



Roj: **STS 4148/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4148**

Id Cendoj: **28079120012018100630**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **2395/2017**

Nº de Resolución: **625/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2395/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 625/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Julian Sanchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por la representación legal del **acusado D. Adrian** contra Sentencia núm. 488/2017, de 17 de julio de 2017 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 103/15-J dimanante de las D.P. núm. 654/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 21 de dicha Capital, seguidas por delito de falsedad documental en **concurso** con el delito de estafa contra DON Adrian y DON Baltasar. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal y el acusado DON Adrian representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Dolores Martín Cantón y defendido por el Letrado Don Oriol Guardiola Bas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona, incoó D.P. 103/2015J por delito de falsedad documental en **concurso** con el delito de estafa contra **DON Adrian y DON Baltasar**, y una vez concluidas las remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 17 de julio de 2017 dictó Sentencia núm. 488/17 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<PRIMERO.- Se declara probado que Adrian, mayor de edad, ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 15 de diciembre de 2008, por la Sección 3a de esta Audiencia Provincial de Barcelona, a la pena de 2 años



de prisión, por delito de estafa, pena suspendida por el plazo de 5 años, desde el día siguiente, en fecha que no consta, pero a finales de diciembre de 2008 se hizo con tres cheques, sin que consten las circunstancias, que habían sido sustraídos de los buzones del inmueble sito en la CALLE000 NUM004 - NUM005 de esta ciudad. Conociendo el acusado la procedencia ilícita de los cheques.

Los datos eran los siguientes:

1º/ Cheque nominativo número NUM001 por valor de 81.717,36 euros, emitido en fecha 29 de diciembre de 2008 por Barclays Factoring a favor de la empresa CHEM WORLD, SA

2º/ Cheque nominativo num,. NUM002 emitido por el BBVA en fecha 24 de diciembre de 2008, por valor de 6287,13 euros, a favor de la entidad Ricardo Molina SA

3º/ Cheque nominativo núm. NUM003 por valor de 11.959,60 euros emitido en fecha 22 de diciembre de 2008 por DEUTSCHE BANK a favor de la sociedad EIGENNMANN&VERONELLI.

El acusado Adrian , se puso de acuerdo con el acusado Baltasar para cobrar los cheque. Para ello, Baltasar abrió una cuenta en la Caixa d' Enginyers sita en Vía Layetana, 39, cuenta núm. NUM000 donde se ingresaron los tres cheques mediante endoso, los días 13 y 16 de enero de 2009, el cual se falsificó, no contando de quien era la firma estampada, pero sí que lo era la numeración del CIF de las correspondientes empresas fue realizado por Adrian en los cheques del BBVA y BARCLAYS FACTORING, y respecto al tercer cheque no se contó con el original.

Los cheques fueron cobrados y parte del valor se ingresó en la cuenta de la entidad FORTUNE BASSINESSINVENT, de la que es apoderado Adrian .

La cuenta abierta por el acusado Baltasar siguió operando y en fecha 10 de febrero de 2009 se efectuó una transferencia de 150.000 euros, que cubrió los descubiertos de la citada cuenta corriente.

Las empresas titulares de los cheques que fueron sustraídos y fueron resarcidas y no se efectuó reclamación alguna.

La causa se inició en el año 2009.>>

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

<<LA SALA ACUERDA: Condenamos a Baltasar y Adrian como autores criminalmente responsables de un delito de falsedad documental en **concurso** medial con un delito de estafa, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas a las penas de un año de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de seis euros, accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y pago de costas por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días hábiles.>>

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se **preparó recurso de casación por infracción de Ley por el MINISTERIO FISCAL y por la representación legal del acusado DON Adrian** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Primer motivo.-** Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 22.8 de (agravante de reincidencia) del Código Penal, en relación al acusado Adrian y al delito de estafa ( art. 249, 249 y 250.5 del C. penal) por el que se le condena.

**Segundo motivo.-** Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 74 (delito continuado ) del Código Penal, en relación a los acusados Adrian y Baltasar y al delito de estafa ( art. 249, 249 y 250.5 del C. penal) por el que se les condena.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Adrian , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Primer motivo.-** Por infracción de Ley del art. 849.1º Lecrim., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, a saber, por indebida aplicación del artículo art. 250. 5º CP del mismo código e indebida inaplicación del art. 249 CP.

**Segundo motivo.-** Por infracción de Ley del art. 849.2 Lecrim., por error en la valoración de la prueba.



El acusado DON Baltasar por escrito de fecha 22 de diciembre de 2017 se adhiere al recurso del acusado Don Adrian .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procederte su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 10 de enero de 2018.

**SEXTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala se señala en presente recurso para deliberación y fallo para el día 7 de noviembre de 2018; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Baltasar y a Adrian como autores criminalmente responsables de un delito de falsedad documental en **concurso** medial con un delito de estafa, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño y de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el acusado Adrian , así como el Ministerio Fiscal, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Adrian .

**SEGUNDO.-** Analizamos en primer lugar el recurso de este recurrente, acusado en la instancia y condenado como autor de un delito de falsedad documental en **concurso** medial con otro de estafa, de quien los hechos probados exponen que se hizo con tres cheques sustraídos de los buzones del inmueble que se reseña en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, cheques nominativos a favor de las entidades mercantiles que se citan, y puesto de acuerdo con Baltasar para cobrar los cheques, este último abrió una cuenta en determinada entidad bancaria, donde se ingresaron mediante endoso, para ello hubo de falsificarse la firma y la numeración CIF de las correspondientes empresas, abonando el banco su valor en cuenta y resultando los cheques cobrados. Más adelante se expone que se abonó el descubierto en la cuenta bancaria, y que "las empresas titulares de los cheques que fueron sustraídos (...) fueron resarcidas y no se efectuó reclamación alguna".

En su primer motivo, este recurrente, por infracción de Ley, de conformidad con lo autorizado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente denuncia la indebida aplicación del artículo art. 250. 5º del Código Penal e indebida inaplicación del art. 249 del mismo Código.

Alega el autor del recurso, que resultan actuaciones llevadas a cabo por la entidad Caixa d'Enginyers que pueden ser consideradas "irregularidades" al abonar el cheque de 81.717,38 euros, toda vez que se trataba de un cheque "no a la orden", es decir, no endosable ex. art. 120 de la Ley Cambiaria y del Cheque, por lo que la falsificación del endoso en un cheque no endosable no conforma el "engaño bastante" exigible en el tipo penal aplicado.

Como dice el Ministerio Fiscal, el recurrente no cuestiona la disposición patrimonial causalmente ligada al falso endoso respecto de los cheques por valor de 11.959,60 euros y 6.287,13 euros, pero entiende que ha de excluirse la subsunción del abono de ese cheque de 81.717,38 euros del delito de estafa y, en consecuencia, procedería rebajar el perjuicio generado por la disposición patrimonial de los otros dos cheques a cuantía inferior a la prevista en el art. 250.5º CP y, en consecuencia, procedería la aplicación del art. 392 (como delito más grave del **concurso** medial con la estafa del art. 249 CP) dada su horquilla penológica.

Esta cuestión es tratada por el Tribunal sentenciador al declarar que, a pesar de las objeciones de la defensa, hay engaño, que ocasiona un error que produce el correspondiente desplazamiento patrimonial, sin que las irregularidades cometidas por la Caja de Ingenieros, permitan deducir que el endoso de un cheque contrario al art. 120 de la Ley Cambiaria y del Cheque supongan la atipicidad de la acción, en tanto que el endoso se falsificó en unos cheques de procedencia ilícita y se consiguió el desplazamiento patrimonial.

Nuestra STS 228/2014, de 26 de marzo, declara que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ( STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. No debe desplazarse indebidamente sobre los perjudicados la responsabilidad de comportamientos en los que la intención de engañar es manifiesta, y el autor ha conseguido su objetivo, lucrándose en perjuicio de su víctima.



En el caso, la maniobra urdida por los acusados, haciéndose pasar por el tomador del cheque, que lo era la entidad mercantil nominativa correspondiente, endosaron para pago todos los aludidos cheques, en la cuenta referenciada, sin que la irregularidad denunciada pueda determinar la inexistencia de engaño, que lo hubo, razón por la cual, el grado de diligencia de la entidad bancaria no puede neutralizar el delito, puesto que estaban todos los resortes activados para su consumación. En realidad, se solicitaba engañosamente, y a todo ello se unía una falsificación, una gestión de cobro, y así se hizo por el banco engañado.

Hemos dicho que no puede traspasarse a la víctima la tarea de descubrir necesariamente el engaño, porque tal ardid no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima, es más, todo engaño, teóricamente, es detectable. De manera que, bajo el argumento de la parte recurrente llevado al extremo que pretende, nunca existiría un delito de estafa porque siempre el engaño podría llegar a descubrirse. No es eso lo que exige el tipo penal, sino que tal elemento normativo debe ser bastante para conseguir, en términos de normalidad, y bajo el principio de confianza, el consiguiente error en la víctima que le conduzca a verificar un desplazamiento patrimonial en su perjuicio o en el de un tercero.

Desde esta perspectiva, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO.-** En el segundo motivo, y por la vía autorizada por el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como "error facti", el autor del recurso pretende que se incluya de forma expresa en el relato de hechos probados que el cheque de 81.717 euros abonado por la entidad bancaria había sido emitido "no a la orden". Así como las fechas de los ingresos de los tres cheques, con el fin de contextualizar el comportamiento irregular de la entidad bancaria, que permitió el ingreso del cheque de 81.717 euros, que afecta a la existencia de engaño bastante y, en consecuencia a la exclusión de la subsunción de los hechos en el art. 250.5º del Código Penal, designando como documentos el cheque bancario y extracto de cuenta folios, 55, 55 vuelto y 62 de las actuaciones.

Ahora bien, ya hemos tomado en consideración la circunstancia puesta de manifiesto para señalar que tal modificación de los hechos probados no afectaría al fallo.

Si el autor del delito conocía el efecto de la cláusula, es claro que, al pretender el endoso para pago del cheque estaba operando con engaño, e intentaba conseguir hacerse con una cantidad procedente de un cheque sustraído a su legítimo portador, es decir, estaba simulando una posición jurídica que no le correspondía con la intención de producir un error en la entidad bancaria y obtener el numerario correspondiente, como así ocurrió, de modo que no puede escudarse en la irregularidad del endoso, que en realidad era una gestión de cobro, para que, una vez fuera esta detectada quedara exento de la responsabilidad penal por su comportamiento.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

#### **Recurso del Ministerio Fiscal.**

**CUARTO.-** En el primer motivo, el Ministerio Fiscal, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del art. 22, circunstancia octava, del Código Penal, con respecto al acusado Adrian y al delito de estafa por el que se le condena.

La sentencia recurrida no aplica la circunstancia agravante de reincidencia que solicitaba el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas sobre la base fáctica de la condena del acusado Adrian, en virtud de sentencia firme de fecha 15/12/2008 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, como autor de un delito de estafa, a la pena de dos años de prisión, cuya ejecución fue suspendida condicionalmente por el plazo de cinco años, notificándose tal suspensión, al día siguiente, como dice el *factum*, esto es, el 16/12/2008, como así consta en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Antecedente penal vigente en la fecha en que se realizan los hechos enjuiciados "finales de diciembre", en que los acusados se hicieron con los tres cheques, y los días 13 y 16 de enero de 2009, en los que los ingresaron en la cuenta de los acusados. Declarándose también en el *factum* que tales cheques sustraídos habían sido emitidos por sus legítimos titulares en fechas 29 de diciembre de 2008, 24 de diciembre de 2008 y 22 de diciembre de 2008 respectivamente.

De lo que antecede no puede más que deducirse con toda claridad que el antecedente penal que se declara probado, estaba vigente en la fecha en que se cometieron los hechos enjuiciados.

Para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia, es imprescindible que consten en la sentencia los siguientes datos: 1) fecha de la sentencia condenatoria; 2) delito por el que se dictó la condena; 3) pena o penas impuestas; y, 4) fecha en la que el penado las dejó definitivamente extinguidas. Este último dato solo resulta innecesario en aquellos casos, como el de autos, en que el plazo de cancelación del art. 136 CP no ha podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria (15/12/2008) y la fecha de ejecución del



hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual (13 y 16/1/2009), puesto que la sentencia que genera el antecedente se encontraba aun sin ejecutar completamente por tener suspendida en dicho plazo la pena.

La sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Quinto, contiene el proceso deductivo llevado a cabo para concluir no computar la reincidencia, al considerar que no consta la fecha de la suspensión de la previa pena de prisión impuesta, lo que ya hemos visto que no es así. El plazo de tres años previsto en el art. 136 CP ha de contabilizarse desde el día en que dicha pena hubiera quedado cumplida, de manera que la pena no podía estar extinguida un mes después de la firmeza y comienzo del plazo de suspensión de la sentencia, esto es, los días 13 y 16 de enero de 2009 (fecha de comisión del nuevo delito de estafa), y en periodo de suspensión.

Nuestra STS 416/2017, de 8 de junio, dice: "Al tiempo de la comisión de los hechos se había producido una condena por un delito de la misma naturaleza que el enjuiciado y era imposible por el tiempo transcurrido, apenas 3 meses, que ese antecedente hubiera sido cancelado. En consecuencia el antecedente estaba vigente al tiempo de la comisión del delito de estafa y debe agravar el delito". Y la STS 387/2017, declara la existencia de la misma infracción de ley, al señalar que: *"la sala de instancia ha argumentado que el momento de la valoración de los antecedentes a tal efecto sería, no el de la ejecución de la acción enjuiciada en la causa, sino el de la decisión sobre la misma. Y esto en aplicación, se dice, de lo dispuesto en el art. 22.8º CP. Pero este modo de razonar no se sostiene; porque este precepto toma como dato cronológico de referencia para la posible aplicación de la agravante el momento de realización del acto punible que se considere. Ciertamente que la valoración judicial al respecto se produce en el momento de emitir la decisión, pero, obviamente, esto es algo que el tribunal debe hacer en uso del criterio normativamente previsto, y no lo ha hecho: Por tanto, es claro que, en este sentido, la infracción de la norma del art. 22.8º CP es patente"*.

En consecuencia, el motivo tiene que ser estimado.

**QUINTO.-** Por el segundo motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal sostiene la infracción legal de la sentencia recurrida por falta de aplicación del art. 74 del Código Penal, al entender que no puede considerarse una sola acción, sino dos, las contempladas en el relato de hechos de la Sentencia recurrida, a pensarse conforme a los parámetros del expresado precepto como delito continuado.

Los hechos probados declaran que los tres cheques manipulados se ingresaron, mediante endoso "los días 13 y 16 de enero de 2009", fijando así, las fechas de comisión del delito de estafa que permiten subsumir jurídicamente la acción sucesiva de los acusados, en cuanto el cobro de los cheques por ellos manipulados.

Sin embargo, la sentencia no aprecia la continuidad delictiva en el delito de estafa, al estimar en su F. J. 2º que los acusados *"no realizaron una pluralidad de acciones, sino una sola acción, falsifican el endoso de los tres cheques y los tres son presentados al cobro"*.

Olvidan los jueces "a quibus" que tales acciones no se llevaron a efecto en unidad de acto, sino que se perpetraron "los días 13 y 16 de enero de 2009".

Los requisitos establecidos en nuestra doctrina jurisprudencial para la concurrencia del art. 74 del Código Penal, son los siguientes: a) Una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes pues de resolver en el mismo proceso; b) Dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución, y de propósito criminal. Es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio que requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos delictivos aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarlos, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Por lo que, en suma, es el elemento básico y fundamental del delito del art. 74 CP, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión; c) Unidad de precepto penal violado, o al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo", se ha dicho; d) Homogeneidad en el "modus operandi", lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; y e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad.

El Ministerio Fiscal cita nuestra STS 657/2012, de 19 de julio, en donde declaramos, con respecto al delito de estafa, que "abarca en su dicción junto a una modalidad perfilada subjetivamente (planificación de una actividad que se despliega en momentos diversos), otra de configuración más objetiva o mixta que no requiere una intención previa conjunta, sino la repetición de acciones similares ante situaciones semejantes



("aprovechando idéntica ocasión"). Aún faltando una intencionalidad preexistente que abrace todas las acciones, será de aplicación el art. 74 cuando el dolo emerge nuevamente ante una ocasión análoga. El vocablo usado -idéntica- no exige una plena simetría que no se dará nunca si se entiende en su literalidad; es suficiente que la ocasión sea parecida, similar o semejante ( STS 16/2003, de 14 de enero). Se ha hablado en esa segunda modalidad de un dolo continuado ( STS 309/2006, de 16 de marzo). Frente al dolo unitario, conjunto o global (plan preconcebido), el dolo continuado supone que cada decisión de actuar surge en un momento diferente, aunque en un contexto similar, engarzándose todas las acciones en una línea psíquica persistente ( STS. 737/1999, de 14 de mayo). Y para el caso enjuiciado en dicha resolución judicial: "Los hechos analizados consisten en la confección de dos pagarés de la empresa donde el recurrente trabajaba como administrativo, imitando la firma de la persona autorizada en la cuenta de la entidad para su presentación al cobro. Uno de ellos se realizó el día 7 de febrero. El otro se presentó al cobro el día 6 de febrero. Es palmario que, si no pudiese hablarse de dolo unitario, al menos, concurriría ese dolo continuado o aprovechamiento de idéntica ocasión, que sitúa los hechos en la órbita del art. 74 del Código Penal."

El delito continuado requiere la perpetración de dos o más delitos que se sancionan con una penalidad conjunta con arreglo al art. 74 del Código Penal. Es una variedad del **concurso** real que contiene una regla penológica aplicable a todas esas infracciones penales, que se denomina delito continuado, y que, por consiguiente, requiere varias acciones u omisiones típicas, junto al resto de los requisitos anteriormente expuestos.

Por consiguiente, no puede existir esa acción única si los hechos que se perpetran sucesivamente en el tiempo, en los márgenes que constan en la resultancia fáctica, aunque se hayan cometido con dolo unitario y mediante un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión. Y así, estamos en presencia de dos acciones de puesta al cobro e ingreso de cheques nominativos manipulados o falsos, separadas en el tiempo (no desplegadas en unidad de acto) y realizadas en ejecución de un plan preconcebido: el 13 de enero de 2009 se ingresaron los cheques núm. NUM002 y NUM003 por importe total de 19.335,42 euros (con fecha valor 15/1/2009) y el 16 de enero de 2009 el cheque núm. NUM001 por importe de 81.717,36 euros (con fecha valor 19/1/2009).

En consecuencia, se trata de un delito continuado y el motivo ha de ser estimado.

#### **Costas procesales.**

**SEXTO.-** Se impondrán las costas procesales respecto al recurso de Adrian , y se declaran de oficio las costas para el recurso del Ministerio Fiscal.

#### **FALLO**

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

**1º.- Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado D. Adrian** contra Sentencia núm. 488/2017, de 17 de julio de 2017 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la mencionada Sentencia núm. 488/2017, de 17 de julio de 2017 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**2º.- CONDENAMOS** al recurrente Don Adrian al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso **y declaramos de oficio** las causadas por el recurso del MINISTERIO FISCAL.

**3º.-** En consecuencia, **CASAMOS y ANULAMOS**, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

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

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2395/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**



## Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Julian Sanchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por la representación legal del **acusado D. Adrian** contra Sentencia núm. 488/2017, de 17 de julio de 2017 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona. Resolución que 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 al estimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Así los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes y de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia casacional, hemos de condenar a Adrian y a Baltasar como autores de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249 y 250.5º y 74 del Código Penal, en **concurso** medial ( art. 77 CP) con un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392, 390.1.1º y 3º, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de dilaciones indebidas y reparación del daño, en ambos acusados y la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8ª del Código Penal en el acusado Adrian , respecto al delito continuado de estafa, debiendo imponerse a Baltasar las penas de dos años de prisión, y multa de cuatro meses, a razón de una cuota diaria de seis euros, prácticamente la mínima al proceder en este caso el descenso en un grado de la pena aplicable, accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y a Adrian , las penas de tres años y siete meses de prisión, y multa de ocho meses con cuota diaria de seis euros, accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; y al pago de costas por mitad a ambos penados, siguiendo igualmente los criterios de individualización de la pena establecidos en la sentencia recurrida, y en este último caso la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, y prácticamente la misma en el primero.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos condenar y condenamos a Adrian y a Baltasar como criminalmente autores de un delito continuado de estafa, ya definido, en **concurso** medial con un delito de falsedad en documento mercantil, igualmente definido, concurriendo en ambos acusados las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y reparación del daño, y la circunstancia agravante de reincidencia en el acusado Adrian , respecto al delito continuado de estafa, debiendo imponerse a Baltasar las penas de dos años de prisión, y multa de cuatro meses, a razón de una cuota diaria de seis euros, con la consecuencia prevista en el art. 53.1 del Código Penal en cuanto a su impago, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de



la condena, y a Adrian , a las penas de tres años y siete meses de prisión, y multa de ocho meses con cuota diaria de seis euros, con la propia consecuencia anterior, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; y al pago de costas procesales por mitad.

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

Así se acuerda y firma.

**Manuel Marchena Gomez Julian Sanchez Melgar Pablo Llarena Conde**

Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ