



Roj: **STS 3972/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3972**

Id Cendoj: **28079120012018100576**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2018**

Nº de Recurso: **3018/2017**

Nº de Resolución: **573/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 573/2018

Fecha de sentencia: 21/11/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3018/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia

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

Transcrito por: CPB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3018/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 573/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 21 de noviembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3018/2017, interpuesto por **D^a Sabina**, representada por el procurador D. Eduardo José Manzanos Llorente, bajo la dirección letrada de D. Vicente Grima Lizandra, contra la sentencia dictada por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 28 de septiembre de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida la entidad "BROSETA ABOGADOS, S.L.P.", representada por la procuradora D^a Beatriz González Rivero, bajo la dirección letrada de D. Abraham Castro Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Valencia, instruyó Procedimiento Abreviado nº 174/2014, contra **D^a Sabina**, por un delito de estafa y/o apropiación indebida, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que en la causa nº 159/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ASI SE DECLARAN EXPRESAMENTE LOS SIGUIENTES:

La acusada Sabina, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 y sin antecedentes penales, comenzó su relación profesional con el despacho BROSETA ABOGADOS, S.L. en el año 1999, con un contrato de colaboración mercantil. En el año 2009, dado su buen hacer profesional y la confianza que generaba en los socios fundadores, pasó a ostentar la condición de socia, con una participación del 5% de la sociedad, al igual que Leon.

En tal condición de socia, el 29 de noviembre de 2009 suscribió los acuerdos sociales (doc. 12, f. 182, carpeta 2 de los que acompañan a la querrela) en los que se establecía un régimen de exclusividad en el ejercicio de su profesión (artículo 10 bis,I-a), así como un régimen de retribuciones anuales, que consistía en un fijo y un variable a convenir entre los socios, compuesto de diversos factores que obran en el citado documento, el cual retrotrae sus efectos a fecha 1 de enero de 2008.

En la misma fecha, se aprobaron los Estatutos Sociales (documentos 13, folio 222, carpeta 3 de los que acompañan a la querrela), en cuyo artículo 2, al regir el objeto social, se incluye expresamente la actividad de administrador concursal.

En su condición de socia del despacho, la acusada fue nombrada administradora concursal en diversos concursos mercantiles, habiendo reconocido tanto la querellante, como los otros socios de Broseta abogados en sus declaraciones obrantes a los f 821 y 834, y en los diversos escritos que se han presentado en la presente causa, y como consta en los diversos dictámenes emitidos por peritos, que se le permitió a la acusada, al invocar la misma motivos de conveniencia fiscal, que concurriera a dichos concursos a través de una sociedad creada al efecto por ella, la mercantil ANTONIA MAGDALENO CARMONA S.L., con domicilio social en la Urb. Monasterios de Puzol. Una vez obtenido su nombramiento y cobrado por ello los honorarios que le correspondían por el trabajo realizado en el concurso, en virtud de los acuerdos sociales, debía ingresar el importe íntegro del dinero cobrado en el despacho, para lo cual la acusada daba las órdenes oportunas al departamento de administración de la sociedad para que le facturaran a su sociedad el importe que a su vez ella había cobrado de las concursadas.

El despacho se hacía cargo de todos los gastos necesarios para que la querrelada realizara su labor en los concursos.

Este procedimiento, excepcional y consentido por el despacho, fue el que se siguió durante un determinado tiempo, hasta que la acusada, como socia del despacho y valiéndose del prestigio que el mismo tenía, obtuvo su nombramiento en los concursos de MARTENSA-FADESA de la Coruña, el 24 de julio de 2008 (sic), y URAZCA de Bilbao, el 15 de mayo de 2008.

En el primero de los dos concursos citados, se obtuvo el nombramiento gracias a la intervención del también socio Leon, ya mencionado supra, el cual inició negociaciones con el despacho de abogados de La Coruña que regenta D. Virgilio (VALES ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, S.L., y del que también forma parte D. Jose Ramón, a fin de colaborar en la gestión de dicho concurso, suscribiéndose en fecha 18 de febrero de 2009 contrato de colaboración entre ambas sociedades, representadas por sus respectivos representantes legales, D. Virgilio y D. Ángel Jesús, respectivamente. En dicho contrato (doc. 29, folio 449, carpeta 3 de los que acompañan a la querrela), se dice que "Da Sabina, en su calidad de socia directora del Área de Procesal-Concursal del Broseta Abogados", había sido designada administradora concursal en el procedimiento de concurso voluntario de la mercantil Martinsa Fadesa, S.A.



En cuanto al concurso de UDAZCA, seguido en Bilbao, a fin de facilitar las actividades propias de la llevanza del cargo de administradora concursal para el que había sido designada la Sra. Sabina, la mercantil BROSETA ABOGADOS, S.L., representada por D. Ángel Jesús, alquiló un local para despacho en Bilbao, cuyo contrato obra al folio 402 y ss de la carpeta 3 de documentos de los acompañados con la querella.

Es a partir de estos nombramientos, y dado que se generaban unos pingües honorarios, cuando la acusada, que ya mostraba su discrepancia con la forma de convenir el variable de sus retribuciones, sin causa que lo justificara, comenzó a dar órdenes al despacho para que le facturaran unas cantidades inferiores a las que ella había percibido, ocultando por tanto el importe realmente cobrado de las mercantiles concursadas, incumpliendo así lo que establecían los estatutos sociales, en cuanto a la exclusividad de su prestación de servicios, y al sistema retributivo acordado.

Los socios del despacho, basándose en la confianza que tenían en la actuación de la acusada como socia, daban por hecho, como había ocurrido hasta entonces, que los importes que había cobrado la acusada eran sustancialmente coincidentes con los que a su vez ella ordenaba que le fueran facturados a su sociedad. En ese estado de cosas, simulando que todo seguía como hasta entonces, Sabina procedió a indicar al despacho que le fueran facturadas a su mercantil Antonia Magdaleno Carmona SL cantidades que eran inferiores a las realmente cobradas por ella en los citados concursos, de manera que la acusada se apoderaba en su propio beneficio de la diferencia entre dichas cantidades, descubriéndose su ilícito proceder a raíz de la carta de cese que la acusada presentó a la sociedad con fecha 9-3-2011.

A fin de mantener dicho estado ilusorio en el despacho, en la referida carta (doc. 18, folio 337, carpeta 2 de documentos de los acompañados a la querella), se dice "...los grandes ingresos y el reconocimiento público proveniente de los grandes concursos están amortizados y han sido cosechados en su integridad por el despacho...". Por su parte, en el documento 17 de igual carpeta, folios 331 y ss, consta la facturación de los concursos de MARTINSA FADENSA, S.A. y URAZCA.

Se ha podido acreditar (folio 847) que, como consecuencia de su actuación, la acusada se ha lucrado, en perjuicio de la querellante, de las siguientes cantidades:

-Respecto del concurso de Martinsa-Fadessa seguido en el Juzgado de lo Mercantil de la Coruña con nº 408/08 la acusada cobró por honorarios de la concursada la cantidad de 7.862.528,76 euros, mientras que ordenó le fuera facturado por el despacho la cantidad de 3.324.891 euros. De otro lado, Sabina abonó al despacho de Virgilio, en virtud del contrato de colaboración antedicho, una factura de fecha 17 de marzo de 2011 (folio 764 tomo II) por importe de 627.309,23 C.

-Respecto al concurso de Urazca, seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, con nº 213/08, la acusada cobró la cantidad de 1.458.209,99 euros, mientras que ordenó le fuera facturada la cantidad de 589.778,18 euros, por lo que la cantidad defraudada en su conjunto asciende a 4.670.749,26 euros.

Sabina cesó como socia en el despacho BROSETA ABOGADOS, S.L. el 21 de abril de 2011."

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

"FALLAMOS.-

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Sabina, como autora responsable de un delito continuado de estafa agravada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE NUEVE MESES, con una cuota diaria de 200 € y con una responsabilidad personal subsidiaria privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de costas procesales, incluidas las de la acusación particular."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley y precepto constitucional por la procesada, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de la recurrente, basa su recurso en el siguiente motivo:

1º.- Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

2º.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 248 y 250 del Código Penal.



3º.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 74 del Código Penal .

4º.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

5º.- Al amparo de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 y 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de la pena impuesta.

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 109 y 113 del Código Penal en relación con los arts. 111 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los arts. 109 y 115 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 31 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1.- Denuncia en el primero de los motivos que la sentencia de instancia ha vulnerado la garantía constitucional de presunción de inocencia particularmente en referencia a la afirmación de que la penada **engañó** de manera que se califica de **bastante**, afirmación que tilda huérfana de motivación que la justifique.

Reprocha a la sentencia que esa valoración como bastante se haga no obstante constar que el dato de los honorarios percibidos por la acusada de las entidades concursadas *constaba en el despacho* de los querellantes, que *podían acceder* a los autos que los fijaban con el programa (TICKIT) en aquél instalado. Y cuestiona la premisa establecida en la sentencia acerca de que no existiera esa comprobación por dispensar los querellantes total *confianza* a la socia acusada.

Tal confianza la niega la recurrente e invoca como prueba contraria el texto de un laudo arbitral que da cuenta de que, *desde octubre de 2010, cristalizó un descontento* de la acusada en el despacho que llevó a una desafección que terminó con el abandono del despacho por aquella, siendo esa la época en que según la querellante aparecen las diferencias en la facturación.

Tampoco comparte la premisa de la sentencia sobre ignorancia de los honorarios reales percibidos de las clientes concursadas ya que éstas eran entidades cuyo concurso adquirió *relevante notoriedad pública*. Y con ellas mantenía el despacho *canales de comunicación* sin razón para que ellas tuvieran reticencias en informar al despacho en cuya consideración se contrató a la acusada. Aún más, tras la dimisión de la acusada, según declaró el socio Sr Isidoro , en un procedimiento arbitral, hizo comprobaciones que le llevaron a detectar las diferencias entre lo que aquella percibía y lo que el despacho, por su indicación, facturaba.

2.- Reprocha la recurrente a la sentencia de instancia una insuficiente exposición de las razones por las que concluye la suficiencia del engaño que afirma respecto del comportamiento que atribuye a la recurrente. Y lo hace desde la queja de que ello implica vulneración de la garantía de presunción de inocencia.

Mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad en las razones que el Tribunal expone que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí la diversidad de efecto de la vulneración de una y otra garantía: la nulidad de la sentencia que no alcanza aquel mínimo de exposición de motivos, y la absolución del acusado cuya presumida inocencia no ha sido debidamente enervada.

Es claro que según deriva del propio texto del motivo, aquella queja no se formula tanto por no alcanzarse aquel mínimo justificador cuanto por no alcanzar el canon constitucional que permita establecer como aceptable la



certeza sobre la veracidad de lo que se afirma probado: si el engaño que se predica del comportamiento de la acusada es bastante para poder calificar aquel de típico del delito de estafa.

3.- Pero una segunda advertencia nos lleva a señalar que la abastanza de un engaño a los efectos de la calificación del comportamiento engañoso como típico penalmente no constituye un dato cuya afirmación pueda controlarse en casación desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

Como dejamos establecido en nuestra STS nº 462/2014 de 27 de mayo, el supuesto de aplicación de una norma penal puede venir constituido por enunciados fácticos susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos. Se refieran a hechos externos o internos (psicológicos, como la intención o el conocimiento que el sujeto tiene de algo). Pero también por enunciados cuya formulación exige un juicio de valor, a recaer sobre un determinado dato empírico que, para su calificación jurídica, debe ser puesto en relación con determinadas referencias o criterios valorativos. De esos juicios no cabe predicar verdad o falsedad, sino aceptabilidad o no. Tales criterios - axiológicos en general (fealdad) o, en casos, normativos (ajeneidad de una cosa, suficiencia de un acto para engañar de manera penalmente relevante) - pueden ser de una diversa objetividad. De suerte que el desiderátum de taxatividad propia de la norma penal se satisface en mayor medida según sea mayor ese grado de objetividad.

La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

Los enunciados empíricos, sean externos o psicológicos, solamente pueden impugnarse por el cauce del artículo 849.2 o por el del 852 (presunción de inocencia) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los juicios de valor admiten el mismo cauce solamente cuando la queja se refiere al objeto de valoración, es decir al dato que ha de contrastarse con los criterios valorativos. Así cuando el presupuesto de la norma es la fealdad de una secuela, lo que concierne a las características del resto lesivo que sufre la víctima. Pero no el predicado que tal dato merece en función del canon de belleza/fealdad. Este juicio es ya un juicio normativo - no jurídico, aunque de consecuencias jurídicas - cuya impugnación encuentra habilitación a través de la previsión del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La abastanza del engaño para hacer de éste un elemento determinante de la tipicidad penal de la estafa no es un dato empírico, sino un juicio de valor cuyo soporte fáctico es el comportamiento descrito como engañoso. De ahí que el control de la aceptabilidad de su afirmación haya de llevarse a cabo a través del cauce casacional del ordinal 1º del artículo 849, que es el empleado para dar curso a la misma queja en el siguiente motivo. Allí estudiaremos la estimabilidad de la protesta de la penada.

3. Para dar respuesta al primero de los motivos habrá de examinarse la suficiencia probatoria que justifique la afirmación de veracidad de la imputación del comportamiento engañoso que se hace en sede de hechos probados y ello en relación a los concretos particulares que señala el recurso.

La constancia de los honorarios fijados judicialmente para ser satisfechos (siquiera no que lo fueran efectivamente) por las clientes concursadas, su diferencia cuantitativa respecto de los que la acusada indicó al despacho para que fueran facturados por éste, e incluso la posibilidad de acceder a la información de tal diferencia desde el despacho y el aprovechamiento de esa diferencia por aquella están fuera del debate por admitidos.

Lo debatido son las *premisas fácticas de la suficiencia*: Concretamente si el despacho, es decir los querellantes, ignoraron aquella información por *dejadez* y no por la inexistente *confianza* en el comportamiento de la acusada que, afirman, ya se habría desvanecido en las fechas de aquel aprovechamiento.

Como la impugnación del recurso por los querellantes recuerda el volcado de información en el sistema informático del despacho alcanza niveles de tal entidad, dada la multiplicidad de cuentas de clientes, que explicarían un selectivo acceso efectivo en función de quien lo lleva a cabo. Por lo que, si las cuentas de las concursadas a que se refiere este hecho, estaban llevadas bajo el control de la acusada y se confiaba en ella, tal acceso no era presumible que se llevara a cabo *efectivamente* desde secciones del despacho o por socios de éste ajenos a la actividad profesional dispensada a las concursadas o no vinculadas a la misma acusada.

Tampoco es baladí recordar que la información registrada en el sistema informático bajo la indicación de la resolución judicial que fija los honorarios contra aquellos respecto de los que estaba autorizada la facturación. Pero ello difiere de la efectividad de la percepción. La diferencia cabe que concurra por múltiples variables (condonación, imposibilidad de pago por el obligado a hacerlo etc.)

Como recuerda esa impugnante del motivo el testigo Sr. D. Leopoldo respondió al Ministerio Fiscal en el juicio oral que no podía comprobar el **importe de lo efectivamente percibido** por la acusada de los clientes. Y esa era la persona encargada de la administración en lo relativo a facturación. La recurrente conocía lo **efectivamente**



cobrado y lo ocultó al despacho. Por ello, como indica la impugnación del recurso, la real cuantificación de la diferencia no se constata hasta fechas bien posteriores, dada la insuficiencia de lo que se conocía y podía conocer por el despacho.

Por otra parte, como bien recuerda en su minuciosa impugnación el Ministerio Fiscal, tampoco la acusada ha acreditado que los aprovechamientos excluyentes por su parte de las diferencias generadas entre honorarios percibidos y facturados ocurrieran después de la pérdida de confianza de los demás socios en la acusada ya que ésta se fija en octubre de 2010. Al contrario, pericialmente se describe que el sistema de facturas "espejo" funcionó durante los años 2008, 2009 y 2010. Tal sistema implicaba que existían dos facturas sustancialmente idénticas: a) la que el despacho libraba contra la sociedad AMC (sociedad intermediaria entre despacho y cliente titularidad de la acusada) y b) la que AMC giraba a la cliente concursada. **Salvo en los casos de las dos concursadas a que se refiere la causa de la que procede este recurso.** No constan en el motivo de la recurrente que se facturara con divergencia desde la indicada fecha de octubre de 2010.

Por ello tampoco cabe excluir la confianza como contexto en el que se lograba conjurar por la acusada el riesgo de que se descubriera su artimaña fraudulenta.

En conclusión excluido del debate en casación ya la cuestión sobre los datos antes indicados como admitidos, y, desde luego, la inexistencia de pacto alguno que autorizara a hacer suya las cantidades de que se aprovechó la recurrente más allá de lo que se le reconcomía como socia por los servicios prestados, y que tal utilización fue posible, en principio hasta el descubrimiento del fraude, es claro que nada de lo fáctico fue declarado probado con vulneración de la garantía de presunción de inocencia ni pretiriendo justificación harto suficiente de lo imputado.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.-

1.- El segundo de los motivos invoca una infracción ya de ley ordinaria y lo hace por el correspondiente cauce del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal en referencia a los artículos 248 y 250 del Código Penal. La tesis del recurrente se asienta en la negación de la existencia de elementos esenciales del tipo de estafa a que tales normas penales se dedican.

En primer lugar la suficiencia del engaño constituido por el comportamiento que se le imputa, dando por reproducido el argumentarlo desplegado en el motivo anterior y que ahora examinaremos, resuelta la fijación del soporte fáctico, desde esta perspectiva de aceptabilidad de la abastanza como juicio de valor. Y, en segundo lugar, por considerar que el perjudicado no habría llevado a cabo una acto de disposición patrimonial que el tipo penal, según cree, exige.

2.- En lo relativo a la entidad del engaño necesario para definirlo como penalmente típico, aunque el motivo no lo menciona expresamente, debemos excluir que el perjudicado haya incurrido en la infracción de algún tipo de deber de *autoprotección* que, en algún caso, puede excluir la tipicidad del comportamiento incluso siendo éste engañoso.

Recordaremos aquí la doctrina jurisprudencial al efecto como lo hacíamos en la reciente STS nº 479/2018 de 17 de octubre. El engaño se pueda tildar de insuficiente o no bastante a los efectos de su tipificación cuando es fácilmente conjurable de haber llevado a cabo mínimas cautelas de autoprotección (STS 485/2017 del 29 de junio).

Ese requisito de suficiencia del engaño remite, por un lado, a la entidad del engaño objetivamente desarrollado, y, por otro lado, a la exigencia de suficiente diligencia por parte de la víctima, atendidas sus circunstancias personales.

Al respecto debe mantenerse un equilibrio entre, de una parte, las "pautas de confianza", que deben regir las relaciones jurídico-mercantiles, si éstas se quiere que sean fluidas y no entorpecedoras, como ocurriría de seguir un principio de desconfianza absoluta, y, de otra parte, las "pautas de desconfianza" que obligan a no descartar finalidades torcidas en uno de los contratantes. (STS nº 274/2012 de 4 de abril)

Ahora bien, también establecimos, en relación con el deber de autoprotección de la víctima (STS nº 377/2017 de 24 de mayo y STS nº 160/2017 de 20 de marzo), que ha de partirse de la base de que el tráfico mercantil ha de regirse por los principios de buena fe y confianza (STS 838/2012, de 23 de octubre). Ciertamente cabe predicar la **exclusión del tipo penal en supuestos de engaño burdo o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia**, pero lo inadmisibles es desplazar sobre la víctima la responsabilidad del engaño, escogiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales (STS nº 162/2012 de 15 de marzo).



Y es que lo **no tolerable es que llegue a 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.** (STS 228/2014 de 26 de marzo). 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.

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS 1243/2000 de 11 de julio del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse **bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores**, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla "sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado".

Es obvio que el ardid desplegado por la acusada, no solamente recabando y consiguiendo de sus socios que la facturación a las clientes, que lo eran del despacho querellante, se hiciera a través de una entidad interpuesta controlada por aquella, sino además ocultando la realidad de lo que ella percibía de tales clientes, a través de aquella entidad interpuesta, logró que el despacho al no conocer aquellas reales percepciones, se aquietara, mientras ignoró lo ocurrido, con percibir una cantidad inferior a la que le correspondía y por la que, aceptando las indicaciones de la acusada, emitía las correspondientes facturas minoradas de honorarios.

Ninguna duda cabe pues, ni sobre la realidad ni sobre la entidad del engaño, con suficiencia para producir error en quien, por causa de ello, resultaría perjudicado.

Este aspecto del motivo se rechaza.

3.- Sobre la concurrencia de un acto de disposición patrimonial como elemento del tipo de estafa.

Este delito requiere una concatenación de causalidades según la cual el engaño llevado a cabo por el autor, primero, es causa del error, y éste, a su vez, del acto de disposición que, en fin, es causa del perjuicio económico. La necesidad de esta última relación con el perjuicio requiere, en quien sufre el error, que lleve a cabo una verdadera colaboración de hecho con el programa delictivo del criminalmente responsable, obviamente motivada por la previa entre la misma y el error provocado al que la presta.

Pero ello exige las siguientes precisiones: a) la amplitud de contenido posible de la conducta típica de tal **disposición** que no tiene que ser necesariamente **activa**, ya que puede serlo **pasiva**; porque tanto dispone quien hace salir un bien del patrimonio como quien obsta la entrada de uno en el mismo, de tal suerte que es **erróneo asimilar disposición a desplazamiento** patrimonial, y de ahí que perjuicio a estos efectos de tipicidad de estafa puede ser también la imposición de un gravamen o contraer una obligación cuyo cumplimiento puede traducirse simplemente en cercenar al perjudicado la posibilidad de impedir actos de otro; b) la disposición penalmente típica no exige una exteriorización o expresión de voluntad, siendo típica la conducta que **objetivamente** tenga la eficacia de causar perjuicio y c) que esa **eficacia** de la disposición que se traduce en causar un **perjuicio económico**, y tan perjudicial es hacer salir injustificadamente un bien del patrimonio, como no procurar la entrada de aquél en éste.

Ciertamente, siendo la estafa un delito de resultado, el mero peligro de tal perjuicio no basta para la consumación del tipo penal. De ahí que, cuando la **disposición** reviste la modalidad **pasiva** de inhibición en la integración del patrimonio, al embazar el ingreso patrimonial, debemos acudir al **criterio de diferenciar la consumación del agotamiento** del delito. Para ello la referencia esencial será la de identificar la **causa de tal inhibición** del perjudicado en la procura de indemnidad patrimonial. En efecto si el perjudicado simplemente aplaza consciente y voluntariamente el remedio de ésta la ejecución de la estafa estará todavía incompleta. Pero si la abstención del perjudicado en neutralizar el perjuicio buscado por el autor se debe a la persistencia en el error que éste desencadenó el delito se habrá consumado y la persistencia de tal estado de cosas se traduce en el mero agotamiento del delito de estafa. Así se perfecciona también la consumación de la estafa lograda con la disposición activa que provoca el perjuicio, aunque la víctima siga disponiendo de las acciones procesales para neutralizar jurídicamente los efectos de su positivo acto de disposición.

Pues bien, los hechos que la sentencia declara probados, contra lo que afirma el motivo, ponen de manifiesto una verdadera disposición patrimonial en términos suficientes para considerar consumada la estafa. Porque al provocar, mediante la mendaz indicación de cuales eran los honorarios que el despacho podría facturar, que éste solamente **actuase** emitiendo factura por esos indicados importes y, además, se aquietara con esa reclamación sin abordar reclamaciones mayores. Si, posteriormente pudo buscar al remedio a la pérdida de



derechos que de tal inhibición derivaban fue porque, descubierto el error, pudo abordar las acciones judiciales necesarias al respecto. Estas dificultaron el agotamiento del plan delictivo de la acusada, pero no que con su conducta hubiera ya consumado la estafa. De ésta ya solamente cabía la reparación de los perjuicios que ocasionó, pero no conjurar su consumación.

Por ello la sentencia de instancia no infringió el artículo 248 del Código Penal al apreciar la consumación de la estafa por la que viene penada la acusada.

TERCERO.-

En el tercero de los motivos -siquiera de modo subsidiario para el caso de rechazo de los dos anteriores- se denuncia la indebida aplicación del art. 74 CP y la consiguiente indebida apreciación de la continuidad delictiva en la estafa (art. 248 y 250 CP). Reprocha a la sentencia de instancia que no explicara las razones jurídicas por las que estima esa continuidad, ni los hechos probados permiten sustentarla

La pluralidad de indicaciones por parte de la acusada para que se confeccionaran facturas también plurales y, además, en relación con actuaciones profesionales diversificadas (intervención en dos procedimientos concursales) determinan el concurso de la pluralidad delictiva en relación de continuidad excluyendo la unidad natural de actividad delictiva. Y es que la identidad de ardid, e incluso de ocasión en que se reiteran las acciones engañosas y las disposiciones de los perjudicados, no desvanecen la reiteración de la voluntad delictiva con desvinculación entre algunas de sus acciones. Al menos las que se refieren a la intervención en un concurso respecto a las que se refieren al otro concurso.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- El cuarto motivo sitúa la queja en el ámbito de la pena impuesta alegando que se vulnera el Artículo 66º 1.2 del Código Penal por no estimar la atenuante de dilaciones indebidas -cuya apreciación ordinaria estimó en aclaración de sentencia- como muy cualificada.

Alega la duración total del procedimiento, pese a la inexistencia de complejidad y lo injustificado en particular de dos demoras en la instrucción.

La no muy intensa literatura de pretensiones justificativas de esa pretensión contrasta con el exhaustivo y bien articulado argumentarlo impugnativo del Ministerio Fiscal. Y con las exigencias que al efecto hemos impuesto en nuestra doctrina jurisprudencial. Recordábamos en nuestra STS nº 255/2018 de 29 de mayo, la nº 642/2017 de 2 de octubre, y en la nº 690/2015 de 27 de octubre, entre otras, *que antes de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en SSTS 598 y 586 de 2014, que no cabía confundir el régimen jurídico de la atenuación de responsabilidad penal con el estatuto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Aquél se mantiene en el ámbito de la legalidad ordinaria, con finalidad reparadora, diversa de la perseguida por el amparo constitucional.*

Y es que, como dijimos en nuestra STS 849/2014 del 2 de diciembre dado el fundamento de la atenuante ésta se justificaba solamente si del retraso se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene por qué implicar éstas de manera inexorable. Y sin daño no cabe reparación. (STS 654/2007 de 3 de julio). En la Sentencia 622/2001 de 26 de noviembre se invocaba la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 15 de julio de 1982 (TEDH 1982\4), dictada en el caso Eckle que ha admitido la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental mediante una atenuación proporcional de la pena, y ha considerado que era una forma adecuada de reparar la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable. Y en la sentencia 2096/2002 de 17 de diciembre se reprochaba a la defensa que "...no ha manifestado las consecuencias negativas concretas del lapso de tiempo transcurrido...".

Después de promulgarse la actual redacción del artículo 21.6 del Código Penal en el año 2010, la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los presupuestos típicos de dilación extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.

En lo que interesa al motivo que ahora estudiamos, también tenemos precisado que la apreciación como "muy cualificada" de esta atenuante procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (STS 25-09-12).



Como advertíamos en la primera de las citadas, la mera indicación de hitos del procedimiento sin indicación de las razones que permiten calificar esos espacios como injustificados ni el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración, así como la ausencia de cualquier referencia a las consecuencias gravosas para el penado, nos llevan por aplicación de aquella doctrina al rechazo de este motivo.

QUINTO.- En el quinto de los motivos se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del deber de motivación de la extensión de la pena impuesta. Alega que la argumentación de la Sentencia que sustenta la individualización de la pena contraviene las reglas de la lógica. Y ello porque, dado que considera que los hechos son constitutivos de un delito continuado de estafa agravada, el marco penal en que se sitúa es el de una pena de prisión de tres años, seis meses y un día a seis años, y el de una pena de multa de nueve a doce meses. Por otra parte la sentencia aclarada estimó como apreciable la atenuante de dilaciones indebidas, siquiera como ordinaria.

El reproche se centra en que pese a la introducción de la atenuante se mantuvo la pena decidida antes de tal aclaración.

El recurso olvida que esa aclaración incluye que, pese a la atenuante, sigue estando justificada la medida de la pena de prisión de cuatro años superior en solamente seis meses a la pena mínima posible. Y de esa suerte también se ubica en la mitad inferior de la imponible. Por lo que así se respeta la medida impuesta por el artículo 66.1. 1ª del Código Penal. Y tal adecuación a la ley obsta la corrección del criterio adoptado dentro de la facultad individualizadora que compete al juzgador dado que este no razona en modo alguno de manera arbitraria la conclusión a que llega.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- En el sexto motivo se denuncia la indebida aplicación de los arts. 109 y 113 CP en relación con los arts. 111 y 112 Ley de enjuiciamiento criminal. Alega que la entidad querellante y su socia la Sra. Sabina tenían suscrito un compromiso para someter a arbitraje las cuestiones civiles derivadas de esa relación mercantil. Por ello estima que el ejercicio de acciones penales no excluiría la supuesta obligación de reserva de las acciones civiles para someterlas luego a arbitraje; lo que impide que la Sentencia penal contenga pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

El "Acuerdo de socios del despacho Broseta Abogados" la resolución de "disputas" impondría que "toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la Sociedad y los socios, entre los órganos de administración [...] y los socios, o entre cualquiera de los anteriores" se ha de someter a arbitraje. Eso equivaldría, según el motivo, a una "reserva" de la acción civil reconduciendo de manera excluyente su ejercicio al procedimiento arbitral

No obstante, en modo alguno cabe extender la característica de "controversia o conflicto de naturaleza societaria" a la surgida de acciones delictivas. Incluso una cláusula de tal alcance **carecería de licitud** de conformidad con los límites que al ámbito de la autonomía de voluntad impone el artículo 1255 del Código Civil.

El motivo se rechaza.

SEPTIMO.- El último de los motivos pide la casación de la sentencia de instancia al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los arts. 109 y 115 del Código Penal", porque en ella no se descuenta de la indemnización impuesta los gastos abonados por la acusada por cuenta, según lo pactado, del despacho Broseta, con posterioridad a la salida de la acusada de ese despacho. Gastos originados por la dispensación de múltiples actuaciones profesionales cuyos honorarios ya habían sido cobrados en la fase común, de manera que el criterio de indemnización fijado en sentencia supondría un enriquecimiento injusto para la querellante.

Basta recordar que la compensación que aquí se postula exigiría que fueran declarados como probados los hechos en que se funda la pretensión. Pues bien, dado el cauce procesal elegido - artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal- las correcciones en la aplicación de la ley deben evidenciarse a partir de los hechos tal como son declarados probados. Y no se indica en el motivo que apartado del relato de lo probado podría justificar el reconocimiento de la deuda de los querellantes con la recurrente por los conceptos que indica en el motivo.

Sin perjuicio de las acciones civiles que al efecto la recurrente pueda llegar a ejercitar, este motivo también se rechaza.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 Lecrim, la desestimación del recurso interpuesto obliga a imponer a la recurrente el pago de las costas procesales.



FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por D^a Sabina contra la sentencia dictada por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 28 de septiembre de 2017.

Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ