



Roj: **STS 4777/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4777**

Id Cendoj: **28079120012021100988**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2021**

Nº de Recurso: **602/2020**

Nº de Resolución: **997/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 997/2021**

Fecha de sentencia: 16/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 602/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª A.P. de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 602/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 997/2021**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Clemente** frente a la Sentencia 912/2019, de 27 de diciembre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 542/2018 dimanante de las Diligencias Previas de PA núm. 4901/2006 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid, seguido por delito de estafa contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, el recurrente DON Clemente, representado por la Procuradora Doña Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo y defendido por el Letrado Don Francisco José García Martín, y como recurrido, la acusación particular la entidad ORANGE ESPAGNE SAU (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU) representada por el Procurador de los Tribunales Don Pablo Ignacio Hornedo Muguero y defendida por el Letrado Don Santiago Álvarez Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid incoó Diligencias Previas de PA núm. 4901/2006 por delito de estafa continuada contra **DON Clemente**, y una vez concluidas las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 27 de diciembre de 2019 dictó Sentencia 912/19 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Son Hechos Probados y así se declara que el acusado, Clemente durante los años 2004 a 2006, trabajó como comercial en la actividad de suministro y distribución de telefonía móvil que dirigía Avelino, por mor del contrato que éste tenía suscrito con la compañía Retevisión Móvil S.A., de nombre comercial Amena.

En el curso de tal actividad, el acusado, aprovechándose de la promoción comercial de Amena conocida como *plan renove*, que ofertaba a sus clientes la opción de cambiar de terminal a precio gratuito con la intención de fidelizarlos, se sirvió de la disponibilidad de los datos de aquéllos, que tenía en la cartera de Galamóvil, tramitando las solicitudes de terminal *renove*, a nombre de esos clientes, pero sin su conocimiento ni consentimiento, y con la intención de recibir y apropiarse de dichos terminales, como así hizo.

Para asegurarse la recepción de los teléfonos que remitía la compañía y enervar los controles de ésta, el acusado habilitó una serie de direcciones donde se aseguraba de que recogerían los móviles que solicitaba de Amena, evitando ser descubierto. Así:

- En la CALLE000 NUM000 de Madrid, domicilio familiar del acusado, Amena entregó 614 terminales, en las 90 entregas que realizó.
- En la CALLE001 NUM001 de Madrid, domicilio de un amigo del acusado, se entregaron 129 paquetes, conteniendo 373 terminales.
- En la CALLE002 NUM002, de Madrid, cuyo portero era amigo del acusado, se entregaron 93 albaranes conteniendo 235 terminales.
- Y en la CALLE003 n° NUM003 de Madrid, se entregaron 34 paquetes, conteniendo 160 terminales.

El desvío y apropiación por parte del acusado de 1.382 terminales han ocasionado a la compañía telefónica unas pérdidas cuyo montante debe precisarse".

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

"Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Avelino, Marta, Benjamín, Modesta y Cayetano, declarando de oficio las costas procesales.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Clemente, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de estafa, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de DIECIOCHO meses de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a que indemnice a la Compañía FRANCE TELECOM, en la cuantía que se fijará en la fase de ejecución de la presente resolución, y al pago de las costas procesales, incluidas las causadas a la acusación particular.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".



**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por la representación legal del acusado **DON Clemente** , que se tuvo 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 de casación formulado por la representación legal del acusado DON Clemente se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Motivo primero.-** Al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Recurso de Casación por vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva y proscripción de indefensión del art. 24.1 de la Constitución Española; y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de nuestra Carta Magna. (Ordinal 1º del escrito de anuncio de Recurso de Casación).

**Motivo segundo.-** Amparado en el art. 849.1 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Recurso de Casación por infracción de los artículos 248, 249 y 74 en relación con el artículo 115 del Código Penal y 109, 110 y 794,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y doctrina Legal (Ordinal 3º del escrito de anuncio de recurso de casación).

**Motivo tercero.-** Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Recurso de Casación por infracción del artículo 21.6 del Código Penal. (Ordinal 4º del escrito de anuncio de recurso de casación).

**Motivo cuarto.-** Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Recurso de Casación por infracción del artículo 123 del Código Penal. (Ordinal 5º del escrito de anuncio de recurso de casación).

**QUINTO.-** Es **recurrida** en la presente causa **la acusación particular la entidad ORANGE ESPAGNE SAU** (antes **FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU**), que impugna el recurso por escrito de fecha 10 de junio de 2020.

**SEXTO.-** Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista apoyó el motivo cuarto e interesó la inadmisión y subsidiariamente impugnó el resto de los motivos, a tenor de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 16 de junio de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Clemente como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

**SEGUNDO** .- En su primer motivo, y al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 LOPJ y correlativo art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formaliza recurso de casación por vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva y proscripción de indefensión del artículo 24.1 de la CE; y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de nuestra Carta Magna.

En realidad, el recurrente solamente desarrolla el motivo en lo tocante a la infracción de la presunción de inocencia, manteniendo, no obstante, que "en la presente causa, existe prueba y la prueba ha sido introducida al plenario de forma válida", aunque tal actividad probatoria no acredite la comisión de un delito de estafa ni "se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del acusado".

Tal vez por ello llega a su personal conclusión, como correctamente destaca el Ministerio Fiscal, que los hechos que se declaran probados acreditan la "existencia de dudas racionales para entender que mi cliente no ha cometido el delito por el que es condenado".

Pero el Tribunal sentenciador no ha expresado duda alguna.

Los hechos probados giran en torno a la actividad desarrollada por el ahora recurrente, el cual, durante los años 2004 a 2006, trabajó como comercial en la actividad de suministro y distribución de telefonía móvil, para la compañía Amena.

En el curso de tal actividad, el acusado, aprovechándose de la promoción comercial de Amena conocida como plan *renove*, que ofertaba a sus clientes la opción de cambiar gratuitamente de terminal con la intención de fidelizarlos, se sirvió de la disponibilidad de los datos de aquéllos, que tenía en su cartera de trabajo, tramitando



las solicitudes de terminal renove, a nombre de esos clientes, pero sin su conocimiento ni consentimiento, y con la intención de recibir y apropiarse de dichos terminales, como así hizo, mediante tal mecanismo fraudulento.

Para asegurarse la recepción de los teléfonos que remitía la compañía y sortear los controles de ésta, el acusado habilitó una serie de direcciones donde se aseguraba de que recogerían los móviles que solicitaba de Amena, evitando ser descubierto. Así:

- En la CALLE000 NUM000 de Madrid, domicilio familiar del acusado, Amena entregó 614 terminales, en las 90 entregas que realizó.
- En la CALLE001 NUM001 de Madrid, domicilio de un amigo del acusado, se entregaron 129 paquetes, conteniendo 373 terminales.
- En la CALLE002 NUM002, de Madrid, cuyo portero era amigo del acusado, se entregaron 93 albaranes conteniendo 235 terminales.
- Y en la CALLE003 n° NUM003 de Madrid, se entregaron 34 paquetes, conteniendo 160 terminales.

El desvío y apropiación por parte del acusado de 1.382 terminales han ocasionado a la compañía telefónica unas pérdidas cuyo montante debe precisarse.

La prueba practicada en el juicio oral, giró en torno a la recepción de tales terminales, lo que se acreditó por los titulares de tales direcciones postales, junto a los albaranes de remisión y recepción.

No puede decirse que no haya existido prueba al respecto. La Audiencia analiza, con toda pulcritud, las pruebas practicadas en el plenario, prestando declaración los clientes de la compañía, que pusieron de manifiesto cómo el acusado llevó a cabo la fraudulenta operación, tramitando "renoves" para clientes, no solo de Madrid, sino de diferentes puntos de la geografía española que, pese a aparecer como destinatarios de tales terminales en la documental de referencia, ni los habían solicitado realmente, ni los recibieron de Amena en tal concepto.

Así, los testigos que declararon por videoconferencia desde localidades como Vigo, Denia, Logroño, Huelva, Zaragoza, etc. *"ilustraron al Tribunal no solo del alcance territorial del engaño, sino del mismo plan o estrategia defraudatoria sobre una pluralidad de clientes -la mayoría de ellos de edad avanzada y con problemas de audición, por cierto- que negaron, rotundamente, haber recibido "renoves" de Amena; como lo aseveró la testigo María Inés, escuchada desde El Egido en el sentido de "que recibió una carta como si los hubiera recibido -dos teléfonos NOKIA por los que fue preguntada- ...pero no fue verdad". Confirmando además, todos ellos, la falsedad del dato de que las entregas de teléfonos móviles efectuadas por la Compañía, se habían producido en los domicilios reseñados de Madrid, respecto de los cuales, ninguno de los testigos manifestó tener relación alguna"*.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO**.- En el segundo motivo, formalizado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente reprocha la infracción de los arts. 248, 249, y 74 en relación con el arts. 115 del CP y 109, 110 y 794.1 de la LECrim.

El recurrente centra su queja casacional en que no se ha acreditado el perjuicio sufrido por la compañía telefónica Amena, que constituye uno de los elementos típicos del delito de estafa, lo que deduce del siguiente párrafo de los hechos probados:

*"El desvío y apropiación por parte del acusado de 1382 terminales han ocasionado a la compañía telefónica unas pérdidas cuyo montante debe precisarse"*.

De tal párrafo incluido en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida se desprende inequívocamente el perjuicio sufrido por la compañía telefónica, de manera que no puede mantenerse que no exista tal elemento típico que requiere la estafa, pues consta en el *factum* que la compañía telefónica tuvo "pérdidas" como consecuencia de la actividad del recurrente, aunque tales "pérdidas" no se hayan concretado, a falta de un peritaje sobre el valor de cada uno de los 1.382 terminales telefónicos, objeto del desplazamiento patrimonial originado por el engaño de suponer que los clientes querían acogerse al plan *renove*, lo que a la compañía interesaba para "fidelizarlos".

Como dice el Fiscal, esa indeterminación del concreto detrimento económico causado ha operado en favor, del acusado, "puesto que, a no dudar, de haber sido tasados, su importe habría superado los 50.000 euros, y en consecuencia había hecho obligatoria la aplicación del subtipo agravado descrito en el nº 5 del artículo 250 CP".

La razón de todo ello se explica por la propia acusación particular, al impugnar el motivo, pues aduce que, como consecuencia de procederse a retirar la acusación al resto de acusados, y abonar, cada uno de éstos, "los perjuicios antes del informe final", por lo que Clemente debería abonar solamente el perjuicio causado



por su actuación, componente económico desconocido en ese momento, razón por la cual se ha dejado la determinación de tal extremo para ejecución de Sentencia.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**CUARTO** .- En el tercer motivo, y al "amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Recurso de casación por infracción del artículo 21.6 del Código Penal".

Tras cita de la doctrina general acerca de esta atenuante, el recurrente solicita la misma con el carácter de muy cualificada, dado el tiempo transcurrido desde la incoación de la causa hasta el dictado de la sentencia recurrida.

Sin embargo, no se citan concretos periodos de paralización, fuera de una diligencia de ordenación que requiere a la acusación particular la presentación de unos documentos, y que transcurre en ello un lapso temporal de unos catorce meses, y otra paralización correspondiente a unas diligencias probatorias solicitadas por el Ministerio Fiscal.

La Audiencia ha tenido por acreditada la atenuante de dilaciones indebidas, y en consecuencia, a pesar que el tiempo transcurrido es ciertamente muy abultado, no existen elementos suficientes en los autos para estimar el motivo, en tanto que la causa se siguió contra seis acusados, y fueron numerosas las diligencias practicadas, y los recursos interpuestos.

En efecto, el último apartado del fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida, señala:

*"En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, las dilaciones indebidas denunciadas, encuentran su contraste en la causa, en los periodos señalados por la defensa del acusado como de paralización de las actuaciones y la realidad procesal de que, en diciembre de 2006, se incoa aquélla, siendo sentenciada ahora por la presente resolución, impone la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, conforme al artículo 21.6 Código Penal ."*

El recurrente solicita la rebaja de dos grados, al conceptuar la atenuante como muy cualificada, pero, en realidad, la Audiencia, como dice el Ministerio Fiscal, ya la ha tenido por cualificada, al rebajar en un grado la pena, pues el delito se ha calificado en continuidad delictiva, y sobre este extremo no se ha reprochado nada en el recurso, por lo que la pena imponible estaría situada en la mitad superior de la dispuesta en el art. 249 del Código Penal, siendo así que la cuantía de 18 meses de prisión se halla comprendida en el grado inferior de la misma. La pena es, en consecuencia, proporcional con el hecho cometido, y es legal en su determinación

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**QUINTO** .- En el motivo cuarto, y por idéntico cauce impugnativo, se denuncia la infracción del artículo 123 del Código Penal.

La sentencia recurrida, con toda corrección, absuelve a un grupo de acusados "declarando de oficio las cosas procesales" con respecto a los mismos, y posteriormente en el párrafo siguiente condena al ahora recurrente a las penas pertinentes y "al pago de las costas procesales, incluidas las causadas a la acusación particular".

Es claro que quiso decir que lo hacía respecto al resto de las costas procesales, no de todas, pues, como hemos dicho, declaró de oficio las costas procesales de los acusados absueltos, pero para dejarlo claro, el Ministerio Fiscal ha interesado en esta instancia casacional la estimación del motivo, adhiriéndose a la queja casacional del recurrente, de manera que se declare que Clemente responderá del pago de una sexta parte de las costas causadas, incluida la parte correspondiente de las generadas a la acusación particular.

En estos términos, hemos de estimar el motivo.

**SEXTO** .- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## FALLO

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

**1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Clemente** frente a la Sentencia 912/2019, de 27 de diciembre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

**2º.- CASAR Y ANULAR** en la parte que le afecta la referida Sentencia 912/2019, de 27 de diciembre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.





**3º.- DECLARAR de oficio** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso.

**4º.- COMUNICAR** la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

**Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde**

**Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García**

RECURSO CASACION núm.: 602/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Segunda Sentencia**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Clemente** (cuyos datos identificativos constan en la causa) frente a la Sentencia 912/2019, de 27 de diciembre de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia que ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho recurrente y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala, al estimarse parcialmente el recurso interpuesto. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo idéntica presidencia y ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de declarar que Clemente responderá del pago de una sexta parte de las costas causadas, incluida la parte correspondiente de las generadas a la acusación particular.

#### **FALLO**

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



Que debemos condenar y condenamos al acusado Clemente al pago de una sexta parte de las costas causadas, incluida la parte correspondiente de las generadas a la acusación particular, manteniendo los demás extremos del fallo de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

**Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde**

**Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ