



Roj: **STS 3813/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3813**

Id Cendoj: **28079120012012100432**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2012**

Nº de Recurso: **1424/2011**

Nº de Resolución: **465/2012**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 340/2011,**  
**STS 3813/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección Primera, de fecha 7 de junio de 2011. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Jose Carlos, representado por la procuradora Sra. López Rosés. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Ávila instruyó Procedimiento Abreviado num. 33/06, por delito de **estafa** continuada contra Jose Carlos, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Ávila cuya Sección Primera, en el rollo 15/10 dictó sentencia en fecha 7 de junio de 2011 con los siguientes hechos probados:

*"Se declaran probados por la Sala los siguientes hechos.*

*Primero.- En el mes de octubre de 2003 el acusado Jose Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, que ostentaba la representación de la Asociación Cultural "Star Pinea", y que ésta tenía por teórico objeto social la reforestación de España, ideó con ánimo de enriquecerse a costa ajena el siguiente plan, dirigiéndose al Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares, ofreciendo trabajo a personas desempleadas de la localidad, entrando dentro de ese perfil amas de casa, y, en general, aquellas que quisieran tener una ganancia comercializando unas bolsas que contenían semillas de pino y un logotipo de propaganda de la marca registrada "Siembra Tu Árbol", u otros logotipos.*

*El trabajo, de las que iban a ser seleccionadas, consistía en cortar unas pegatinas de propaganda e introducirlas en las bolsitas con dos piñones, que se entregarían después al acusado rellenas, por un precio que iban pagando en metálico las seleccionadas, pero siendo acreedoras del importe de su trabajo.*

*Segundo.- En un primer momento se sortearon 12 puestos de trabajo en el salón de actos del Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares, resultando elegidas Tomasa, Carmela, Leonor, Violeta, Covadonga, Marcelina, Marí Trini, Eloisa, Nieves, Agueda, Eulalia y Reyes.*

*Después de ello, los contactos entre el acusado y las trabajadoras se realizaba en el bar de la Plaza del pueblo.*

*El acusado convenció a las seleccionadas exhibiendo fotografías de personajes famosos plantando los pinos; y el proyecto, según él, sería distribuir las bolsitas en espectáculos públicos, almacenes, competiciones deportivas, etc., cobrando a las seleccionadas 0,75 € por el material suministrado, y vendiéndolas a 1 €.*

*Las seccionadas formaron grupos de cuatro, siendo una de ellas encargada de grupo.*



En principio, y para ganarse su confianza, el material fue suministrado por Jose Carlos sin coste alguno para ellas, a las que explicó cuál era la forma de trabajo, y después les aportaba el material y les cobraba el precio acordado en efectivo, y sin darlas recibo ni justificación alguna.

Tercero.- Animadas las seleccionadas con desempeñar un trabajo, y en la confianza de que la oferta era seria, pues provenía desde el Ayuntamiento, y por las dotes de persuasión del acusado, comenzaron su cometido, y rellenaron las bolsitas en la forma explicada, abonando a Jose Carlos el precio, ya que él suministraba el material, que, una vez confeccionado o "elaborado" se le volvían a entregar para su comercialización o distribución.

Las trabajadoras o "colaboradoras" rellenaban un recibo que teóricamente pagaría o abonaría la persona que designaba Jose Carlos, que se consignaba en el propio recibo y que, en su mayor parte, los obligados al pago eran Viveros Aldonza o Juan María, Petra, Angustia y Laura, pareja sentimental del acusado.

Juan María era miembro de la Asociación "Star Pinea" y amigo del acusado; Petra había sido contratada por Jose Carlos como auxiliar administrativo y como chófer; y Angustia era otra persona a la que captó el acusado en la provincia de Almería, con las mismas técnicas que a las personas "colaboradoras" de El Hoyo de Pinares.

Cuarto.- Los recibos entregados por las "colaboradoras" que rellenaban las bolsitas, y que eran acreedoras de su importe, se iban entregando a las sucursales de la entidad Banesto y Caja de Ahorros de Ávila en El Hoyo de Pinares, y los Directores de ambas entidades, en principio, recibieron los recibos, descontándoles y abonando a las titulares de los créditos, su importe, con una comisión por el descuento. Abonaban los recibos descontados porque las "colaboradoras" eran clientes de esas entidades, y les merecían confianza.

La operación en Banesto se realizaba en la c/c de Mario que cooperaba con ese Banco en captar clientes, y, por ello, la comisión bancaria era menor.

Pero como los recibos aumentaban, y no existían garantías, ni avales, ni una línea de descuento, las entidades crediticias comenzaron a devolverles impagados.

Jose Carlos acudió a esas dos sucursales alegando que los recibos debían ser descontados y abonado su importe a las acreedoras de los mismos, pero no logró su propósito.

Quinto.- A raíz de los hechos citados, varias trabajadoras y colaboradoras mostraron sus quejas al acusado, quien, en todo momento les aseguró que iban a cobrar, y además les apremiaba a que compraran más material, afirmando que ya no podían abandonar su trabajo si no querían perder el importe de los recibos de los que ya eran acreedoras, ya que alguna quiso dejar la tarea que tenía encomendada.

Las colaboradoras abonaron en metálico a Jose Carlos el material que les suministraba, y que una vez "rellenada" la bolsita en la forma pactada, se la llevaba, según él, para su distribución.

Sexto.- Como los recibos seguían devolviéndose impagados "las colaboradoras" protestaron en el Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares y actuó como mediador el Concejal de dicha Corporación Jesús Ángel, que, además, era Abogado en ejercicio y tenía una gestoría.

Se celebraron varias reuniones en El Hoyo de Pinares, en Madrid, en la provincia de León etc, accediendo Jose Carlos a que les abonaría la mitad de la deuda a "las colaboradoras", firmando los pagarés Petra, por orden de aquél.

Pero cuando llegaba el vencimiento de los pagarés se avisó al Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares para que no negociaran, o ingresaran, los pagarés porque no iban a ser efectivos por falta de fondos.

Séptimo.- Fueron tantas las reclamaciones, incluidas las de Petra, que había firmado los pagarés, que el acusado Jose Carlos firmó un documento de reconocimiento de deuda en fecha 16 de noviembre de 2004 en el que literalmente se dice: "El Sr. Jose Carlos reconoce que los 125 pagarés firmados por la Sra. Petra el 28 de enero de 2004, cuya suma total asciende a 37.755,59 € son total responsabilidad de la Asociación".

Todos los pagarés que firmó Petra no fueron hechos efectivos, subsistiendo en el tráfico alguno de ellos.

En vista de ello, el acusado volvió a renegociar la deuda con el grupo de trabajadoras de El Hoyo de Pinares, emitiendo nuevos pagarés con fecha de vencimiento 20 de junio de 2005 que resultaron también incorrientes por falta de saldo.

Octavo.- Quedó acreditado que cuando se pagaron los primeros recibos, las trabajadoras o colaboradoras destinaron, a abonar con su importe, las nuevas remesas que traía Jose Carlos, hasta que fueron devueltos los recibos, hecho que ocurrió a finales de diciembre de 2003.



En definitiva, las trabajadoras de El Hoyo de Pinares, entre el metálico que abonaron al acusado, en la creencia de que se trataba de un negocio limpio, y algunas que tuvieron que hacer frente a los gastos de devolución, fueron perjudicadas en las siguientes cantidades:

1º) Tomasa era acreedora del acusado por importe de (sic) 7.000 €, recibiendo primeramente un pagaré por la mitad, que no fue corriente, no llegándole a presentar al cobro, siendo sustituido posteriormente por otro pagaré emitido por "Star Pinea" por la totalidad de la deuda, que también resultó incorriente.

2º) Carmela es acreedora del acusado, que actuó como Presidente de "Star Pinea", de 4.154 €. Recibió en primer lugar un pagaré librado por Petra por mitad de la deuda, y al no poderse hacer efectivo, le fue entregado otro pagaré emitido por Star Pinea por el total de la cantidad, con fecha de vencimiento 20 de julio de 2005, que resultó impagado.

3º) Leonor es acreedora del acusado en la cantidad de 3.961,82 €, recibiendo un primer pagaré firmado por Petra por importe de 1.980,91 €, que no presentó al cobro porque fue advertida previamente de que no iba a ser pagado.

4º) Covadonga es acreedora del acusado de la cantidad de 1.903,50 €, y recibió un pagaré librado por Petra por importe de 951,75 € (la mitad de su crédito), y como recibió antes del vencimiento una carta que le advertía que no le presentara al cobro, no lo presentó.

5º) Marcelina es acreedora del acusado de 4.616,64 €, y recibió un pagaré librado por Petra por importe de 2.340,32 €, que no lo presentó al cobro por las mismas razones que la anterior.

6º) Marí Trini es acreedora en la cantidad de 5090 €, y recibió un pagaré suscrito por Petra por importe de 2.545,19 € con fecha de vencimiento de 30 de marzo de 2004, que presentó al cobro, originando unos gastos de devolución de 400 €.

7º) Eloisa es acreedora del acusado en la cantidad de 4.854 €, y recibió un pagaré librado por Petra por la mitad de la deuda, es decir, 2.446,21 €, con vencimiento el 30 de marzo de 2004, que no lo presentó al cobro por las mismas razones que las anteriores.

8º) Nieves es acreedora del acusado en la cantidad de 4.980 €, y recibió primeramente un pagaré suscrito por Petra por la mitad de la deuda; recibiendo un segundo pagaré en sustitución del anterior, librado por Jose Carlos con vencimiento de 26 de julio de 2005, que también resultó impagado.

9º) Agueda es acreedora del acusado en la cantidad de 5.583,60 €, y recibió un pagaré emitido y firmado por Petra por importe de 2.439,02 €, que no lo presentó al cobro al ser advertida de que no iba a ser pagado.

10º) Eulalia es acreedora del acusado en la cantidad de 4.589,82 euros y recibió un pagaré firmado por Petra por importe de 2.220,75 euros con fecha de vencimiento de 30 de Marzo de 2004, que resultó impagado. Se le originaron unos gastos bancarios de 338 euros.

11º) Reyes es acreedora del acusado de 12.050 euros, y recibió un pagaré suscrito por el acusado, en sustitución de otro firmado por Petra .

12º) Gregoria es acreedora del acusado de 3.660 euros en virtud de los pagarés incorrientes que le entregó Jose Carlos , uno de ellos lo recibió a través de Nieves , que resultaron ambos incorrientes. Siendo el primero de vencimiento 22 de Noviembre de 2004, y el segundo de 25 de Mayo de 2005, aunque el recibo inicial fue abonado.

13º) Violeta es acreedora del acusado en la cantidad de 5.716,75 euros. Recibió un pagaré suscrito por Petra por importe de 2.192,97 euros con vencimiento el 30 de Marzo de 2004, y al resultar incorriente rechazó recibir otro pagaré.

Noveno.- Ha quedado acreditado que Jose Carlos conseguía el material que suministraba a las colaboradoras de Eufrosia , esta última titular de la marca "Siembra tu árbol".

Décimo.- Por último, Angustia es otra perjudicada, residente en Huerca-Overa (Almería) al que el acusado le trajo unas bolsas y semillas para que las embolsara y las pusiera un logotipo que le dio, y por ese trabajo Jose Carlos le pagaría 0,67 euros la bolsa. La citada Angustia hacia recibos por determinadas cantidades, y esos recibos se rellenaban con el nombre de las personas que éste decía.

Las bolsas "rellenas" se las llevaba el propio acusado, y hubo un momento en que los recibos que ella giraba comenzaron a venirle devueltos en Noviembre de 2003, sin que haya quedado acreditada la cantidad por la que pudo haber resultado acreedora, pero quedando suficientemente probado que algunos de los recibos que entregaba estaban librados contra alguna de las trabajadoras de El Hoyo de Pinares (Ávila) y contra el captador de clientes de Banesto en la Sucursal de El Hoyo de Pinares (Ávila), teniendo abierta Angustia la cuenta corriente para estas operaciones en la entidad Cajamar de Almería, Plaza de Barcelona nº 5, nº c/c. NUM000 , siendo



desde luego el procedimiento utilizado por Jose Carlos para recibir dinero de la citada titular de la cuenta corriente, el mismo que utilizó con las trabajadoras de El Hoyo de Pinares (Ávila)".

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

Que debemos condenar y condenamos a Jose Carlos , como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de **estafa**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y multa de ocho meses, a razón de 6 euros al día, con una responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular, y a que por vía de responsabilidad civil indemnice:

A Tomasa en la cantidad de 7.000 €.

A Carmela en la cantidad de 4.154 €.

A Leonor en la cantidad de 3.961,82 €.

A Covadonga en la cantidad de 1.903,50 €.

A Marcelina en la cantidad de 4.616,64 €.

A Marí Trini en 5.090 €, más 400 € de gastos bancarios.

A Eloisa en 4.854 €.

A Nieves en la cantidad de 4.980 €.

A Agueda en la cantidad de 5.583,60 €.

A Eulalia en la cantidad de 4.589,82 € más 338 de gastos bancarios.

A Reyes en la cantidad de 12.050 €.

A Violeta en la cantidad de 5.716,75 €.

A Angustia en la cantidad que en ejecución de sentencia quede acreditada.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone al condenado, le será de aplicación el tiempo en que estuvo privado preventivamente de ella.

Notifíquese la presente resolución al acusado personalmente, así como al Ministerio Fiscal y a las partes, con advertencia de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

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

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5 nº 4 de la LOPJ y art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al entender que se produce vulneración de preceptos constitucionales fundamentales para la defensa del recurrente. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5 nº 4 de la LOPJ y art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional al entender que se ha producido en la sentencia y en el procedimiento la vulneración e infracción de preceptos constitucionales referentes a los derechos fundamentales del recurrente. TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 nº 2 de la LECrim . al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 nº 1 de la LECrim . al entender infringidos preceptos penales sustantivos y normas jurídicas referentes a los arts. 248 , 249 y 250 del Código Penal .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 22 de mayo de 2012.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRELIMINAR.** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Avila condenó, en sentencia dictada el 7 de junio de 2011 , a Jose Carlos , como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de **estafa**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y multa de ocho meses, a razón de 6 euros al día, con una responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular, y a que por vía de responsabilidad civil indemnizara a las perjudicadas en distintas cantidades.

Los hechos objeto de condena se resumen, a modo de mera introducción, en que el acusado, en el mes de octubre de 2003, ostentando la representación de la Asociación Cultural "Star Pinea", que tenía por teórico objeto social la reforestación de España, ideó y ejecutó con ánimo de enriquecerse a costa ajena el siguiente plan. Se dirigió al Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares ofreciendo trabajo a personas desempleadas de la localidad, en especial a amas de casa, y, en general, a aquellas que quisieran tener una ganancia comercializando unas bolsas que contenían semillas de pino y un logotipo de propaganda de la marca registrada "Siembra Tu Árbol" u otros logotipos.

El trabajo de las que iban a ser seleccionadas consistía en cortar unas pegatinas de propaganda e introducirlas en las bolsitas con dos piñones, que se entregarían después al acusado rellenas, por un precio que iban pagando en metálico las seleccionadas, pero siendo acreedoras del importe de su trabajo para lo cual cubrían unos recibos que eran presentados en los bancos de la localidad para que fueran descontados. El acusado convenció a las trabajadoras exhibiendo fotografías de personajes famosos plantando los pinos, y el proyecto a realizar, según él, sería distribuir las bolsitas en espectáculos públicos, almacenes, competiciones deportivas, etc., cobrando a las seleccionadas 0,75 € por el material suministrado y vendiéndolas a un euro.

Animadas con desempeñar un trabajo, ante las dotes de persuasión del acusado y en la confianza de que la oferta era seria pues se había hecho a través del Ayuntamiento, comenzaron su cometido y rellenaron las bolsitas en la forma explicada, abonando al acusado el precio por suministrar el material. Una vez confeccionadas se las entregaban al acusado para su comercialización o distribución.

Las trabajadoras de El Hoyo de Pinares, computando el metálico que abonaron al acusado, en la creencia de que se trataba de un negocio limpio, y el pago de los gastos de devolución de los recibos descontados en un primer momento por los bancos, fueron perjudicadas en una suma total que supera los 60.000 euros.

**PRIMERO** . En el **primer motivo** se invoca, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y el art. 44 de la LOTC , la **vulneración del derecho de defensa** . Alega la parte recurrente la infracción de diferentes normas procesales que determinaron la indefensión del acusado y la privación de diligencias de investigación que habrían favorecido sus tesis exculpatorias.

En concreto se aduce que se acumularon a esta causa diferentes diligencias previas procedentes de otros juzgados en las que algunos de los sujetos que colaboraban con el acusado habían formulado denuncias sobre conductas ilícitas de terceras personas que serían los auténticos defraudadores. Se citan al respecto las diligencias previas 30/2005 y 335/2005, correspondientes a los Juzgados de Instrucción nº 1 y nº 3 de Avila, respectivamente, y de forma especial se hace hincapié en las diligencias previas 7684/2007 del Juzgado de Instrucción nº 1 de León, que acabaron acumulándose a la presente causa.

Pues bien, esas últimas diligencias previas procedentes del Juzgado de León en las que tanto incide la parte recurrente como evidenciadoras de la conducta ilícita de los empleados bancarios que acabaron determinando la defraudación denunciada, figuran unidas en los folios 1206 y ss. de la presente causa. Fueron iniciadas mediante una denuncia que presentó Juan María (folios 1207 y ss.) por delito de "encubrimiento continuado y ocultación de evidentes delitos financieros" que considera perpetrados con la necesaria intervención de los apoderados de la sucursal nº 54 de Caja Avila. En concreto les atribuye a los empleados de esa entidad la emisión continuada de recibos falsos utilizando a testaferros de la localidad de El Hoyo de Pinares.

El referido denunciante, que estuvo también imputado en esta causa, desplaza la responsabilidad de los hechos a los empleados bancarios que descontaron algunos de los recibos en las entidades de El Hoyo de Pinares. El Juzgado de León se inhibió por auto de 19 de diciembre a favor del Juzgado Decano de Avila (folio 1211 de la causa) y el Juzgado de instrucción nº 4 de Avila, que tramitaba las diligencias principales, acumuló aquellas a estas por auto de 8 de febrero de 2008 (folio 1206).

Pues bien, en contra de lo que alega el recurrente, esa denuncia y las otras presentadas para endosar la responsabilidad de los hechos a los empleados de las entidades bancarias, no prosperaron debido a que en el curso de las diligencias practicadas en la causa principal se comprobó que no concurrían indicios contra los teóricos responsables que se reseñaban genéricamente en los escritos de denuncia, pues ni aquellos



ni las personas que presentaron a descuento los recibos aparentaban ser autores de conductas delictivas, apuntando todos los datos indiciarios a que se trataba de las auténticas víctimas. Tan es así que cuando el denunciante Juan María y otras personas que habían colaborado con el acusado en la gestión de la adquisición y venta de las bolsitas pretendieron personarse en la causa como perjudicados, el Juez de instrucción se lo denegó por providencia de 9 de julio de 2009 (folios 1324 a 1331 de la causa).

En otro orden de cosas, señala la parte recurrente que el auto de transformación del procedimiento abreviado que se dictó contra el acusado con fecha de 3 de mayo de 2006 (folios 546 y ss. de la causa) fue revocado por la Audiencia Provincial el 7 de septiembre de 2006 (folios 660 y ss.). Por lo cual, se tuvo que dictar un nuevo auto de transformación el 11 de junio de 2008 (folios 1267 y ss.), auto que tendría, según la defensa, que considerarse nulo, toda vez que no determina cuáles son los hechos objeto de imputación, incumplándose así lo preceptuado en el art. 779.4º de la LECr. (folios 660 y ss.).

Tiene razón la parte recurrente cuando alega que el auto de transformación incurre en una omisión que contraviene lo dispuesto en el referido precepto de la ley procesal penal, pues el Juez de Instrucción debió haber dictado una resolución en la que se concretaran cuáles eran los hechos subsumibles en el delito de **estafa** que, indiciariamente, se le atribuía al acusado, máxime cuando la Audiencia ya le había revocado el anterior auto de transformación por incurrir en infracciones procesales.

Ahora bien, tal omisión no es suficiente para declarar la nulidad de la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar la referida resolución. Para que se adoptara una decisión de tan drásticas consecuencias procesales sería preciso que la infracción procesal hubiera generado una indefensión material del acusado que repercutiera en las fases procesales posteriores y que, por lo tanto, acabara afectando a la sentencia. Ello no sucede, sin embargo, en el presente caso.

En efecto, en primer lugar el acusado no recurrió en reforma ni en apelación el auto de transformación que ahora cuestiona, evidenciando esa falta de impugnación que no consideraba sustancialmente cercenado su derecho de defensa. Y tampoco después, al inicio de la vista oral del juicio, alegó ningún vicio procesal relativo a esa resolución que le limitara el ejercicio de sus derechos procesales en el devenir de la tramitación de la causa.

Por lo demás, los hechos concretos que se le imputan le habían sido puestos de manifiesto con motivo de las declaraciones que prestó en la causa. Ello significa que sí conocía desde un primer momento las imputaciones fácticas de las que tenía que defenderse, imputaciones que se referían a unas acciones relacionadas con unos hechos muy singulares de los que él tenía perfecto conocimiento, con independencia de que no estuviera de acuerdo con el carácter incriminatorio que les atribuía el juez instructor.

Así las cosas, es claro que no puede prosperar este primer motivo de impugnación.

**SEGUNDO** . En el **motivo segundo** , con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 44 de la LOTC , se queja el recurrente porque la sentencia de instancia vulnera los derechos fundamentales a la **tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada** , alegando al respecto que el abogado Iván de Miguel Pérez, que le defendió en una fase determinada del proceso, no se hallaba colegiado y, además, asistió a otras personas en esta misma causa con posiciones contrarias a la suya, quedando así indefenso.

Dos son por tanto los aspectos que cuestiona en orden a la infracción de su derecho de defensa: la falta de colegiación del referido letrado durante el tiempo en que lo asistió, y, en segundo lugar, que llevó al mismo tiempo la defensa de otros imputados con intereses incompatibles con los suyos.

En lo que atañe al primer extremo, argumenta el recurrente que en el rollo de procedimiento abreviado 15/2010, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Avila (Tomo V de la causa), figura un informe del Consejo General de la Abogacía Española de fecha 11 de febrero de 2010, en cuyo párrafo tercero dice que el letrado Iván de Miguel Pérez se encontraba de baja desde el día 16 de octubre de 2008, situación en la que permanecía en ese momento, sin que constara que estuviera dado de alta en ningún Colegio de Abogados del Estado español.

Con base en ello, alega el recurrente que no podía actuar o ejercer como abogado, pese a lo cual sí lo defendió a él, presentando también un escrito el 24 de junio de 2009 en nombre de Juan María , Eufrasia y Laura , en el que solicitaba su personación como perjudicados en la presente causa (folios 1324 a 1330, tomo IV de la causa). Y con posterioridad, el 22 de diciembre de 2009, formuló escrito de calificación provisional en nombre del ahora recurrente (folios 1387 al 1390 de la causa).

Pues bien, consta en las actuaciones que ante la advertencia del recurrente sobre la posible actuación irregular del referido letrado, la Audiencia Provincial de Avila ofició al Consejo General de la Abogacía y al Colegio de Abogados de Tenerife, informando este que figura en él inscrito como abogado ejerciente el referido letrado. Ante lo cual, el Colegio General matizó su informe y precisó que "no es posible garantizar la absoluta actualidad



y vigencia de dichos datos, debido a posibles desfases de información de datos más actuales que puedan constar en los colegios".

A tenor de lo que antecede no puede acogerse como probado que el referido letrado no estuviera colegiado como ejerciente en las fechas que cita el impugnante. A ello ha de sumarse que tampoco se acredita que este sufriera una situación de indefensión, dado que la intervención que hizo el letrado asistiendo al acusado, que consistió en la elaboración del escrito de calificación provisional, se ajusta perfectamente a los cánones técnico-jurídicos que se exigen a un escrito de esa naturaleza en la práctica habitual del foro (ver folios 1387 y ss. de la causa).

De otra parte, y en lo que concierne a la alegación de intereses incompatibles o contrapuestos en la actuación profesional del referido letrado, tampoco se ajusta a los datos que obran en la causa. Pues si bien es cierto que el abogado Iván de Miguel presentó escrito el 24 de junio de 2009 en nombre de Juan María , Eufrasia y Laura , solicitando la personación de estos como perjudicados en la presente causa, la realidad es que, según ya hemos reseñado en su momento, esa personación le fue denegada al estimar el juez que no constaba la condición de perjudicados de los sujetos que pretendían personarse, dictándose providencia en tal sentido el 9 de julio de 2009 (folio 1331, Tomo IV).

Siendo así, es claro que cuando el letrado comenzó a asistir profesionalmente al acusado a partir del 26 de noviembre de 2009 no representaba interés alguno de otras personas dentro del proceso, no pudiéndose por tanto afirmar que hubiera llegado a asistir en la misma causa a dos sujetos distintos con intereses incompatibles.

Por lo demás, tampoco se ajusta a la realidad procesal la alegación de que los intereses de esas dos partes fueran contrarios, habida cuenta que el referido escrito de personación en nombre de Juan María , Eufrasia y Laura supone realmente, una vez que se examina su contenido, una defensa efectiva de los intereses del propio acusado, especialmente si se pondera que en el primer otrosí se solicita el levantamiento de la imputación respecto al mismo. Y es que no puede olvidarse que los tres referidos sujetos habían trabajado como intermediarios del recurrente en la distribución de las bolsitas; hasta el punto de que en una primera fase del proceso llegaron a figurar como imputados e incluso se transformó el procedimiento contra ellos por auto de 3 de mayo de 2006 (folios 546 y ss. de la causa).

En consonancia con todo lo anterior, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO** . En el *motivo tercero* se invoca, al amparo del art. 849.2º de la LECr ., la existencia de **error en la apreciación de la prueba** basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 ).

Pues bien, en el presente caso la defensa no cita ningún documento de ninguna índole susceptible de apoyar sus tesis exculpatorias. Se limita a insistir en su versión de los hechos, afirmando que fueron otras personas las que defraudaron al recurrente y a quienes colaboraron con los comerciantes que les entregaban las bolsas ( Juan María , Eufrasia y Laura ), versión que quedaría apoyada por el desfase entre el número de bolsas comercializadas y el número de recibos objeto de reclamación. Añade, además, que una de las personas responsables es la acusada que se halla en rebeldía, Petra , que vendió bolsas en El Hoyo de Pinares sin tener la autorización de la asociación "Star Pinea".

La omisión de la cita de cualquier documento acreditativo del error probatorio que alega es suficiente para desestimar el motivo. La parte hace una referencia genérica al acta de la vista oral del juicio, pero, estuviera o no grabada, lo cierto es que el acta del juicio no tiene la condición de documento a los efectos del art. 849.2º de la LECr .

Debe por tanto desestimarse este tercer motivo de impugnación.



**CUARTO** . Dedicar la parte recurrente el **cuarto motivo** a denunciar por la vía del art. 849.1º de la LECr . la **infracción de los arts. 248 , 249 y 250 del C. Penal** . Alega que no concurren los elementos del delito de **estafa** que le ha sido aplicado, cuestionando de forma específica la existencia de engaño, si bien no aporta apenas argumentos, limitándose a exponer que la operación se inició con la intermediación del Ayuntamiento de El Hoyo de Pinares y que el acusado intentó arreglar el conflicto mediante la entrega de varios pagarés, alguno de los cuales fue pagado, saldándose una parte importante de las bolsas vendidas a las vecinas de la referida localidad.

Los elementos que estructuran el **delito de estafa** , a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes: **1)** La utilización de un **engaño previobastante** , por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico ( *primer juicio de imputación objetiva* ); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. **2)** El engaño ha de desencadenar el **error** del sujeto pasivo de la acción. **3)** Debe darse también un **acto de disposición** patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. **4)** La conducta engañosa ha de ser ejecutada con **dolo y ánimo de lucro** . **5)** De ella tiene que derivarse un **perjuicio** para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa ( *nexo causal o naturalístico* ) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo ( *relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva* ).

Pues bien, en el supuesto enjuiciado se especifica en el relato de hechos probados -ahora inamovible a tenor del cauce procesal utilizado- que el acusado convenció a las seleccionadas exhibiendo fotografías de personajes famosos plantando los pinos, explicándoles a las candidatas que el proyecto a ejecutar consistía en distribuir las bolsitas con las semillas de pino en espectáculos públicos, almacenes, competiciones deportivas, etc. Les cobraría a las seleccionadas 0,75 € por cada bolsita que se les suministrara, vendiéndolas después el acusado a un euro. En principio, y para ganarse su confianza, el material fue suministrado por Jose Carlos sin coste alguno para ellas y después comenzó ya a entregarles el material y a cobrarles en efectivo el precio acordado, sin darles recibo ni justificación alguna. Las personas seleccionadas -señala la sentencia- se animaron al poder desempeñar un trabajo confiadas de que la oferta era seria, pues los contactos se habían iniciado en los locales del Ayuntamiento, y, dadas las dotes de persuasión del acusado, comenzaron su cometido y rellenaron las bolsitas en la forma que les explicaron, abonando a Miguel el precio, ya que él suministraba el material, que, una vez confeccionado o "elaborado" se lo volvían a entregar para su comercialización o distribución.

También se dice en el "factum" que las trabajadoras o "colaboradoras" rellenaban un recibo que teóricamente pagaría o abonaría la persona que designaba Jose Carlos , que se consignaba en el propio documento. Los que figuraban como obligados al pago de los recibos eran Juan María , Petra , Angustia y Laura , pareja sentimental del acusado. Y si bien en las primeras fechas los recibos fueron descontados por las entidades bancarias de la localidad (Caja Avila y Banesto) porque las trabajadoras eran clientes de esas entidades y les merecían confianza, al no responder después de su pago el acusado las entidades crediticias los devolvieron impagados.

Es cierto que, ante las protestas de las ahora denunciadas debido a la importante cantidad impagada, el acusado suscribió pagarés con la apariencia de que así se saldaba la deuda. Sin embargo, esos pagarés no fueron abonados por no hacer frente a ellos el recurrente. Y si bien un número importante de los mismos los suscribió la imputada en rebeldía Petra , el propio acusado firmó un documento, tal como se dice en la sentencia, en el que " *reconoce que los 125 pagarés firmados por la Sra. Petra el 28 de enero de 2004, cuya suma total asciende a 37.755,59 €, son total responsabilidad de la Asociación* ".

Por consiguiente, aunque el acusado emitió pagarés por cuenta de la asociación y reconoció la existencia de la deuda, lo cierto es que no hizo frente a ella. Por lo cual, las trabajadoras de El Hoyo de Pinares, computando el metálico que abonaron al acusado, en la creencia de que se trataba de un negocio limpio, y el pago de los gastos de devolución de los recibos descontados en un primer momento por los bancos fueron perjudicadas en una suma total que supera los 60.000 euros.

Así las cosas, no puede cuestionarse la concurrencia de los elementos del delito de **estafa**, pues el acusado recibió importantes sumas de dinero procedentes de las trabajadoras de El Hoyo de Pinares a sabiendas de que no iba a devolverlas, ignorándose el destino que le dio a ese dinero y lo que hizo con él, pero desde luego no lo devolvió a las denunciadas, ni siquiera en la parte correspondiente al costo del material que anticiparon las trabajadoras con su propio dinero, dejándoles así de abonar tanto el dinero que adelantaron como las sumas correspondientes al trabajo desarrollado.





La defensa hace especial hincapié en que el recurrente actuó sin ánimo de engañar y que por lo tanto no consta el engaño como elemento indispensable del delito. Sin embargo, el hecho de que estuviera recibiendo el dinero durante meses con pleno conocimiento de que no iba a devolverlo constata de forma inequívoca una conducta engañosa, máxime si se pondera la importante cantidad recibida y el importe total defraudado.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de **estafa** tiene que ser un **engaño precedente, bastante y causante**. En cuanto al requisito del engaño *precedente*, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación ( SSTS 580/2000, de 19-5; 1012/2000, de 5-6; 628/2005, de 13-5; y 977/2009, de 22-10 ).

También tiene dicho esta Sala que en el delito de **estafa** se requiere la utilización de un engaño previo *bastante*, por parte del autor, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean el hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero ( STS 288/2010, de 16-3 ).

En el supuesto enjuiciado es claro que el acusado convenció directamente y también mediante intermediarios a las trabajadoras de El Hoyo de Pinares para que anticiparan un dinero y un trabajo siendo plenamente consciente que no se lo iba a devolver, a tenor de cómo se iban desarrollando los acontecimientos. Utilizó como señuelo la apariencia de una distribución de unas bolsitas con semillas cuyo destino final se desconoce y un teórico plan de reforestación que presentó como un negocio seguro y con unos fines claramente beneficiosos para los intereses generales, y anunció como colaboradores de su campaña a personajes conocidos.

El engaño antecedente resultó, pues, idóneo y bastante para generar el error en las víctimas, que aportaron su dinero y su trabajo, consiguiendo de esta forma el acusado el desplazamiento patrimonial como materialización del riesgo doloso que conllevaba su conducta, que acabó determinando un perjuicio importante para las trabajadoras y un beneficio o lucro ilícito correlativo para el acusado. Sin que ello quedara paliado por la entrega de unos pagarés que suponían nada más que una huida hacia delante del autor de la defraudación y una dilación a la hora de hacer frente a sus responsabilidades, sin relevancia ninguna en el caso concreto, dado que resultaron en su mayoría impagados.

Por lo demás, concurren en el caso los requisitos que reiterada jurisprudencia requiere para apreciar la modalidad del delito continuado ( SSTS 1038/2004, de 21-9; 820/2005, de 23-6; 309/2006, de 16-III; 553/2007, de 18-6; y 8/2008, de 24-1, entre otras). Pues el acusado ejecutó una pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables, siguiendo un plan preconcebido, en cuyo cumplimiento actuó con dolo de conjunto con el fin de perjudicar a las distintas víctimas; el modus operandi fue homogéneo y concurrió también una conexidad espacio-temporal; y, por último, vulneró con sus reiteradas acciones fraudulentas la misma norma penal.

En consecuencia, y al concurrir todos los elementos del delito de la **estafa**, el motivo ha de ser rechazado.

**QUINTO**. En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia ( art. 901 de la LECr. ).

### III. FALLO

**DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de Jose Carlos contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Avila, Sección Primera, de fecha 7 de junio de 2011, dictada en la causa seguida por delito continuado de **estafa**, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ