



Roj: **STS 284/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:284**

Id Cendoj: **28079120012020100058**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2020**

Nº de Recurso: **2307/2018**

Nº de Resolución: **31/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2795/2018,**  
**STS 284/2020**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Sentencia núm. 31/2020

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2307/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla. Sección Cuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2307/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Sentencia núm. 31/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 4 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación 2307/2018 interpuesto por PALCLIMA, S.L, representado por el procurador DON ANDRÉS ESCRIBANO DEL VANDO bajo la dirección letrada de DON JOSÉ MANUEL TOBOSO SOLIS, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, en el Rollo de Procedimiento Abreviado 7640/2016, en el que se acuerda la prescripción y la absolución de Gustavo como autor penalmente responsable de un delito de estafa, de los artículos 248, 249 y 250.5 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y Gustavo representado por DON ADRIÁN DÍAZ MUÑOZ y bajo la dirección letrada de DOÑA AMELIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El Juzgado de Instrucción número 13 de los de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado por delito de estafa, contra Gustavo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta. Incoado el Procedimiento Abreviado 7640/2016, con fecha 8 de junio de 2018 dictó sentencia número 272/18 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"*PRIMERO.*- El 13/03/2013, la mercantil PALCLIMA S.L. presentó denuncia contra Gustavo (mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan) y Piedad (respecto a quien se sobreseyó provisionalmente la causa por auto de fecha 31/08/2015).

En dicha denuncia se indicaba -entre otros hechos- que, en octubre de 2007, PALCLIMA S.L. fue contratada verbalmente por Gustavo para la ejecución de determinados trabajos de climatización en una nave industrial, recibiendo a cuenta por parte del denunciado la cantidad de 3.000 euros. Por los trabajos realizados -continuaba la denuncia-, el 14/11/2007 PALCLIMA S.L. emitió factura por importe total de 51.511'06 euros, incluyendo los 3.000 euros entregados como anticipo y quedando por tanto pendiente de pago la cantidad de 48.511'06 euros.

*SEGUNDO.*- Por auto de 13/03/2013, el Juzgado de Instrucción nº 20 de Sevilla incoó Diligencias Previas, si bien se turnaron por reparto al Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla, que incoó a su vez Diligencias Previas por auto de 03/04/2013, acordando obtener información mercantil y registral, así como recabar de otro Juzgado testimonio de determinado procedimiento cambiario.

El 08/05/2013, el Juzgado instructor decretó el sobreseimiento provisional de la causa, que la Audiencia Provincial de Sevilla revocó por auto de 10/07/2014.

Por providencia de 07/08/2014, el Juzgado instructor acordó recibir declaración a Gustavo en calidad de imputado.

*TERCERO.*- En sus respectivos escritos de conclusiones provisionales, tanto el Ministerio Fiscal como la acusadora particular PALCLIMA S.L. calificaron coincidentemente los hechos como constitutivos de un delito de estafa contemplado en los artículos 248, 249 y 250.5 del Código Penal.

Por auto de 20/06/2016, el Juzgado instructor acordó la apertura del juicio oral por ese mismo delito en idénticos términos interesados por ambas acusaciones."

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

"Estimando la cuestión previa planteada por la defensa, declaramos la PRESCRIPCIÓN del presunto delito de estafa objeto de acusación, absolviendo del mismo a Gustavo .

Declaramos de oficio las costas procesales causadas, quedando sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieran adoptado con el acusado."

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de PALCLIMA, S.L., anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.** - El recurso formalizado por PALCLIMA, S.L., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 250.5 del Código Penal.



Segundo. - Por **infracción** de Ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que no han sido contradichos por otras pruebas.

Tercero. - Por **infracción** de ley, por la vía del artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva .

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 18 de septiembre de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 28 de enero de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Se recurre en casación la sentencia número 272/18, de 08/06/2018, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se ha absuelto a quien fue acusado de un delito de estafa por considerar que la **infracción penal** denunciada estaba prescrita.

Los tres motivos del recurso, en los que se denuncia una **infracción** de ley, a través del cauce impugnativo del artículo 849.1 de la LECrim, versan sobre la misma cuestión, por lo que van a ser resueltos conjuntamente.

En el primero de los motivos se ha denunciado la vulneración del artículo 250 del Código **Penal** porque la recurrente considera que la cuantía de la estafa fue de 50.119,55 €, cuestión de suma relevancia en relación con la prescripción declarada en la sentencia. Se afirma que no ha sido aplicado el artículo 726 de la LECrim en cuanto que se debe dictar sentencia por lo probado en el juicio y no en función de las manifestaciones de las partes en sus escritos de conclusiones provisionales. Esa misma cuestión se ha planteado en el motivo segundo del recurso, en el que se afirma que hubo aprovechamiento de la credibilidad empresarial y apariencia de solvencia del sujeto activo del delito, describiéndose con detalla la dinámica delictiva y el perjuicio finalmente causado y, por último, en el tercer motivo del recurso se ha censurado la sentencia por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse dictado sentencia, resolviendo como cuestión previa la prescripción de la **infracción**, sin proceder a la práctica de prueba y sin permitir la formulación de las conclusiones definitivas, lo que ha conducido a la adopción de una decisión precipitada, sin valorar a fondo las circunstancias concurrentes y con omisión del trámite de audiencia.

**SEGUNDO.** - El Tribunal Constitucional ha declarado que la prescripción **penal**, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción **penal**. Dicho instituto, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica, si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores ( STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados" (SSTC STC 195/2009, 28 de septiembre, 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3 , y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

Desde antiguo esta Sala viene diciendo que la prescripción puede ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso. En efecto, en la STS de 18/12/1991 indicamos que la prescripción "puede resolverse como cuestión previa por auto de sobreseimiento libre" y en sentencias anteriores ( SSTS de 1 de febrero de 1968, 22 de febrero de 1985, 21 de septiembre de 1987, 25 de abril de 1988 y 2 de diciembre de 1989) dijimos que la prescripción puede apreciarse de oficio por el órgano jurisdiccional, pues, entre otras razones, a diferencia de la civil que es una excepción cuyo ejercicio queda sometido a la voluntad de las partes, aquí, en el proceso **penal** el interés público que sirve de fundamento a las leyes **penales**, exige que no se castigue, a quien dichas, leyes eximen de responsabilidad.

No obstante lo anterior, la cuestión es polémica porque no han faltado planteamientos que entienden que se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se resuelve la prescripción como cuestión previa antes de la celebración del juicio, sin dar oportunidad a las partes de probar y alegar con plenitud sobre los hechos que pueden justificar la improcedencia de la prescripción. En esta dirección la STS 511/2011, de 16 de mayo, con cita de la STS 336/2007, de 13 de junio, recordó que "para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento, -tanto más en un momento



anterior - es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley...".

En el caso contemplado en la STS 511/2011, de 16 de mayo se trataba un supuesto en el que las partes acusadoras habían interesado la condena por un delito de estafa con aplicación de subtipos agravados y de la continuidad delictiva, y la sentencia concluyó afirmando que "en esta situación, lo procedente era y es diferir la cuestión al Tribunal sentenciador después de la celebración de la vista oral, siendo **consecuencia** de ello resolver la cuestión en sentencia. Por ello al obstarse la continuación del juicio e impedirse la práctica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba".

Sin embargo, una postura más matizada se aprecia en la STS 760/2014, de 20 de noviembre, en la que se sostiene que la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, - como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim -, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim ,,, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad **penal** ( STS. 387/2007 de 10 de mayo).

En esa misma sentencia se recuerda que la prescripción no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el que las alegaciones de las partes sobre prescripción sean resueltas como cuestión previa o en la sentencia ( STS 793/2011, de 8 de julio), ya que el instituto de la preclusión procesal tiene un rango axiológico inferior al de otros valores que convergen en el proceso **penal**. También se afirma que el problema de la prescripción no es el trámite por el que se acuerda sino su concurre o no.

Como señala la STS 583/2013, de 10 de junio, "si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", que.....es procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad **penal** no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación".

**TERCERO.** - Partiendo de estas consideraciones y aplicándolas al caso que centra nuestra atención consideramos correcta la decisión judicial, razón por la que el recurso debe ser desestimado.

En los escritos de acusación se describe una maniobra engañosa según la cual, el acusado, aparentando solvencia y sin intención alguna de cumplir con lo convenido, contrató la ejecución de obras por importe de 51.511,06 €, entregando a cuenta la cantidad 3.000€ y emitiendo dos pagarés por importe de 25.727,50€ y 22.783,56€ para pago de las obras ejecutadas por el denunciante, pagarés que fueron objeto de posteriores modificaciones.

Es cierto que en la factura que documentó el contrato (número 21/2007) se estableció la cantidad de 51.511,06€ como cuantía global de la operación, pero el acto de disposición patrimonial realizado por el perjudicado no es el total de la obra contratada, sino el importe resultante de descontar a esa cifra global la cantidad entregada a cuenta previamente por el sujeto activo del delito. Precisamente por ello, la cifra en que se concreta el perjuicio causado y que sirve de base a la reclamación de la responsabilidad civil es la de 48.511,06€. Por lo tanto, resulta indudable que el acto dispositivo realizado por el perjudicado (trabajos facturados y respecto de los que existía la deliberada intención de no pagar) era inferior a 50.000 euros, siendo inaplicable el subtipo agravado del artículo 250.1.5º CP.

Tampoco es la aplicación el subtipo agravado del artículo 250.1.6ºCP, que introdujo la acusación particular en un escrito presentado 18/09/2016, contestando a un trámite conferido para alegar sobre la procedencia o no de la prescripción, no ya porque tal agravación no se mencionara en los escritos de calificación provisional sino porque los hechos que la justificarían tampoco fueron incluidos en los relatos fácticos de las acusaciones.

Es sabido que la agravación de abuso de la "credibilidad empresarial" requiere no sólo quebrantar la confianza genérica que se establece entre las dos partes que celebran un contrato sino que precisa, además, la existencia de una mayor relación de confianza o credibilidad basada en hechos o relaciones previas y ajenas a la relación subyacente. El plus de antijuridicidad que precisa la apreciación de esta agravante exige un soporte fáctico singular que lo justifique.

En la STS 132/2007, de 16 de febrero, en la que se hace una cita extensa de la doctrina de esta Sala, se destaca una ya antigua doctrina de esta Sala según la cual destacando la STS 1218/2001 de 20 de junio, en la que se afirma que "la agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una



credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas -por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza, lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por si misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa ( SSTS 1218/2001, de 20 de junio, por todas).

Ni en los escritos de acusación ni en el escrito de alegaciones de 18/09/16 se hizo referencia a hecho alguno que explicara esa especial relación entre sujeto activo y pasivo que justificara una especial credibilidad empresarial aprovechada por el acusado para llevar a cabo el fraude. Parece un alegato realizado in extremis para evitar la apreciación de la prescripción, ante la eventualidad de que no se apreciara la agravante postulada en los escritos de calificación.

El tribunal, a la vista de los hechos invocados por las acusaciones, excluyó toda agravación del delito de estafa por el que se formuló acusación y apreció correctamente el instituto de la prescripción, razón que conduce a la desestimación del recurso.

**CUARTO.** - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

## FALLO

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la mercantil PALCLIMA S.L. contra la sentencia número 272/2018 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 8 de junio de 2018.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina