



Roj: **STS 5923/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5923**

Id Cendoj: **28079120012013100970**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2013**

Nº de Recurso: **673/2013**

Nº de Resolución: **953/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4500/2010,**
STS 5923/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales de de los acusados **Alejo y Doroteo** , contra Sentencia núm. 1663/12, de 20 de diciembre de 2012 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 18/2010 PA. dimanante del P.A. núm. 7297/05 del Juzgado de Instrucción núm. 25 de los de Madrid, seguido por delito de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito de **estafa** contra Alejo , Doroteo y Leandro ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por: Alejo por el Procurador de los Tribunales Don Joaquín de Diego Quevedo y defendido por el Letrado Don Pablo Molina Borchert, y Doroteo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Pilar Plaza Frías y defendido por el Letrado Don José B. Plaza Frías, y como recurrido la Acusación particular AZATA, SA representada por el Procurador de los Tribunales Don Gustavo García Esquilas y defendido por el Letrado Don Enrique Rodríguez de Céspedes.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid incoó P.A. núm. 7297/05 por delito de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito de **estafa** contra **Alejo , Doroteo y Leandro** , y una vez concluso lo remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 20 de diciembre de 2012 dictó Sentencia núm. 1663/12 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Único.- En torno del verano de 2002 y con el fin de llevar a cabo determinado negocio que, entre otras finalidades, habría de tener por objeto el hecho de que Alejo no perdiera determinada inversión hecha en el local sito en la Avenida de Europa núm. 27 de Aravaca (Madrid), Alejo y Doroteo se concertaron para continuar con el arriendo del referido local propiedad de la entidad AZATA, SA.

Con tal propósito, Doroteo -actuando como persona interpuesta por Alejo - se presentó en las oficinas de AZATA SA, a interesarse por el arriendo del local entrevistándose, fundamentalmente, con Julia , que era la persona de la entidad AZATA, SA que se encargaba de tales gestiones.

De las distintas operaciones que se barajaron se optó por asumir Doroteo -que no lo haría personalmente sino a través de determinada entidad DISWEB TV, de la que era Administrador Único- las rentas pendientes del antiguo arrendador, la entidad Inversora Patrimonial de Equipamientos Comerciales SL, y suscribir un nuevo contrato de arrendamiento.



Con tal finalidad AZATA SA proporcionó a Doroteo la documentación necesaria para celebrar el contrato, se firmó una reserva sobre el mismo el día 1 de agosto de 2002, y se indicó claramente la imposición de una condición indispensable para la celebración del contrato de arrendamiento como lo habría de ser la presentación de determinado aval bancario para garantizar las resultas del desenvolvimiento económico del contrato proporcionándose al tal fin, a Doroteo , determinado modelo.

Es posible que Leandro , Letrado en ejercicio que habría de asesorar a Alejo - examinara tal documentación.

Así las cosas, Alejo y Doroteo de común acuerdo confeccionaron determinado documento de aval, realizado por alguno de los dos o por persona a su encargo, reproduciendo determinados impresos, haciéndose pasar por apoderados de DISWEB TV, SL por el que el Banco Europeo de Finanzas avalaba a la entidad arrendataria por la cifra de 26.745 euros, documento que entregó Doroteo a AZATA SA dando pie a la firma del contrato, cosa que se produjo el día 1 de septiembre de 2002.

Celebrado el contrato mencionado, el arriendo tuvo una vida más o menos accidentada hasta el mes de octubre de 2004 en que dejaron de abonarse los recibos.

Tal hecho determinó la presentación por parte del arrendador de determinada demanda de desahucio que dio lugar al Juicio verbal de desahucio registrado con el núm. 1215/2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Madrid, que concluyó por sentencia estimatoria de 10 de febrero de 2005 que ordenó el lanzamiento.

Ante la existencia de cantidades impagadas -que habrían de ascender a la cifra de 19.110,16 euros- AZATA, SA ejecutó el aval, para lo cual requirió de pago al Banco Europeo de Finanzas en septiembre de 2005, replicándole ésta última entidad que el aval por el que el arrendador pretendía hacer efectivo el crédito era falso.

Por tal razón la cantidad anteriormente mencionada no pudo ser recuperada por AZATA, SA.

No consta, en los términos que seguidamente se va a examinar, la participación de Leandro en los hechos que se acaban de relatar."

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

"Condenamos a DON Alejo y DON Doroteo como autores ambos criminalmente responsables de un delito de **estafa** y de otro delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a cada uno de ellos a las siguientes penas:

- Por el delito de falsedad a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN y MULTA DE TRES MESES con una cuota diaria de 4 euros -con responsabilidad personal de un día de privación de libertad o una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad por cada 8 euros impagados- y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por el delito de **estafa** a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

En concepto de responsabilidad civil Don Alejo y Don Doroteo deberán indemnizar solidariamente y de manera conjunta la entidad AZATA, SA en la cantidad de 17.433,97 euros.

Don Alejo deberá pagar una tercera parte de las costas del proceso excluidas las de la acusación particular en tanto ésta no ha dirigido acusación contra el mismo.

Don Doroteo , también deberán satisfacer una tercera parte de las costas procesales incluyendo las de la acusación particular.

ABSOLVEMOS a DON Leandro de los delitos antes mencionados por los que había venido siendo acusado por el Ministerio Fiscal, así como del resto de pretensiones deducidas en su contra, declarando de oficio, si las hubiere, un tercio de las costas procesales restantes causadas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales."

TERCERO.- La anterior resolución lleva aparejado un Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Luis Sánchez Trujillano, entendiendo que la resolución del proceso debería dar lugar a una Sentencia absolutoria.

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por las representaciones legales de los acusados **Alejo y Doroteo** , 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.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Alejo , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:



Único.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECrim ., por inaplicación de la prescripción de los hechos conforme a los arts. 2.2 , 130 , 131 y 132 del C. penal , en su redacción el art. 131 vigente hasta la LO 5/2010 .

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Doroteo se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Único.- Por quebrantamiento de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de los preceptos contenidos en los arts. 130 a 132 del C. penal en relación con los artículos 392 y 248 , 249 y 250 y el art. 2.2 del mismo texto legal por inaplicación al concurrir la causa de prescripción de la responsabilidad criminal de mi representado.

SEXTO.- Es **recurrido** en la presente causa la Acusación particular, la entidad **AZATA, SA**, que se persona por escrito de 2 de abril de 2013.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y apoyó el mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 4 de junio de 2013; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 5 de diciembre de 2013, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Décimo-Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Doroteo y a Alejo como autores criminalmente responsables de un delito de **estafa** y otro de falsedad documental, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Ambos recurrentes han formalizado un único motivo por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849- 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , considerando que los hechos enjuiciados están prescritos, invocando expresamente los artículos 2.2 , 130 , 131 y 132 del Código Penal .

El Ministerio Fiscal ha apoyado brillantemente este motivo y nosotros juzgamos procedente su estimación.

Los hechos probados, intangibles en esta instancia casacional, dado el cauce que autoriza el motivo, narran que los acusados hoy recurrentes con intención de obtener ilícitamente el uso de un local comercial arrendaron el mismo a su titular dominical, la entidad mercantil AZATA, S.A. el día 1 de septiembre de 2002, ofreciendo como instrumento de su ardid un aval bancario falso que garantizaba el pago de las rentas, sin cuya aportación no se hubiera cerrado el trato. En 2004 dejan de pagarse las rentas, se produce el desahucio y se conoce la falsedad documental que entrañaba tal garantía. El día 29 de marzo de 2006 el Juzgado de Instrucción ordena la citación a los imputados en tal condición procesal.

Varios puntos jurídicos han de ser tomados en consideración para resolver el motivo. En primer lugar, la naturaleza de la prescripción como una institución de índole sustancia que puede ser apreciada de oficio en cualquiera de las instancias por las que atraviese un asunto. Sobre el particular, y en lo que respecta al momento de apreciación, la STS 71/2004 de 2 de febrero , citando a la STS 222/2002 , se refiere a la *inconveniencia de anticipar «cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas»*. En la STS 224/2002, de 12 de febrero se reconoce *la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (v. SS de 27 de junio de 1986 , 14 de diciembre de 1988 , 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995 , entre otras muchas)*.

Siendo ello así, es conveniente estudiar tanto el correspondiente *dies a quo* , como el *dies ad quem* y el plazo de prescripción.

Respecto del primero, la Sala sentenciadora de instancia lo residencia en la fecha en que se dejaron de pagar las rentas, aun cuando reconoce que el acto dispositivo -elemento constitutivo de la **estafa**- ha de situarse en la cesión del uso de ese local comercial, cesión -dicen los jueces «a quibus»- que persiste por lo menos hasta que fue lanzado Doroteo en mayo de 2005. Y para fijar esa fecha, aplican el art. 132 del Código Penal , que para el caso de los delitos permanentes establece como cómputo inicial de la prescripción el momento en que se elimina la situación ilícita.

Señala, sin embargo, nuestra jurisprudencia que el plazo de prescripción comienza a computarse desde el momento de su consumación, lo cual, en el de **estafa**, ocurre cuando se ejecuta el acto de disposición que



causa el daño patrimonial, es decir, en el momento en el que el bien o valor objeto del delito pasa a disposición del autor (STS 512/2008 , STS 766/2003 y STS 1082/2011, de 20 de octubre). Luego, desde el día 1 de septiembre de 2002, fecha en que el local pasa a manos de los infractores.

Respecto del *dies ad quem* no hay polémica, se considera por todos tal fecha aquella en que se dictó tal resolución judicial motivada, y no vamos a entrar aquí en mayores disquisiciones. Esto es, la providencia de 29 de marzo de 2006.

En cuanto al plazo prescriptivo, concurren tres legislaciones: el Código Penal originario de 1995, sitúa el plazo de prescripción de un delito básico de **estafa** el de cinco años; la LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1-10-2004, al bajar la pena del delito de **estafa** básico, también se reduce el plazo de prescripción, y queda éste situado en tres años, y la LO 5/2010, que al suprimir tal plazo de tres años, por uno general mínimo de cinco años (a salvo los delitos de injuria y calumnia), lo sitúa en cinco años.

La jurisprudencia considera que debe ser aplicada la ley penal intermedia más beneficiosa para el reo, no solamente por razones humanitarias derivadas del principio proclamado en el art. 2.2 del Código Penal , sino que se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle, resultando de ese modo en peor situación. Sentencias del Tribunal Supremo como la 140/2002, de 8 de febrero , o la 692/2008, de 4 de noviembre , abogan por esta solución, que aquí igualmente acogemos.

Siendo, pues, el plazo de tres años, vamos a ver ahora los subtipos agravados previstos en el art. 250, apartados 3º y 6º. El de cuantía, no concurre indiscutiblemente (6º), y aquel correspondiente a que la **estafa** se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio (3º), éste derogado por la LO 5/2010 , indudablemente tampoco, pues el concierto de un contrato de arrendamiento de local de negocio, garantizado mediante aval bancario, no puede ser considerado un negocio jurídico cambiario.

En cualquier caso, al haber calificado la Audiencia los hechos como delitos de **estafa** y falsedad en documento mercantil, es aplicable el Acuerdo Plenario de fecha 26 de octubre de 2010, a cuyo tenor: *"Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado"*.

De manera que siendo el plazo de tres años, el "dies a quo" el 1 de septiembre de 2002, y el "dies ad quem" el 29 de marzo de 2006, entre una y otra fecha, han transcurrido más de los referidos tres años, y en consecuencia, el motivo tiene que ser estimado, declarando la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción, y de oficio las costas procesales de esta instancia casacional; queda, pues, expedita la vía civil.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de de los acusados **Alejo y Doroteo** , contra Sentencia núm. 1663/12, de 20 de diciembre de 2012 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus recursos.

En consecuencia casamos y anulamos la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente dictamos, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, intersándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil trece.



El Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid incoó P.A. núm. 7297/05 por delito de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito de **estafa** contra **Alejo** , de nacionalidad española, nacido en Madrid el día NUM000 de 1959, hijo de Juan Alberto y de Ángela , con domicilio en la CALLE000 núm. NUM001 NUM002 NUM003 , Las Matas.Las Rozas (Madrid), con DNI núm. NUM004 , sin antecedentes penales , **Doroteo** , de nacionalidad española, nacido en Madrid, el día NUM005 de 1959, hijo de Edemiro y de María , con domicilio en la CALLE001 núm. NUM006 NUM002 NUM007 de Madrid, con DNI núm. NUM008 , sin antecedentes penales y **Leandro** , de nacionalidad española, nacido en Puertollano, el día NUM009 de 1959, hijo de Edemiro y de Andrea , con domicilio en la CALLE002 de Madrid, con DNI núm. NUM010 , sin antecedentes penales , y una vez concluso lo remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 20 de diciembre de 2012 dictó Sentencia núm. 1663/12 , la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de los acusados Alejo y Doroteo , y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

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.- Se deja sin efecto la relación de hechos probados de la Sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de declarar extinguida la responsabilidad criminal de Doroteo y Alejo , por la concurrencia de prescripción de la acción, todo ello declarando de oficio las costas procesales de la instancia.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Doroteo y a Alejo de los delitos de **estafa** y falsedad documental mercantil al concurrir la extinción de responsabilidad criminal por prescripción de la acción, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Edemiro Ramón Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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