumbre en el iter y proceder y la mecánica en que se hacía, hasta llegar un momento en el que, pese al cumplimiento anterior se deja de devolver el importe entregado y retenido con obligación de devolver. Y todo ello en el marco de esa relación histórica contractual entre perjudicadas y mercantil, siendo el recurrente el que actuaba por ella y no a título personal.

La motivación del Tribunal acerca de la valoración probatoria es razonable y está razonada en orden a declarar probada la apropiación ab initio del dinero que estaba obligado a devolver, pero respecto del cual consta en los hechos probados que "utilizaba el dinero en beneficio propio para sus gastos e inversiones personales."

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del nº 2 del art. 849 de la LECR por error en la valoración de la prueba.

Cita el recurrente los recibís firmados cuando recibían dinero las perjudicadas. Apunta que estos recibís no tenían el membrete de la sociedad y estaban firmados por el acusado.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar los siguientes requisitos:

- 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 y literosuficiente 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 (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

La sentencia no niega que los recibís no tengan el membrete de la sociedad. Era una costumbre que se llevaba a cabo con reiteración en la forma y manera que explicita la sentencia. Lo que pretende el recurrente es extraer de ello que las perjudicadas sabían que ese dinero lo entregaban al acusado y no a la sociedad, pero ello no



resulta creíble y queda desvirtuado por la probanza fijada y valorada por el Tribunal. Las perjudicadas y otras testificales antes reseñadas acreditan la existencia de esa creencia de que la costumbre era la implantada. No hay que olvidar que esa actuación procede de generaciones y siempre se vinculó con la persona del acusado en la forma operativa de actuar.

Hay elementos relevantes en los hechos probados que se desprenden de la prueba practicada, y así podemos sistematizar estos extremos que rebaten con claridad el objeto de la impugnación. Así:

1.- Tradición en el modus operandi reiterado a lo largo del tiempo.

Desde fechas indeterminadas pero en todo caso con anterioridad al año 2000, las querellantes Vanesa y Virtudes aportaban sus cosechas de aceituna a la citada mercantil, la cual procedía a su molturación y conversión en aceite a cambio de una determinada comisión.

2.- Liquidación parcial de las cantidades que las perjudicadas debían recibir reteniendo el recurrente una cantidad asegurándoles que era para invertir con derecho de reintegro de las sumas invertidas.

Tras la venta del aceite se practicaba la liquidación de cada una de las campañas. Las querellantes, confiadas por la relación de amistad que las vinculaba con el acusado, no percibían el importe íntegro de la liquidación sino que lo dejaban depositado en la citada mercantil a cambio del abono de un determinado interés que se fue adaptando a las condiciones del mercado financiero en los sucesivos años.

3.- Documentación de las operaciones en dos recibos.

Tal operación se documentaba en dos tipos de recibos.

En unos se hacía constar la liquidación de la cosecha mediante la entrega en efectivo, entrega que no se correspondía con la realidad.

Y en el otro se hacía constar que quedaba depositado el citado dinero.

4.- Ausencia en los recibos de la referencia de la mercantil, aunque se evidenciaba que era por las operaciones entre la misma y las perjudicadas por el objeto comercial que les unía.

En los recibos de depósito no aparecía membrete alguno de la mercantil PYDASA, ni sello de la citada empresa, sino que aparecía a nombre del administrador único Carlos .

Las querellantes creían que el dinero quedaba depositado en PYDASA, sin embargo su administrador único Carlos , aprovechando el recibo de la supuesta liquidación en efectivo de la cosecha, utilizaba el dinero en beneficio propio para sus gastos e inversiones personales.

5.- Durante un tiempo sí que pudieron recuperar el dinero.

Cuando las querellantes necesitaban dinero firmaban un recibo por la cantidad deseada y se personaban en las oficinas de PYDASA, bien personalmente o bien a través de algún empleado suyo, lugar en donde se le hacían efectivos los recibos bien en efectivo o bien mediante un documento bancario que autorizara el abono de los mismos.

6.- Comienzo de los problemas para obtener el dinero depositado.

En los años 2008 y 2009 las querellantes empezaron a tener problemas para la percepción del dinero que necesitaban al recibir trabas para hacer efectivos los recibos, lo cual les llevó a reclamar el importe total del dinero depositado, reclamación que resultó infructuosa lo que llevó a la interposición de la querrela el 23 de marzo de 2010.

7.- La contabilidad de la empresa evidencia los traspasos al recurrente.

En la contabilidad de la mercantil PYDASA no figura deuda alguna a favor de las querellantes puesto que las cosechas aparecían liquidadas con los correspondientes recibos de las supuestas entregas en efectivo. Sí aparece en la citada contabilidad traspasos de esas liquidaciones a la cuenta del socio Carlos . El importe del dinero adeudado a las querellantes asciende a 850.059,36€.

Con ello, la referencia que hace el recurrente queda contradicha con los elementos probatorios practicados y la operativa del recurrente tendente a esa doble operación contable por la que en un principio les entregaba cantidades, pero llega un momento, en el que retiene esas cantidades a partir de 2008 y no las devuelve, aunque la existencia del engaño concurrente ab initio ha sido acreditado por la incorporación a su patrimonio.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECR por indebida aplicación de los arts 248.1 y 250.1 del CP.



Alega el recurrente la inexistencia del engaño, pero debemos hacer notar que la relación de los hechos probados describe claramente una conducta del recurrente que lleva a error a las víctimas con una maniobra engañosa tendente a hacerles creer que las liquidaciones se depositaban en la sociedad, cuando no era así, ya que disponía de las mismas y simulaba la conservación de las sumas mediante entregas cuando aquellas demandaban pagos hasta que dejó de hacerlo. Existe, pues, engaño determinante de la estafa.

De suyo, consta en el hecho probado que el recurrente "aprovechando el recibo de la supuesta liquidación en efectivo de la cosecha, utilizaba el dinero en beneficio propio para sus gastos e inversiones personales", pero todo ello lo hacía mediante el traslado de la "creencia" de aquellas de que ese dinero que les correspondía quedaba depositado en la sociedad, lo que no era cierto, y al hacerse desde un principio con un dolo coetáneo a los hechos y no sobrevenido o ex post, ello integra el engaño determinante de la estafa.

Los hechos probados son los siguientes:

"La entidad mercantil Productora y Distribuidora de Aceites SA (PYDASA) es una almazara destinada a la molturación de aceituna y obtención de aceites de oliva, cuya sede social radica en Martos (Jaén), siendo su administrador único el acusado Carlos .

Desde fechas indeterminadas pero en todo caso con anterioridad al año 2000, las querellantes Vanesa y Virtudes aportaban sus cosechas de aceituna a la citada mercantil, la cual procedía a su molturación y conversión en aceite a cambio de una determinada comisión.

Tras la venta del aceite se practicaba la liquidación de cada una de las campañas.

Las querellantes, confiadas por la relación de amistad que las vinculaba con el acusado, no percibían el importe íntegro de la liquidación sino que lo dejaban depositado en la citada mercantil a cambio del abono de un determinado interés que se fue adaptando a las condiciones del mercado financiero en los sucesivos años.

Tal operación se documentaba en dos tipos de recibos.

En unos se hacía constar la liquidación de la cosecha mediante la entrega en efectivo, entrega que no se correspondía con la realidad.

Y en el otro se hacía constar que quedaba depositado el citado dinero. En los recibos de depósito no aparecía membrete alguno de la mercantil PYDASA, ni sello de la citada empresa, sino que aparecía a nombre del administrador único Carlos .

Las querellantes creían que el dinero quedaba depositado en PYDASA, sin embargo, su administrador único Carlos , aprovechando el recibo de la supuesta liquidación en efectivo de la cosecha, utilizaba el dinero en beneficio propio para sus gastos e inversiones personales.

Cuando las querellantes necesitaban dinero firmaban un recibo por la cantidad deseada y se personaban en las oficinas de PYDASA, bien personalmente o bien a través de algún empleado suyo, lugar en donde se le hacían efectivos los recibos bien en efectivo o bien mediante un documento bancario que autorizara el abono de los mismos.

En los años 2008 y 2009 las querellantes empezaron a tener problemas para la percepción del dinero que necesitaban al recibir trabas para hacer efectivos los recibos, lo cual les llevó a reclamar el importe total del dinero depositado, reclamación que resultó infructuosa lo que llevó a la interposición de la querrela el 23 de marzo de 2010.

En la contabilidad de la mercantil PYDASA no figura deuda alguna a favor de las querellantes puesto que las cosechas aparecían liquidadas con los correspondientes recibos de las supuestas entregas en efectivo. Sí aparece en la citada contabilidad trasposos de esas liquidaciones a la cuenta del socio Carlos . El importe del dinero adeudado a las querellantes asciende a 850.059,36€. El acusado Mauricio trabajaba como administrativo en la mercantil PYDASA cumpliendo las instrucciones de pagos realizadas por el administrador único Carlos . Es cierto que desde el 1 de julio de 2002 el citado acusado figuraba como apoderado de la mercantil, con amplias facultades de representación, pero dichas facultades se limitaban en la práctica a la gestión ordinaria de la sociedad ante las ausencias del administrador único, pero sin facultad decisoria alguna".

Por ello, hay que tener en cuenta que la relación del iter descriptivo de los hechos que se van sucediendo se conceptúa bajo una articulación de un *modus operandi* en virtud de la cual se producían dos tipos de actuaciones:

- 1.- Por un lado se referían los recibos a la liquidación de la cosecha mediante una entrega en efectivo, aunque esta cantidad no se correspondía con la realidad, y
- 2.- En otro recibo se hacía constar la cantidad que quedaba en depósito.

Las cantidades entregadas se fueron devolviendo por un tiempo conforme a lo pactado.

Consta en los hechos probados que las querellantes en varias ocasiones solicitaron la entrega del dinero de la cantidad depositada y se personaban en las oficinas de la mercantil y que se hacían efectivos los recibos mediante el pago de la cantidad en mano, o bien mediante un documento bancario que autorizaba el abono de los mismos.

En un momento dado el recurrente dejó de hacerlo y no devolvió las cantidades que estaba obligado a devolver por pacto.

Sin embargo, se refiere en la sentencia que es en los años 2008 y 2009 cuando empiezan a tener problemas en la percepción del dinero que habían depositado en la segunda modalidad pactada en este caso con el recurrente, y pese a la reclamación que hacen al mismo, la devolución resultó infructuosa y se procedió a la interposición de la acción penal.

Pero esta descripción de los hechos probados constituye un delito de estafa por el que ha sido condenado, ya que el dolo es concomitante a la realización del pacto entre las partes, y no es un dolo sobrevenido y posterior que podría ubicarnos, en su caso, en la apropiación indebida de las cantidades entregadas por las querellantes que no son devueltas, y por las que sí se debía proceder al pago por el pacto que habían tenido ambas partes y que por esa retención del depósito de dinero recibido por el recurrente hasta podría constituir una apropiación indebida.

Pero existe un engaño inicial, habida cuenta que la creencia de las perjudicadas era que ese dinero quedaba depositado en la mercantil para devengar un interés, cuando no era así, sino que pasaba al propio patrimonio del recurrente en una operativa que se "disfrazaba" con las entregas de las sumas que les venían reclamando las perjudicadas, pero sin que estas fueran sumas que "se descontaban" de su depósito más interés pactado", sino que saldrían del patrimonio del recurrente pero de las que él mismo ya se había venido apoderando desde su inicio. Así, las recurrentes confiaban que su dinero estaba bien depositado y devengando intereses por encima de los que se manejaban en el mercado financiero, pero sin advertir, ante la confianza depositada en el recurrente, que éste disponía de estas cantidades alterando la idea del pacto que las perjudicadas pensaban que existía. Fueron engañadas por el recurrente.

En cualquier caso, el hecho probado es delictivo, ya lo fuera por estafa o por apropiación indebida, aunque, como exponemos, los hechos probados permiten integrar los elementos caracterizadores de la estafa por la que ha sido condenado. Y sobre esta cuestión ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en esta Sala con respecto a las fronteras entre el delito de apropiación indebida y el de estafa.

Así, lo expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 375/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4186/2018, donde señalamos que:

"Ese exceso en la ejecución del fin pactado y el abuso de la confianza del que se prevale conlleva la condena por el delito de apropiación indebida, porque consta probado que no devuelve el importe que debía haber devuelto y que, en su caso, siempre hubiera recibido para su entrega a la perjudicada y no para la retención, siendo inviable que la comisión por la gestión fuera del importe que se queda para sí según consta en el relato de hechos probados.

...El abuso de confianza y el exceso en el encargo pactado es notorio y supone una apropiación indebida del exceso recibido por el condenado ...no en la estafa del engaño bastante, pero hacen nacer lo que constituía el objeto de la acusación, cual es la apropiación indebida....

...Con ello, existe exceso en la función, abuso de confianza y apoderamiento de la cantidad recibida para su entrega. Hay apropiación indebida, no estafa.

Ambos delitos, estafa y apropiación indebida están castigados con la misma pena, y además, el subtipo cualificado objeto de acusación es objeto de remisión tanto por la estafa como por la apropiación indebida.

I.- Aunque estamos ante dos preceptos penales distintos son de una naturaleza similar.

II.- Estafa y apropiación indebida tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas.

III.- En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del mismo: Es el engaño antecedente, bastante y causante.

IV.- 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 la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1308/2004 de 15 Nov. 2004, Rec. 409/2003 se apunta que:

"El punto de debate consiste en determinar si con los antecedentes que se citan en el apartado anterior ha existido o no vulneración del principio acusatorio, ya que es evidente que el recurrente fue condenado por un delito de apropiación indebida, cuando solamente se le imputa un delito de estafa.

A pesar de ciertas discrepancias jurisprudenciales en orden a la homogeneidad o no de los delitos de estafa y apropiación indebida, no se discute que su estructura jurídica es radicalmente distinta. En el supuesto de la apropiación indebida el desplazamiento patrimonial tiene su causa en una relación jurídica reconocida válidamente por el derecho. La acción típica punible consiste en el incumplimiento de las obligaciones prometidas y el apoderamiento ilícito de las cosas, bienes o dinero entregado.

En la estafa, el titular de la cosa realiza la entrega en virtud de las falsas promesas vertidas por el sujeto activo que consigue convencerle de la existencia de un hecho o de un negocio que justifica la trasmisión confiada de los bienes, con los que fraudulentamente se queda el autor.

El único nexo común es el resultado final apropiatorio, pero el mecanismo típico es totalmente diferente. Los elementos normativos del tipo también son distintos, por lo que es prácticamente imposible establecer homogeneidad entre ambas figuras delictivas".

Se trata, pues, de delitos heterogéneos y con diferencias claras de planteamiento. En cualquier caso, para evitar estas situaciones es preciso que las acusaciones formulen peticiones de condena alternativas, porque en ese caso no habría vulneración del acusatorio, o que si el Tribunal entiende que la prueba practicada le lleva a otro delito que haga el planteamiento de la tesis del art. 733 LECRIM, que para ello está regulado en el texto.

Ya dijimos en la Sentencia TS 152/2018 de 2 Abr. 2018 que "ante casos similares a conveniencia de formular conclusiones alternativas postulan que la condena por uno y otro delito".

Como ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 152/2018 de 2 Abr. 2018, Rec. 1419/2017:

"Que estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos, pues en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene origen en aquel engaño motor, sino en el abuso de confianza ya depositado en el sujeto activo.

Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del mismo: Es el engaño antecedente, bastante y causante. 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 (STS. 918/2005 de 11.7).

...

En definitiva, los delitos de estafa y apropiación indebida no son homogéneos en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión.

Así en la estafa el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio. En el segundo el desplazamiento no tiene su origen en aquel el engaño motor, sino en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza".

Respecto a las diferencias entre la apropiación indebida, y la estafa fijada por el Tribunal ya lo reflejamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 375/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4186/2018, antes citada, donde hicimos un repaso comparativo entre ambos delitos, exponiendo lo siguiente para reflejar de forma sistemática las diferencias entre uno y otro tipo penal, a saber:

"Además de las diferencias entre la estafa y la apropiación indebida que hemos reseñado la doctrina penal apunta de forma gráfica que:

- 1.- En la estafa se *abre la mano* y se engaña al otro para que lo deposite en ella, y
- 2.- En la apropiación indebida se *cierra la mano* para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí **correcta** pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

Reflejamos, pues, una sistematización de sus diferencias esenciales entre ambos tipos penales.

1.- La quiebra de la lealtad.

a.- En la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima y causante del mismo: Es el engaño antecedente, bastante y causante.

b.- 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.

2.- El engaño es el elemento determinante.

a.- Se exige en la estafa engaño antecedente, bastante y causante.

b.- 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. Incluso el dolo subsequens anudado a la apropiación indebida lo lleva al art. 253 CP.

3.- El ataque patrimonial.

a.- En la estafa el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio.

b.- En la apropiación indebida el desplazamiento no tiene su origen en aquel el engaño motor, sino en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

4.- La forma de recibir el dinero. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.

a.- En la estafa se abre la mano y se engaña al otro para que lo deposite en ella.

b.- En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí **correcta** pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

5.- El dolo.

a.- En la estafa existe un dolo antecedente ab initio de llevar a cabo un engaño para conseguir el dinero. Es el dolus antecedens

b.- En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe sin engaño antecedente, que es el propio de la estafa. En los apoderamientos notariales, si no hay ese engaño al suscribirlo será apropiación indebida si lo que hay es no devolución de las sumas percibidas para devolver en ejecución del acto llevado a cabo con el poder.

6.- La acción desplegada.

a.- En la estafa se utiliza engaño bastante para producir error en otro.

b.- En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

7.- La deslealtad.

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito."

Por todo ello, no tiene razón el recurrente en tanto los hechos probados describen y quedan subsumidos en un delito de estafa. El hecho es grave y claramente reprochable penalmente.

Pues bien, atendiendo a la **correcta** subsunción de los hechos probados en la estafa hay que destacar los elementos de la estafa en el caso concreto.

Como ya ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 sobre los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos **civiles** criminalizados, se pueden citar los siguientes:

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado. Y en este caso concurre porque el recurrente convence a las perjudicadas para



que dejen las liquidaciones depositadas a cambio de un interés, pero, lejos de ello, las integró en su patrimonio y más tarde no lo entregó aunque simulaba, para dar apariencia de veracidad del pacto real, pagos parciales.

2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos. El recurrente induce a error a las perjudicadas al hacerles creer que su dinero quedaba depositado en la mercantil, cuando no era así.

3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios. Existe el desplazamiento patrimonial al del recurrente, como consta en los hechos probados.

4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.

5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6. Propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento.

El Tribunal Supremo refleja, en su sentencia de 11 de diciembre de 2000 que "el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento, versando el contrato sobre un negocio vacío que oculta la realidad de un atentado contra el patrimonio ajeno".

Nos movemos en el elemento puramente subjetivo del conocimiento e intención clara del sujeto de no cumplir con las estipulaciones marcadas en el contrato con la otra parte, y ello aunque haya iniciado, incluso, el cumplimiento de lo pactado entre las partes, ya que, si lo que pretendía era no cumplir definitivamente, no excluye la comisión del delito de estafa el hecho de que el sujeto haya dado inicio al cumplimiento de su prestación y posteriormente cese en este cumplimiento cuando era ésta su idea inicial.

O, como apunta el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su Auto 834/2016, de 28 de abril: en el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe, desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos. Esta doctrina es la conocida como la de los contratos **civiles** o mercantiles criminalizados.

7. El negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. se exige dolo más engaño.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1997 proclama que el denominado por la doctrina negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno (en el mismo sentido las de 12 de mayo de 1998 y 17 de septiembre de 1999). En este sentido, el dolo no conlleva per se la concurrencia del ilícito penal, ya que en el marco del derecho **civil** es definido como vicio del consentimiento (arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Por ello, por sí sólo no constituye ese engaño requerido por el tipo de la estafa, es decir, la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado o perjudicados, haciéndoles creer y aceptar lo que no es verdadero.

El delito de estafa hace preciso que concurra por parte del sujeto activo un medio engañoso de cualquier tipo que induzca a la víctima, por la vía del error, a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación, que persigue desde el inicio ese fin lucrativo; sus elementos son, por tanto, engaño, ánimo de lucro, perjuicio y relación causal (SSTS 16 de junio y 16 de octubre de 1992, 18 de octubre de 1993, 15 de junio de 1995 y 31 de enero de 1996, entre otras).

Se exige, al mismo tiempo, un específico dolo que abarque esa voluntad en el sujeto de que, cuando realiza la actividad contractual con la parte perjudicada, no vaya a ejecutar la parte el contrato que al mismo le compete, unido ello a cualquier medio de engaño que lleve a la otra parte a aceptarlo por la vía de la creencia de que se va a producir ese cumplimiento que se le ofrece. El dolo por sí mismo entendido supondría aisladamente la existencia de un vicio en el consentimiento que tendría sus consecuencias en la órbita del derecho **civil**, pero que, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, no es aceptado para entender que ese incumplimiento del contrato tiene efectos y sanciones penales.



8. Idoneidad del engaño para entender cometido un delito.

Esta Sala del Tribunal Supremo recoge, en sus sentencias de 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000, que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

9. Posibilidad del sujeto afectado de detectar la estafa.

En estos casos se suelen tener muy en cuenta las condiciones del afectado para admitir o inadmitir la concurrencia del delito y para separarlo del mero incumplimiento **civil**, ya que, si fuera asumible percibir la existencia del incumplimiento, dadas las condiciones profesionales del perjudicado, habría que acudir a esta vía **civil**.

Si el engaño no es suficiente al fin que se exigiría para entender cometido el ilícito penal, nos encontraríamos ante el ilícito **civil**. Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de exigir a la víctima el conocimiento de ese elemento intencional del sujeto activo, sino que sí, dada su condición profesional, hubiera sido posible detectar la situación venidera de incumplimiento, podríamos estar hablando de un ilícito **civil**, que no penal. De todas maneras, también nos movemos aquí en unos ámbitos estrictamente subjetivos que exigen que actuemos con suma cautela para evitar unos niveles de exigencia de previsión en la víctima que le obligaran a prever cualquier circunstancia o movimiento del sujeto activo aunque concurriera la condición de profesional en el perjudicado.

En este caso era complicado para los perjudicados detectar el fraude ante la apariencia del recurrente del objeto real de las cantidades que quedaban depositadas cuando no era real el depósito.

El hecho probado es concluyente para llegar a la conclusión de la existencia de la estafa,

El motivo se desestima

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECR por inaplicación del art. 21.6, 66.1.2º del CP en relación con el art. 24 de la CE.

Alega el recurrente que debió apreciarse las dilaciones indebidas como muy cualificadas.

Señala el Tribunal al respecto que:

"En el caso de autos ciertamente nos encontramos ante un proceso complejo por la necesidad de realizar distintos informes periciales y de análisis de gran cantidad de documentación para concretar el importe del perjuicio y el modus operandi en la constatación de la actuación ilícita de los investigados; no obstante no podemos considerar como razonable el plazo de más de 8 años que ha durado la tramitación de la causa, dilación a la que han sido ajenos los investigados, por lo que entendemos que ha de aplicarse la atenuante simple del art 21.6 del CP, no considerándola como muy cualificada pues como dice la STS de 28 de marzo de 2017 para considerarla como muy cualificada sería necesario una paralización muy superior a la extraordinaria o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado o de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple, circunstancias que no concurren en el presente caso."

Pues bien, relevante ha sido el análisis que sobre esta atenuante se ha realizado por esta Sala en la sentencia 294/2020, de 10 de Junio en la que se relaciona el devenir histórico de, lo que aquí podríamos denominar como las relaciones entre el "*tiempo y el proceso*", apuntando que:

"La preocupación de los sistemas penales por los perniciosos efectos de las dilaciones del procedimiento, no es de ahora. La celebrada obra del Marqués de Beccaría, que tanta influencia desplegó en la construcción de un derecho penal superador de viejas concepciones históricas, ya dedicaba un capítulo a la Prontitud de la pena -capítulo XIX- recordando que tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. También la Novísima Recopilación -Libro XI, Título I, Ley X- incorporaba la Instrucción de Corregidores de Carlos III, en la que se exhortaba a los jueces a que cuidaran muy particularmente del breve despacho de las causas y negocios de su conocimiento y de que se atrasen ni molesten a las partes con dilaciones inútiles y con artículos impertinentes y maliciosos. De forma singularmente gráfica, la doctrina ha recordado que allí donde no se resuelven los litigios en un plazo razonable se produce una bancarrota del Estado de Derecho, asumiendo el riesgo de que la imposición de una pena se convierta en un puro acto de hostilidad.

La proclamación expresa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), cuenta también con repetidos antecedentes en nuestro sistema constitucional. No es casual que la Constitución de Cádiz de 1812, en el capítulo destinado a reglar la administración de justicia en lo criminal, dispusiera que las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios,



a fin de que los delitos sean prontamente castigados (art. 286), incluyendo entre las competencias regias la de cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplidamente la Justicia (art. 171.2)."

Lo que en este caso se plantea es un mayor reconocimiento penológico de la atenuante de dilaciones indebidas para reconocérselo como muy cualificada al haber tardado más de ocho años en su tramitación.

Así, como hemos recordado en STS 461/2020, de 17-9, con cita de las SSTs 969/2013, de 18 diciembre; 196/2014, de 19 marzo; 415/2017, de 17 mayo, 817/2017, de 13 de diciembre; 152/2018, de 2 de abril, "la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa". Conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes:

- 1) que la dilación sea indebida;
- 2) que sea extraordinaria; y
- 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTs 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida sí responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida "extraordinaria" en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (SSTs 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.



Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio."

Podemos establecer un repaso de lo que ha sido la doctrina de esta Sala en este tema, y así se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias

- 1.- 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- 2.- 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- 3.- 506/2002 de 21 de marzo (9 años);
- 4.- 39/2007 de 15 de enero (10 años);
- 5.- 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración);
- 6.- 132/2008 de 12 de febrero (16 años);
- 7.- 440/2012 de 25 de mayo (diez años);
- 8.- 805/2012 de 9 octubre (10 años);
- 9.- 37/2013 de 30 de enero (ocho años);
- 10.- 760/2015 de 3 de diciembre (13 años).

Para acudir a la elevación del grado de la atenuante dentro del marco de la consideración de la "relevancia" que debe tener el tiempo en el proceso como "gravamen" que se le impone al acusado es preciso para ello efectuar el marco comparativo de proceso concreto y retraso, a fin de evaluar el merecimiento de la atenuante como muy cualificada, ya que pueden existir casos, y de suyo concurre desgraciadamente con alguna frecuencia, que el tiempo en el que ha durado el proceso penal es evidente que excede del patrón medio que debía haber durado, y ello debe tener un "efecto penológico".

Cierto y verdad es que no se puede fijar un patrón matemático en orden al cual fijar una especie de escala en virtud de la cual se puedan trazar consecuencias concretas en torno a aplicar la atenuante como simple o muy cualificada atendiendo al tiempo en que tardó el proceso, ya que influyen muchas circunstancias en esa duración, tales como el número de acusados, consideraciones sobre la complejidad de la instrucción, vicisitudes durante la tramitación global, dificultad en la redacción de la sentencia, etc. Ahora bien, existen circunstancias en virtud de las cuales no se puede admitir una duración "desproporcionada".

No se trata, así, de que el plazo que ha durado el procedimiento se considere como un plazo objetivable que haga atraer la doctrina que en algunos casos se ha expuesto, -siempre ante casos concretos- de que 8 o 9 años "podrían dar lugar, apreciado el caso" a una atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, sino de matizar y valorar en qué medida y con qué circunstancias, o consecuencias, se explicita y expone la duración de ese caso concreto. Y en este caso son muchas y variadas las circunstancias que abonan y abogan por no mantener solo la atenuante como simple, sino de "elevarla" a muy cualificada con su reflejo en la reducción de la pena por entender que el retraso se convierte, o convirtió en algún momento del procedimiento en abandono, ya que es este abandono lo que otorga carta de naturaleza a la atenuante muy cualificada, más que el mero transcurso del tiempo. Y, desde luego, no se explicitan razones concretas que en un caso como el aquí presente que no reviste una gran complejidad, nos haya llevado a una duración reconocida de más de ocho años.

No motiva el Tribunal en modo alguno circunstancias concretas y específicas por las que con esa duración reconocida no le aplica la atenuante como muy cualificada, ya que con esa duración, la explicación y razonamiento acerca de la negativa a admitirla se imponía para que el condenado sepa y conozca de forma racional y motivada por qué se le priva de una aminoración de la pena con esta duración procedimental reconocida.

Ello lleva a aplicar el Art. 66.1.2.º CP en relación a la necesidad de aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, y que en razón a las circunstancias concurrentes expuestas y el tiempo fijado se ubica en una rebaja en un grado.

La argumentación que fija el Tribunal en orden a la imposición de la pena consta en el FD nº 6º, señalando que:

"La penalidad prevista en el art 250.1 del CP es la de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. Dado que concurre una atenuante simple la pena a imponer estaría dentro de la mitad inferior (art 66.1.1ª del CP), es decir prisión de 1 a 3 años y 6 meses, y multa de 6 a 9 meses.

Dentro de esta mitad inferior la pena a imponer se fijará teniendo en cuenta los criterios específicos fijados en el art 249 del CP (importe de lo defraudado, quebranto económico causado al perjudicado, relaciones entre



éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción).

En el presente caso teniendo en cuenta la entidad del perjuicio causado (superior a 800.000 €) y la relación de confianza que existía entre el acusado y las víctimas que fue aprovechada para la comisión del delito, estimados adecuada la imposición de una pena de 2 años de prisión y multa de 8 meses a razón de 6 € cuota/día."

Al apreciarle esta Sala como muy cualificada la atenuante, el recorrido debe quedar en una pena de 10 meses de prisión y multa de 5 meses a razón de 6 euros cuota/día con **responsabilidad** personal subsidiaria del art. 53 CP, que lo es ex lege y debe añadirse en caso de impago de multa.

El motivo se estima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECR por infracción de los arts 109 y ss del CP.

Apunta el recurrente que la cuantía de la **responsabilidad civil** no responde a cálculos ciertos ni fiables. Los peritos manifestaron la falta de rigor y certeza de las bases.

En este caso es doctrina reiterada de esta Sala que no es posible en casación revisar la cuantía indemnizatoria, aunque sí las bases establecidas para la fijación de las cantidades.

Y en este caso se fija en la sentencia que se declara expresamente probado que el importe del dinero adeudado a las querellantes asciende a 850.059,36 euros.

En la fundamentación de la sentencia en el FD nº 2 se acoge el informe emitido por el perito judicial se concreta esa cantidad total en 722.368 euros que corresponden a ambas hermanas, 101.937,60 corresponden a Vanesa y 25.752,98 a Virtudes . Y ello, frente a las dos periciales aportadas por las partes.

En concreto, se fija que *con quiebra de la confianza de las querellantes que depositaban el dinero de sus liquidaciones a cambio de unos prometidos intereses remuneratorios, utilizó el dinero de éstas en sus gastos e inversiones personales, así lo reconoció el propio acusado en su declaración en fase de instrucción, si bien en el acto del juicio oral negó tales afirmaciones. Esa utilización indebida del dinero depositado generó un perjuicio para las querellantes que se ha cuantificado pericialmente por el informe emitido por el perito judicial en la cantidad de 850.059,36 €, de los cuales 722.368,78 € corresponden a ambas hermanas, 101.937,60 € corresponden a Vanesa y 25.752,98 € a Virtudes .*

Existen varios informes periciales y el tribunal recoge el contenido de informe del perito judicial.

La fijación del quantum se ajusta al contenido de la pericia llevada a cabo, y es por ello, por lo que existe basamento probatorio suficiente para su **determinación**, a salvo de la precisión del quantum que se refiere en el FD siguiente.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo del nº 2 del art. 849 de la LECR por error de hecho.

Sobre la base del informe pericial, pretende el recurrente acreditar el error del informe sobre una cantidad, 174.907,94 euros que no deberían figurar en el montante total, pues se trata de liquidaciones, anticipos y pagos del IVA efectuados por PYDASA a las querellantes, cantidad que es asumida en la sentencia como debida.

En efecto, este dato es cierto, apuntando el Fiscal a su apariencia formal, y que del informe emitido por el perito judicial, Don Victoriano , se subdivide en tres grandes conceptos: 722.368,78 € correspondientes a las dos hermanas, 101.937,60 € correspondientes exclusivamente a Doña Vanesa y 25.752,98 € correspondientes exclusivamente a Doña Virtudes . No obstante, como reclama el recurrente a la hora de calcular los 722.368,78 € dimanantes de la cuenta "Comunidad Vanesa Virtudes ", el perito incluye 174.907,94 € que no debían haberse sumado, dado que el referido importe responde a liquidaciones, pagos y anticipos efectuados a favor de las referidas dos hermanas, conforme reza el propio cuadro incorporado al efecto en el informe del Sr. Victoriano (f. 4689). Si es preciso ajustarse con exactitud al quantum acreditado se reflejan dudas evidentes sobre el concepto de esta cantidad como debida.

Con ello, la cantidad resultante que quedaría como **responsabilidad civil** sería la de 675.151,42 €, que es a la que se condena a su pago al recurrente.

El motivo se estima.

OCTAVO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se imponen de oficio.



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 interpuesto por la representación de los acusados **Carlos y Productora y Distribuidora de Aceites, S. A. (PYDASA)**, con estimación de sus motivos cuarto y sexto, y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, de fecha 26 de abril de 2019, en causa seguida contra los mismos y otro por delito de estafa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. 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.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 2609/2019

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

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 825/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 25/2018 del Juzgado de Instrucción nº uno de Martos, seguido por delito de estafa contra los acusados Carlos, con D.N.I. nº NUM000, nacido el NUM001/1925, en Martos (Jaén), hijo de Pedro Enrique y de María Rosa, sin antecedentes penales, de solvencia desconocida y contra Mauricio, con D.N.I. nº NUM002, nacido el NUM003/1965, en Martos (Jaén) hijo de Ambrosio y de Almudena, sin antecedentes penales, de solvencia desconocida; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial con fecha 26 de abril de 2019, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos mantener la condena por delito de estafa, pero fijando la pena de 10 meses de prisión y multa de 5 meses a razón de 6 euros cuota/día con **responsabilidad** personal subsidiaria del art. 53 CP, que lo es ex lege y debe añadirse en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante en tiempo de condena, manteniendo a la mercantil PYDASA como responsable **civil** subsidiario y a que indemnice en concepto de



responsabilidad civil a Vanesa y Virtudes en la cantidad de 675.151,42 €, más los intereses legales del art. 576 de la LEC sin costas en esta sede.

FALLO

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

Que debemos mantener la condena por delito de estafa, pero fijando la pena de 10 meses de prisión y multa de 5 meses a razón de 6 euros cuota/día con **responsabilidad** personal subsidiaria del art. 53 CP, que lo es ex lege y debe añadirse en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, manteniendo a la mercantil PYDASA como responsable **civil** subsidiario y a que indemnice en concepto de **responsabilidad civil** a Vanesa y Virtudes en la cantidad de 675.151,42 €, más los intereses legales del art. 576 de la LEC sin costas en esta sede.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDO