



Roj: **STS 1067/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1067**

Id Cendoj: **28079120012017100216**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2017**

Nº de Recurso: **1127/2016**

Nº de Resolución: **194/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1127/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 194/2017

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En Madrid, a 27 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación num: 1127/16, por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley, interpuesto por D. Joaquín , representado por la Procuradora D^a. Cayetana de Zulueta Luchsinger, bajo la dirección letrada de D. Enrique Cancelo Castro, contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 31 de marzo de 2016 en causa seguida por delitos de estafa y apropiación indebida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Mataró instruyó procedimiento Abreviado con el número 221/2010 y una vez concluso fue elevado a la Sección Quinta de la Audiencia provincial de Barcelona que, con fecha 31 de marzo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se declaran probados los siguientes hechos: *Al acusado Joaquín , mayor de edad, sin antecedentes penales y con DNI n° NUM000 ; en el mes de septiembre de 2006, siendo presidente del Club DIRECCION000 , la empresa "Química Farmacéutica Bayer, S.A. le comunicó por medio de una carta de fecha 6 de octubre de 2006 cuya recepción firmó personalmente este acusado que la empresa había rescindido la esponsorización de los diversos equipos de futbol concertada en fecha 20 de octubre de 2003 y que la temporada 2006-2007 seria la última en la que la empresa farmacéutica sufragaría el equipamiento deportivo de los jugadores del Club DIRECCION000 , según factura del Corte Ingles SA n° NUM001 de 27 de junio de 2006 de importe 44.767,10 euros.*



El acusado, siendo presidente del Club DIRECCION000 , con la finalidad de que las nuevas pólizas bancarias a obtener por él para hacer frente a las deudas del citado Club, les fueran encargadas por la entidad bancaria Caixa Laietana, el contrato de préstamo de 29 de agosto de 2008 por importe de 50.000 euros y plazo de 4 años y por la entidad bancaria Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, la póliza de crédito de 10 de noviembre de 2008 por importe de 70.000 euros y con vencimiento de un año, y que precisaron tras el análisis de los expedientes por los correspondientes departamentos de riesgo de las entidades bancarias para su concesión de los avales personales de los miembros de la Junta Directiva del Club y que fueron realizados en el préstamo de Caixa Laietana de 29 de agosto de 2008 además del acusado por los miembros de la Junta directiva del Club Anibal y Juan Ignacio y en la póliza de crédito Banco Bilbao Vizcaya Argentaria además del acusado por los miembros de la Junta directiva del Club Anibal y Juan Ignacio Y Camilo ,

El acusado con la finalidad de conseguir el contrato de préstamo y la póliza de crédito y los avalistas para los avales que al final le exigieron las entidades bancarias no solo ocultó esta rescisión del contrato de esponsorizacion a los miembros de la Junta DIRECCION000 y a los socios del Club, que conocía el acusado desde que le fue notificada la carta del 6 de octubre de 2006 sino que les hacía creer verbalmente en la Juntas y en contactos personales que Bayer que continuaba esponsorizando al Club y que la empresa farmacéutica estaba a punto de transferir a la cuenta del Club 121.425 euros. Para dotar a sus falsas afirmaciones de una mayor credibilidad el acusado confeccionó varios documentos según los cuales Bayer iba a ingresar al Club DIRECCION000 la cantidad de 121.425,20 euros, doc. 6 y 7, respectivamente, supuestamente liberado electrónicamente por la Jefa de Compras de Bayer Genoveva el primero y suscrito supuestamente por el Jefe del Departamento de Control Financiero de la empresa Química Farmacéutica Beyer Jose Daniel , el segundo, documentos que exhibió el acusado en varias ocasiones ante los miembros de la Junta del Club en el año 2008 sin que estos tuvieran los referidos documentos en sus manos para analizarlos hasta que dimitieron los miembros de la Junta y su presidente en fecha el día 6 de julio de 2009, documento 7 que incorporó en el expediente de solicitud del crédito de Caixa Laietana el director de la oficina Javier . Asimismo el acusado confecciono un documento supuestamente firmado Don Jesús (jefe de la Asesoría Jurídica de Bayer) en el que se manifestaba que próximamente la empresa Bayer firmaría un nuevo contrato de colaboración con el CLUB (documento 8 y documento nº 10 también supuestamente firmado Don Jesús (jefe de la Asesoría Jurídica de Bayer) en el que se manifestaba que la empresa Bayer avalaba la póliza que firmase BBVA con el Club DIRECCION000 , documento que incorporó en el expediente de solicitud de póliza de crédito al BBVA por el director de la oficina Sr Jose Enrique . Dichos documentos son fotocopias, sus contenidos son falsos y no determinaron la concesión del contrato préstamo ni de la póliza de crédito, ni podían determinarla.

Creyendo las mendaces afirmaciones del acusado sobre las inmediata transferencia de dinero de Bayer al Club DIRECCION000 de 121.425,20 euros y que Bayer continuaría esponsorizando Club DIRECCION000 al Club Bayer, que continuaría sufragando el equipamiento deportivo de los diversos equipos de futbol del Club DIRECCION000 , algunos de los miembros de la Junta Directiva del Club, conjuntamente con el acusado decidieron avalar las pólizas con su patrimonio personal, consiguiendo el acusado que el 29 de agosto de 2008 Caixa Laietana concediera un préstamo de 50.000 euros al Club, siendo avalistas conjuntamente con el acusado Don Anibal , Don Juan Ignacio y que el 10 de noviembre de 2008 el BBVA concediera una póliza de 70.000 euros al Club euros siendo avalistas conjuntamente con el acusado Don Anibal , Don Juan Ignacio y Don Camilo .

Las referidas pólizas vencieron y su pago incrementado por los intereses de demora ha tenido que ser afrontado por los avalistas en determinadas cantidades no precisadas a excepción del avalista Juan Ignacio a quien se le ha retenido por orden del Juzgado de Primeras Instancia nº 1 de Mataró del Procedimiento de Ejecución de Títulos no Judiciales 390 /2011 por un total de 39.615,95 euros, la cantidad total de la deuda (según certificación del Director General de la empresa Aquilino obrante al folio 349 del rollo que se corresponde con la póliza de préstamo personal otorgada por Caixa Laietana en fecha 29.8.2008 avalada por Joaquín Anibal y Juan Ignacio

El acusado sin la autorización de la Junta Directiva obtuvo una tarjeta "Visa Business Plata nº NUM002 , asociada a la póliza de 70.000 euros del BBVA y entre abril de 2009 y agosto de 2009, utilizó esta tarjeta para realizar pagos personales en el veterinario, en la gasolinera, en la pescadería y en el establecimiento Massimo Dutti y por otros conceptos ascendiendo estos pagos a 2.024,41 euros.

Por estos hechos se presento querella por Anibal , Carlos Alberto , Juan Ignacio , Victor Manuel , Alfredo , Anton , Augusto y Camilo , representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Patricia Yuste Martínez contra el acusado que fue admitida a trámite en fecha 22 de enero de 2010. Posteriormente se presentó otra querella por Club DIRECCION000 , representado por el Procurador de los Tribunales Don Javier Mundet Salaverria por idénticos hechos contra el acusado Joaquín y contra Anibal , Carlos Alberto , Juan Ignacio , Victor Manuel , Alfredo , Anton , Augusto y Camilo y Eva María que fue admitida a tramite el 16 de junio



de 2010. Las declaraciones de los querellados como imputados y diversas testificales se prolongaron hasta el 30.3.2012. El auto de procedimiento abreviado se dictó en fecha 8.5.2013 únicamente contra Joaquín . El recurso subsidiario de apelación interpuesto por Joaquín fue resuelta por la Audiencia Provincial en fecha 17.7.2013. Las acusaciones particulares presentaron su escrito de acusación en fecha 5.11.2013. El Ministerio Fiscal en fecha 7 de febrero de 2014. El auto de apertura del juicio oral se dictó el 20 de febrero de 2014. El escrito de defensa es de fecha 22 de abril de 2014. La remisión de la causa se efectuó con fecha 5.5.2014. El ingreso de la causa en esta Sección es de fecha 29.7.2014. El Auto de admisión de pruebas es de fecha 4 de diciembre de 2014. El señalamiento de juicio se efectuó para el 20 de julio de 2015 que se suspendió el citado día por falta de cumplimiento total de una prueba solicitada por la defensa admitida a la entidad Banesto en relación al movimiento de fecha 19 de enero de 2007 en concepto de cancelación con orden de traspaso por importe de 26.720,20 euros, señalándose de nuevo el juicio para 19 de febrero de 2016 que se prolongo durante tres sesiones hasta el día 22 de febrero de 2016".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Condenamos al acusado Joaquín como autor responsable de: a) un delito continuado de estafa tipificado y penado en el artículo 248 y 250.1.5 y 74 del código Penal, en redacción de la LO 5/210 de 22 de junio y 74 del Código Penal. y b) un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252, 249 y 74 del CP; con la concurrencia respecto del delito continuado de apropiación indebida de la atenuante de reparación del daño y respecto de ambos delitos de la atenuante de dilaciones indebidas como simple, a las penas siguientes penas:

- por el delito a) continuado de estafa, a la pena de tres años y seis meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 9 meses y un día con cuota diaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del CP.

- y a la pena por el delito b) continuado de apropiación indebida de 6 meses de prisión inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y a que indemnice a Club DIRECCION000 en la suma de 2.024, 41 euros, al avalista Juan Ignacio en la suma 39.615,95 euros, y a los avalistas Anibal , Juan Ignacio y Camilo en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia de los avales de contrato de préstamo concedido por la entidad bancaria Caixa Laitena, de fecha 29 de agosto de 2008 por importe de 50.000 euros y plazo de 4 años y por la póliza de crédito concedida por la entidad bancaria Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, de 10 de noviembre de 2008 por importe de 70.000 euros y con vencimiento de un año.

Asimismo se condena al acusado al pago de dos terceras partes de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, cuyas pretensiones penales han sido sustancialmente acogidas.

Absolvemos al acusado del delito continuado de falsificación en documento privado previsto y penado en el artículo 395, en relación con el artículo 390.1.3 y 74 del CP del que venía acusado por todas las acusaciones y declaramos de oficio una tercera parte la mitad de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Se abona al acusado el tiempo que lleva privado de libertad por esta causa, siempre que no le hubiese sido computado en otra.

Notifíquese esta resolución a las partes y de forma personal al acusado, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo en plazo de cinco desde la última notificación".

TERCERO. Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error 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. **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 248 y 250.1.5º del Código Penal. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 2, 248 y 250.1.6º del Código Penal. **Quinto.-** En



el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 74.1 del Código Penal. **Sexto.**- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 8.3 del Código Penal. **Séptimo.**- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 250.1.5º y 74 del Código Penal. **Octavo.**- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 66.1.2ª y 21.6ª del Código Penal.

QUINTO. Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de marzo de 2017.

SEPTIMO.- Esta sentencia ha sido firmada por el Ponente el día 22 de marzo de 2017 y en el mismo día se pasó a la firma de los demás integrantes de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución.

Se dicen producidas tales vulneraciones constitucionales en relación al delito continuado de estafa al no haberse analizado en la sentencia recurrida la cuestión introducida por la defensa de que el contrato de préstamo no era sino una renegociación (tras impago, cumplido el periodo de concesión de cuatro meses). Se alega que el préstamo anterior de febrero de 2008 se convirtió en la póliza de 29 de agosto de 2008, también firmada por la entidad Caixa Laietana y el silencio absoluto en la sentencia de esta póliza que obra al folio 217 del rollo de Sala conlleva una falta de motivación y se dice que esa renegociación se desprende del movimiento de la cuenta bancaria que obra al folio 67 y así lo declaró D. Javier, empleado del Banco que tramitó ambos productos y se todo ello elimina el elemento típico engaño. Si los querellantes no se sintieron defraudados por la primera póliza, al ser la segunda una renegociación tampoco puede concurrir el elemento engaño. Se rechaza el ánimo de lucro alegándose que el acusado no incorporó dinero alguno a su patrimonio y que cancelar, con el conocimiento y acuerdo de los miembros de la Junta, un préstamo previo con la misma entidad Caixa Laietana del que, además del recurrente, también eran avalistas los querellantes Anibal y Juan Ignacio se dice que ello conlleva que estos dos últimos no pueden ser considerados engañados ni perjudicados por un delito de estafa al estar ausente el engaño suficiente y el ánimo de lucro ilícito.

También se alega que estos argumentos respecto de la póliza de 29 de agosto de 2008 han de hacerse extensivos a la póliza de crédito de 10 de noviembre de 2008 con la entidad BBVA por importe de 70.000 euros y vencimiento a un año ya que respondía a una misma motivación como era hacer frente a las deudas del club.

Lo afirmado por el recurrente no responde a lo que consta en la sentencia recurrida ya que sí se hace mención en la página 17, último párrafo, a la póliza concertada en febrero de 2008 con Caixa Layetana, por importe de 50.000 euros y lo que es más importante, su existencia, recogida en la sentencia recurrida, en nada desvirtúa los hechos que se declaran probados en relación al delito de estafa, habiendo explicado el Tribunal de instancia, con suficiencia y lógicos razonamientos, las pruebas que han permitido alcanzar la convicción que queda reflejada en el relato fáctico y que sustenta el engaño suficiente que requiere el delito de estafa.

En relación al derecho a la presunción de inocencia, asimismo invocado, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 496/2014, de 17 de junio, que dicho derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.



No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible proceder a una nueva valoración de pruebas personales cuya práctica no se ha presenciado.

El Tribunal de instancia declara probado, entre otros extremos, que al acusado Joaquín , mayor de edad, sin antecedentes penales y con DNI nº NUM000 ; en el mes de septiembre de 2006, siendo presidente del Club DIRECCION000 , la empresa "Química Farmacéutica Bayer, S.A. le comunicó por medio de una carta de fecha 6 de octubre de 2006 cuya recepción firmó personalmente este acusado que la empresa había rescindido la sponsorización de los diversos equipos de fútbol concertada en fecha 20 de octubre de 2003 y que la temporada 2006-2007 sería la última en la que la empresa farmacéutica sufragaría el equipamiento deportivo de los jugadores del Club DIRECCION000 , según factura del Corte Ingles SA nº NUM001 de 27 de junio de 2006 de importe 44.767,10 euros /.../.

En relación a las pruebas que sustentan este extremo del relato fáctico, se declara en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que son unos hechos no cuestionados y se acreditan por el documento nº 5 obrante al folio 32 que si bien es una fotocopia su contenido y firmas se prueban por la testifical de Jose Daniel (responsable del departamento de seguridad financiera de diferentes departamentos de Bayer) y por las manifestaciones del acusado en el acto del juicio oral. El importe de la factura pagada por Bayer se acredita de la documental aportada por la defensa del acusado al inicio del juicio oral (folio 366 del rollo).

En el relato fáctico de la sentencia recurrida, en los párrafos tercero y cuarto, se declara probado lo siguiente: El acusado con la finalidad de conseguir el contrato de préstamo y la póliza de crédito y los avalistas para los avales que al final le exigieron las entidades bancarias no solo ocultó esta rescisión del contrato de sponsorización a los miembros de la Junta DIRECCION000 y a los socios del Club, que conocía el acusado desde que le fue notificada la carta del 6 de octubre de 2006 sino que les hacía creer verbalmente en la Juntas y en contactos personales que Bayer que continuaba sponsorizando al Club y que la empresa farmacéutica estaba a punto de transferir a la cuenta del Club 121.425 euros. Para dotar a sus falsas afirmaciones de una mayor credibilidad el acusado confeccionó varios documentos según los cuales Bayer iba a ingresar al Club DIRECCION000 la cantidad de 121.425,20 euros, doc. 6 y 7, respectivamente, supuestamente liberado electrónicamente por la Jefa de Compras de Bayer Genoveva el primero y suscrito supuestamente por el Jefe del Departamento de Control Financiero de la empresa Química Farmacéutica Bayer Jose Daniel , el segundo, documentos que exhibió el acusado en varias ocasiones ante los miembros de la Junta del Club en el año 2008 sin que estos tuvieran los referidos documentos en sus manos para analizarlos hasta que dimitieron los miembros de la Junta y su presidente en fecha el día 6 de julio de 2009, documento 7 que incorporó en el expediente de solicitud del crédito de Caixa Laietana el director de la oficina Javier . Asimismo el acusado confeccionó un documento supuestamente firmado Don Jesús (jefe de la Asesoría Jurídica de Bayer) en el que se manifestaba que próximamente la empresa Bayer firmaría un nuevo contrato de colaboración con el CLUB (documento 8 y documento nº 10 también supuestamente firmado Don Jesús (jefe de la Asesoría Jurídica de Bayer) en el que se manifestaba que la empresa Bayer avalaba la póliza que firmase BBVA con el Club DIRECCION000 , documento que incorporó en el expediente de solicitud de póliza de crédito al BBVA por el director de la oficina Sr Jose Enrique . Dichos documentos son fotocopias, sus contenidos son falsos y no determinaron la concesión del contrato de préstamo ni de la póliza de crédito, ni podían determinarla. Creyendo las mendaces afirmaciones del acusado sobre la inmediata transferencia de dinero de Bayer al Club DIRECCION000 de 121.425,20 euros y que Bayer continuaría sponsorizando Club DIRECCION000 al Club Bayer, que continuaría sufragando el equipamiento deportivo de los diversos equipos de fútbol del Club DIRECCION000 , algunos de los miembros de la Junta Directiva del Club, conjuntamente con el acusado decidieron avalar las pólizas con su patrimonio personal, consiguiendo el acusado que el 29 de agosto de 2008 Caixa Laietana concediera un préstamo de 50.000 euros al Club, siendo avalistas conjuntamente con el acusado Don Anibal , Don Juan Ignacio y que el 10 de noviembre de 2008 el BBVA concediera una póliza de 70.000 euros al Club euros siendo avalistas conjuntamente con el acusado Don Anibal , Don Juan Ignacio y Don Camilo .

Las referidas pólizas vencieron y su pago incrementado por los intereses de demora ha tenido que ser afrontado por los avalistas en determinadas cantidades no precisadas a excepción del avalista Juan Ignacio a quien se le ha retenido por orden del Juzgado de Primeras Instancia nº 1 de Mataró del Procedimiento de Ejecución de Títulos no Judiciales 390 /2011 por un total de 39.615,95 euros, la cantidad total de la deuda (según certificación del Director General de la empresa Aquilino obrante al folio 349 del rollo que se corresponde con la póliza de préstamo personal otorgada por Caixa Laietana en fecha 29.8.2008 avalada por Joaquín Anibal y Juan Ignacio .



Y en la sentencia recurrida se explica que esos extremos del relato fáctico han quedado acreditados haciéndose las siguientes consideraciones: Esta ocultación de la rescisión del contrato de sponsorización a los miembros de la Junta DIRECCION000 y a los socios del Club, acompañada de la exhibición de los documentos 6 y 7 a los miembros de la Junta del Club DIRECCION000 y a los socios del Club en el transcurso de la celebración de las juntas del año 2008 y en sus contactos personales con los miembros de la junta a los que convenció de ser avalista se residencia el elemento del engaño idóneo y bastante que precisa el delito continuado de estafa que se imputa al acusado y que lo es a título de dolo eventual. Esta ocultación y exhibición de documentos en que se residencia el elemento de engaño bastante se acredita de la siguiente prueba practicada en el acto del juicio. De la realidad de la existencia de estos documentos se acredita en cuanto al documento 6 y 7 por la testifical del director de la oficina de Caixa Laietana, D. Javier , en la que relata su incorporación al expediente de solicitud de este contrato de préstamo y del contrato de préstamo anterior de 36.000 euros concedido al acusado y en cuanto al documento nº 10 por la testifical del Sr Jose Enrique que relata su incorporación al expediente de solicitud de póliza de crédito al BBVA.

La exhibición de los documentos 6 y 7 a los avalistas miembros de la Junta del Club en los que se dice la llegada de una transferencia de fondos de Bayer al Club por importe de 121.425,20 euros, se acredita de las testificales en el juicio de los mismos que así lo relatan en el juicio, así como las testificales de los miembros del Club Victor Manuel, Alfredo, Augusto, Carlos Alberto testificales que merecen credibilidad no obstante la testifical de signo opuesto de Eva María, porque en el Acta de la Junta de 12.12.2008 posterior al otorgamiento de las referidas pólizas se dice al folio 146: Que el Sr. Saturnino cuando se le pregunta por la renovación de Bayer del contrato de sponsorización de 2003 [cuya duración debía ser de 5 años (doc. 4 de 20 de octubre de 2003)] comenta que esta negociando con Bayer la prolongación del contrato. Comentario del que se desprende que el acusado seguía manteniendo la llegada inmediata de la transferencia, comentario que era completamente mendaz porque en el acto del juicio admitió que tuvo conocimiento de la resolución del contrato en octubre del año 2006 y que la última factura que cobró de Bayer por pago de ropa de El Corte Ingles era de fecha 23.6.2008 (folio 366 del Rollo), porque el Sr. Jose Daniel testificó en el acto del juicio que dio orden a su secretaria de no atender llamadas telefónicas del acusado, que no hubo ni conoció la existencia de una nueva sponsorización de Bayer al Club que pudiera justificar la carta respecto de la llegada de la transferencia de 22 de julio de 2008, cuando el acusado en la reunión de DIRECCION000, que tuvo lugar el 8 de octubre de 2009, seguía manteniendo que la transferencia ya había salido de Alemania según consta en el Acta levantada por Frida que ha ratificado su contenido en el juicio.

Esta ocultación de la rescisión del contrato de sponsorización a los miembros de la Junta DIRECCION000 y a los socios del Club, reforzada por la exhibición de los documentos 6 y 7 a los miembros de la Junta y a los socios del Club en el transcurso de la celebración de las juntas del año 2008 y en sus contactos personales con los miembros de la Junta a los que convenció de ser avalistas se residencia el elemento del engaño que precisa el delito continuado de estafa que se imputa al acusado y que lo es a título de dolo eventual, que es idóneo y bastante atendido a la confianza que tenían los miembros de la Junta de quien era su presidente y, quien en el año 2003 cuando no lo era ya formaba parte de la Junta del Club y consiguió el acuerdo de sponsorización con Bayer, descartándose en consecuencia la aplicación el principio de autorresponsabilidad de los avalistas y la absolución del acusado del delito continuado de estafa.

Así las cosas y por las razones que se expresan en la sentencia recurrida, han existido pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error 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.

Se alega, en defensa del motivo que tanto el mencionado contrato de póliza de crédito suscrito con Caixa Laietana el 28 de febrero de 2008 (folio 217 Rollo) como el Auto de 31 de julio de 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de San Feliú de Llobregat (documento 1 del escrito de defensa), que decreta el sobreseimiento provisional de la causa por falsedad de documento firmado por el Sr. Jesús -folio 35 de las actuaciones-, al considerar que no se podía atribuir su autoría a persona determinada, archivo que no fue recurrido y adquirió firmeza, acreditan la inexistencia de engaño bastante.

Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que este motivo de casación exige, como requisitos, los siguientes: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico



o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En definitiva, se requiere que el documento por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

Y eso de ningún modo se puede afirmar en relación a la póliza de crédito ni del Auto de sobreseimiento que se señalan, que no acreditan, por su propio contenido, la inexistencia del engaño que determinó el error en los perjudicados y los desplazamientos patrimoniales, cuando, además, el Tribunal de instancia ha podido valorar otras pruebas, a las que se ha hecho mención al examinar el anterior motivo, que acreditan la concurrencia de cuantos elementos son precisos para sustentar el delito de estafa, incluido el elemento esencial del engaño.

No resulta acreditado documentalmente que el Tribunal de instancia hubiera incurrido en error en la valoración de la prueba y el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 248 y 250.1.5º del Código Penal.

En relación al delito de estafa se rechaza el ánimo de lucro ya que la propia resolución recurrida reconoce que no se ha acreditado que el acusado incorporara dinero alguno a su patrimonio sino que se trataba de hacer frente a las deudas del Club.

Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se declara en la Sentencia de esta Sala 589/2010, de 24 de junio, obliga a respetar el relato de *hechos probados* de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr .

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

El tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Y en los hechos que se declaran probados, a los que se ha hecho mención al examinar el primero de los motivos del recurso, se describen cuantos elementos son precisos para afirmar el delito de estafa apreciado por el Tribunal de instancia.

Se cuestiona la existencia de ánimo de lucro y sobre este requisito que exige el delito de estafa tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 763/2013, de 14 de octubre, que el ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto, consiste en la intención de obtener cualquier tipo de enriquecimiento patrimonial, ventaja, provecho o beneficio.

También es jurisprudencia de esta Sala que ese beneficio, ventaja o utilidad puede ser para el sujeto activo del delito o para un tercero.



Así se pronuncia la Sentencia de esta Sala 1581/2003, de 28 de noviembre, en la que se declara que el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario, el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro.

Y en un supuesto más próximo al que examinamos en el presente recurso, se declara en la sentencia 828/2006, de 21 de julio, que se pueden incluir las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita de apoderamiento y que este ánimo es compatible con otros propósitos, como es el caso del recurrente que asocia a ese ánimo, según manifiesta, otro de financiación de su actividad empresarial. Y se aprecia en esta Sentencia que en definitiva, la financiación de las sociedades sería el destino final de unos fondos, pero de unos fondos que han sido ilícitamente obtenidos.

También se ha pronunciado esta Sala sobre el engaño sustentado en la omisión de información esencial, como es el supuesto al que se refieren las Sentencias 631/2008, de 15 octubre, y 319/2010, de 31 de marzo, en las que se expresa que "aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado".

Lo cierto, como se declara probado, es que el acusado omitió información esencial, que de haberse conocido por los perjudicados no habrían sido avalistas, no se habrían concedido los préstamos y en definitiva, no se habría producido el desplazamiento patrimonial.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 2, 248 y 250.1.6º del Código Penal, estos dos últimos en su redacción anterior a la LO 5/2010.

Se alega que la sentencia recurrida condena por delito continuado de estafa agravada del art. 250.1.5º del Código Penal, en su redacción actual, que exige que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros cuando el texto que estaba vigente cuando se produjeron los hechos no exigía que el valor de la defraudación superase los 50.000 euros y que en ese texto el uso de la conjunción copulativa "y" requería una valoración conjunta y global no solo del valor de la defraudación sino también la entidad del perjuicio y la situación económica en que se dejaba a la víctima o a la familia, que se dice no concurrir, por lo que procedería apreciar únicamente el tipo básico de estafa.

No es ese el criterio mantenido por la jurisprudencia de esta Sala en orden a la interpretación de ese texto anterior.

Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 832/2014, de 12 de diciembre, en relación al artículo 250.1.6 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma de la LO. 5/2010, que se trata de dos agravaciones: una de naturaleza totalmente objetiva que tiene por referencia el importe apropiado –especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio, pues vienen a ser equivalente–, y otro de naturaleza subjetiva que tiene en cuenta "la situación económica en que deje a la víctima o a su familia", conceptos similares a los que se encuentran en los números 3 y 4 del art. 235, "valor de los efectos sustraídos" o " los perjuicios de especial consideración, y de otra la grave situación en que se ponga a la víctima o a su familia", si bien en este caso la previsión de resultados en distintos apartados, unidos además con la disyuntiva "o", lo que obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja el tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.1.6, en que los resultados están unidos por la copulativa "y". Pero aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la estafa, las SSTs. 173/2000, 2381/2001, 696/2002 y 180/2004, consideran lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el núm. 6º del art. 250 del Código Penal de 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5º y 7º del art. 529 CP 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el "valor de la defraudación" y la "entidad del perjuicio"



no son sino anverso y reverso de la misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.1.6º del Código Penal, parece la más congruente con el segundo inciso del art. 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias -entre las que se encuentran "el importe de lo defraudado" y "el quebranto económico causado al perjudicado"- que se expresan como independientes unas de otras".

Con igual criterio se expresa la Sentencia 554/2008, de 24 de septiembre, en la que se declara que con frecuencia alegan las defensas en estos casos que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad" a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar. Repetimos, una cantidad por sí sola importante -puede ser la de seis millones antes referida- por sí sola permite la aplicación de esta cualificación. Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia como lo hizo la sentencia de esta Sala de 14.12.98 en que la perjudicada era una pensionista.

Y en la sentencia 277/2006, de 3 de marzo, se declara que la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad del párrafo 6º del art. 250, procede cuando ya se trate de una sola apropiación, o de varias en caso de continuidad delictiva, la cantidad defraudada o una de las partidas defraudadas supere los 36.000 euros -seis millones de ptas.-, Por otra parte, cabe recordar que la actual doctrina jurisprudencial viene sosteniendo reiteradamente que basta la producción de uno solo de los resultados que contempla la norma para que surja el subtipo penal agravado (STS 615/2005, de 12 de mayo y las que en ella se citan).

Aplicando la jurisprudencia que se ha dejado expresada al caso que examinamos en el presente recurso, la cantidad defraudada supera los 50.000 euros por lo que el Tribunal de instancia ha apreciado correctamente la agravante específica por el valor de la defraudación.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 74.1 del Código Penal.

Se dice que la sentencia recurrida incurre en una doble valoración ya que aprecia continuidad delictiva a pesar de que ya utilizó la existencia de una única defraudación superior a 50.000 euros para aplicar la agravante específica de la estafa.

Este motivo también se presenta enfrentado a la jurisprudencia de esta Sala en aquellos casos de delitos de estafa en los que se puede apreciar conjuntamente la continuidad delictiva y el subtipo agravado de la cuantía de la suma defraudada.

Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 828/2014, de 1 de diciembre, que en el Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 se tomó el siguiente Acuerdo: "*El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74-1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración*". Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en la sentencia 662/2008, de 14 de octubre, ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1.6º (actual 250.1.5º) y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros (50.000 euros tras la reforma por LO 5/2010), siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2. En la nueva jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías defraudadas fuesen de forma individualizada insuficientes para la calificación del art. 250.1.6º (art. 250.1.5º actual), pero sí lo fueran globalmente consideradas, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Ese Acuerdo lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6º (250.1.5º actual) dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 36.000 euros (50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010), en conjunto superan esa cifra. Ahora bien, no se aplicará al unísono el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.6º y no la del art. 249 del C. Penal. En cambio, sí operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art. 250.1.6º (250.1.5º actual) cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 50.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; 662/2008, de 14-10; 973/2009, de 6-10; y 611/2011, de 9-6).



Con igual criterio se pronuncia la Sentencia 656/2013, de 22 de julio, en la que se expresa que el acuerdo (Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007) obliga a la exclusión del efecto agravatorio del art 74 1º en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. En las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP. Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1º del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado. En estos supuestos, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1º del CP, determinaría la vulneración de la prohibición constitucional del "bis in ídem". Esta exclusión no es aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a 50.000 euros, que por sí sola ya determina la aplicación del subtipo agravado por aplicación del número quinto del art 250 1. En consecuencia, no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del art 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas (STS 997/2007, de 21 de noviembre y 173/2013, de 28 de febrero, entre otras).

Y aplicando la doctrina jurisprudencial que acaba de ser expuesta al caso que examinamos en el presente recurso, el Tribunal de instancia ha procedido correctamente al apreciar conjuntamente la continuidad delictiva y el subtipo agravado por la cuantía de la suma defraudada ya que, en la continuidad delictiva, una de las sumas defraudadas supera los 50.000 euros.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 8.3 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que no existe concurso real entre los delitos de estafa y apropiación indebida sino concurso de normas a resolver por el art. 8.3 en el que la apropiación indebida queda absorbida por el delito más complejo de la estafa.

Se hace una remisión a determinados extremos de los hechos que se declaran probados y en concreto a los siguientes: "el acusado sin autorización de la Junta Directiva obtuvo una tarjeta Visa Business Plata, asociada a la póliza de 70.000 euros del BBVA y entre abril y agosto de 2009 utilizó esta tarjeta para realizar pagos personales".

Se argumenta que esa tarjeta está vinculada a la póliza de 70.000 euros y el delito de apropiación indebida sería, en todo caso, un acto posterior co-penado de la estafa y que ambos ilícitos no merecen un castigo diferenciado y protegen un bien jurídico homogéneo -el patrimonio-, y que por todo ello debe dejarse sin efecto la condena por el delito continuado de apropiación indebida.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance del concurso de leyes y su distinción del concurso de delitos.

Así en la Sentencia 413/2015, de 30 de junio, haciéndose mención de la Sentencia 97/2015 de 24 de febrero, se declara que la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in ídem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in ídem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede



predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

Y en la Sentencia 35/2012, de 1 de febrero, se examina si las distintas acciones del acusado deban ser calificadas con arreglo a las normas que disciplinan la relación de consunción (art. 8.3 CP), como modalidad del concurso aparente de normas. Como es sabido, el concurso normativo implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, "*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*", exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-.

Aplicando la jurisprudencia de esta Sala, que acaba de ser expuesta, al caso que examinamos en el presente recurso, son atendibles las razones expresadas por el recurrente para defender, en este caso, la existencia de una concurso de normas en su modalidad de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, "*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*".

Como se ha dejado antes expresado, esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-.

Y las acciones concretas realizadas por el acusado, ahora recurrente, al disponer en su beneficio, del dinero obtenido con engaño, mediante el uso de una Visa Business Plata, asociada a la póliza de 70.000 euros del BBVA, no pasa de ser un acto encaminado a aprovecharse de ese desplazamiento patrimonial conseguido con engaño y con evidente ánimo de lucro.

El contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación del delito de estafa, figura delictiva que abarca, en este caso, la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta del acusado.

El motivo debe ser estimado, dejándose sin efecto la condena por delito continuado de apropiación indebida.

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 250.1.5º y 74 del Código Penal.

Se dice mal individualizada la pena del delito de estafa agravado ya que se impone una pena de 3 años, 6 meses y 1 día de prisión y multa de 9 meses y 1 día cuando debería ser de 3 años y 6 meses de prisión y 9 meses de multa. Se alega que la sentencia cuantifica erróneamente la pena mínima, incrementando en un día de prisión y un día de multa confundiendo la técnica prevista en el art. 70.1.1ª del CP, que para el cálculo de la pena superior en grado en su límite mínimo si obliga a incrementar una unidad indivisible de día de prisión o de cuota multa, supuesto que no es aplicable cuando la operación a realizar es la de partir el marco penal en dos mitades iguales: superior e inferior.



Esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la Sentencia 692/2013, de 29 de julio, se expresa que un interesante tema es sugerido por el Fiscal -interesante a nivel teórico y también a veces de indudable relevancia práctica: pensemos en el abismo que media entre una pena de "dos años" y otra de "dos años y un día" amén de que nunca un día más o menos de libertad es una cuestión "nimia" en un Estado de Derecho-: si el mínimo de la mitad superior es el fijado por la sentencia o había que incrementarlo en un día. El Fiscal propone esto último. Todo depende de como interpretemos la redacción del art. 70.1.1º y 2 CP tras la reforma de 2003. Es dudoso si la recuperación de la unidad día para no solapar los grados de una pena, es o no aplicable también analógicamente a la división bipartita de las penas (formación de la mitad inferior y superior); o ha de prevalecer la interpretación gramatical según la cual las dos mitades deben tener exactamente la misma duración y por tanto habrá muchas veces un día común a ambas mitades. No es baladí que haya desaparecido la regla general de utilización de la analogía que figuraba en el art. 72 CP. Gramaticalmente la mitad es cada una de las dos partes **iguales** en que se divide un todo.

La sentencia que acabamos de mencionar, por las razones que se han dejado expresadas, concluye descartando el incremento de un día insinuado por el Fiscal.

Aplicando esa jurisprudencia al caso que examinamos en el presente recurso, el delito de estafa agravada por el que ha sido condenado el ahora recurrente está castigado con pena de uno a seis años y multa de seis a doce meses y, como igualmente se ha apreciado la continuidad delictiva, procede la imposición de la pena en su mitad superior, que se extendería desde los tres años y seis meses a seis años y, al concurrir una atenuante, se establece en la sentencia recurrida que se le impone la pena en su extensión mínima que ciertamente es de tres años y seis meses y no de tres años, seis meses y un día de prisión. Lo mismo sucede en relación a la pena de multa que se le ha impuesto nueve meses y un día por lo que debe reducirse a nueve meses.

El motivo se estima.

OCTAVO.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, de los artículos 66.1.2ª y 21.6ª del Código Penal.

Se alega que a tenor de la demora y paralización de la causa debió apreciarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Se dice que la instrucción ha durado cuatro años y dos años para el enjuiciamiento y que han existido importantes periodos de paralización, señalando que el acusado declaró como imputado el 25 de marzo de 2010, se presenta una segunda querrela con fecha 26 de abril de 2010 y no es hasta el Auto de 7 de octubre de 2011 cuando se acumulan las Diligencias Previas nº 196/2010 al Juzgado de Instrucción nº 4 que conocía de la querrela inicial y que el Auto de Procedimiento Abreviado se dicta el 12 de marzo de 2013 pero los hechos no se califican hasta noviembre de 2013, y, por último, se dice que el enjuiciamiento y fallo ha tardado otros dos años.

El Tribunal de instancia, en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, rechaza esta misma petición señalando que la atenuante de dilaciones indebidas concurre como simple pero que no puede apreciarse como muy cualificada. La duración del proceso desde su inicio hasta la fecha del dictado de esta resolución ha sido de seis años y dos meses; la querrela se presentó el 23 de diciembre de 2009, se admitió a trámite el 22 de enero de 2010, la instrucción acumuló dos querrelas presentadas por dos acusaciones, la primera por los miembros de la Junta Directiva del Club y la segunda presentada el 26 de abril de 2010 y admitida el 16 de junio de 2010 por el Club contra los miembros de la Junta Directiva (9) de la época de los hechos citados, a los que se recibió declaración como querrelados y se practicaron diversas testificales que se prolongaron hasta el 30 de marzo de 2012; el Auto de Procedimiento Abreviado (folio 793) se dictó el 8 de mayo de 2013 únicamente contra el querrelado Joaquín, que presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación que fue resuelto por la Audiencia el 17 de julio de 2013; las acusaciones particulares presentaron su escrito de acusación el 5 de noviembre de 2013; el Ministerio Fiscal en fecha 7 de febrero de 2014; el Auto de apertura del juicio oral se dictó el 20 de febrero de 2014; el escrito de defensa es de fecha 22 de abril de 2014; la remisión de la causa a esta Sección de la Audiencia Provincial para enjuiciamiento se efectuó el 5 de mayo de 2014; el ingreso de la causa en esta Sección es de fecha 29 de julio de 2014; el Auto de admisión de pruebas es de fecha 4 de diciembre de 2014; el señalamiento de juicio se efectuó para el 20 de julio de 2015 que se suspendió el citado día por falta de cumplimiento total de una prueba solicitada por la defensa del acusado, señalándose de nuevo el juicio para el 19 de febrero de 2016, juicio que se prolongó durante tres sesiones, no habiéndose dictado sentencia hasta el día de la fecha por necesidad de resolución de otras causas de mayor urgencia. Y se añade que, atendido el número de querellantes en la primera querrela, el de querrelados en la segunda querrela, el número de testigos y la ausencia de plazos de paralización importantes, la atenuante de dilaciones indebidas solo puede calificarse de simple y no como muy cualificada, que es de naturaleza excepcional y que requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinaria, excepcionales y graves.



Ciertamente, el art 21.6º del Código Penal, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reconoce como circunstancia atenuante: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". Su aplicación exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La apreciación como muy cualificada, como se señala en la Sentencia de esta Sala 739/2016, de 5 de octubre, requerirá que las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación grave, especialmente extraordinaria o superlativa, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo 21.6º del Código Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario (STS 370/2016 de 28 de abril). Para aplicarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sea superextraordinaria (SSTS 739/2011 de 14 de julio; 484/2012 de 12 de junio o 474/2016 de 2 de junio).

Y por las razones expuestas en la sentencia recurrida, en este caso no concurren esas paralizaciones tan excepcionales que permitirían sustentar una mayor intensidad que justifique que se aprecie la dilación indebida como muy cualificada.

El motivo debe ser desestimado.

FALLO

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

ESTIMARPARCIALMENTE el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por el acusado D. Joaquín , contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 31 de marzo de 2016, en causa seguida por delitos de estafa y apropiación indebida, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1127/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En Madrid, a 27 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 4 de Mataró, con el número 221/2010, y seguido ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona por delitos de estafa y apropiación indebida contra D. Joaquín y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 31 de marzo de 2016, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción de aquellos extremos que se refieren al delito continuado de apropiación indebida que se sustituyen por el fundamento jurídico sexto de la sentencia de casación y en la individualización de la pena impuesta por el delito de estafa se suprime el día en las penas de prisión y multa, sustituyéndose ese particular por el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de casación.

Por las razones que se dejan expresadas en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la sentencia de casación, se absuelve al acusado D. Joaquín del delito continuado de apropiación indebida por el que también fue condenado en la sentencia de instancia, declarándose de oficio las costas correspondientes y se sustituye en el delito continuado de estafa la pena impuesta de tres años, seis meses y un día de prisión y multa de nueve meses y un día por la de tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses, manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

FALLO

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

ABSOLVER al acusado D. Joaquín del delito continuado de apropiación indebida por el que fue condenado en la sentencia de instancia, declarándose de oficio las costas correspondientes y **SUSTITUIR**, en el delito continuado de estafa, la pena impuesta de tres años, seis meses y un día de prisión y multa de nueve meses y un día por la de tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses.

Se mantienen y ratifican los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez