

Id. Cendoj: 28079120012018100207
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 03/05/2018

Nº Recurso: 1203/2017

Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Procedimiento: Penal. Apelación procedimiento abreviado

Idioma: Español

RECURSO CASACION núm.: 1203/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 209/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 3 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1203/2016 interpuesto por **Anibal Jeronimo, Gerardo Elias, y Narciso Eliseo**, representados por los procuradores Sres. Martín Cantón, Cendra Guinea y Bordallo Huidrobo, bajo la dirección letrada de D. Cristóbal Martell Pérez Alcalde, D. Jaime Martel Gimero y D. Jesús Santin Bascon contra sentencia de fecha 19 de abril de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra los recurrentes por delito continuado de falsedad en documento mercantil, insolvencia punible y estafa y apropiación indebida. Han sido partes recurridas el Abogado del Estado, Banco Popular SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Caixabank SA, CajaMar Caja Rural representados por los procuradores Sres. Oliva Collar, Cebrián Palacios, Montero Reiter, y Ureba Álvarez Ossorio bajo la dirección letrada de los Sres. Triullo Navarro, Gili Cantarell, Joaaniquet Larrañaga, y Lao Morales,. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona instruyó PA nº 17/2016, contra Santiago Julian, Anibal Jeronimo, Gerardo Elias, Narciso Eliseo, Evaristo Lazaro, y Unió Democràtica de Catalunya. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) que con fecha 19 de abril de 2017 dictó Sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

<< PRIMERO.- Se declara probado que los acusados Santiago Julian y Anibal Jeronimo, sin antecedentes penales dirigían el grupo de empresas "IMS", un conglomerado de sociedades mercantiles organizadas de forma escalonada.

Los indicados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo figuraban como administradores solidarios de las sociedades "de primer nivel", mientras que en las de "segundo nivel" figuraban como administradores meros "hombres de paja" de aquéllos, determinados y sometidos a las instrucciones de los primeros y sin verdadero dominio sobre sus conducta ni visión de conjunto, pues se limitaban a acatar las órdenes recibidas.

Las sociedades de "primer nivel" eran las siguientes: GRUP IMS ASSESSORS ECONÓMICS I JURÍDICS SL., IMS ASSESORS ECONÓMICS I JURÍDICS S.L., IAS SERVEIS D'INTERNET S.L. y AXIALSOFT S.L.

Todas ellas figuraban en un mismo domicilio social en Barcelona, C/ Sepúlveda nº 141-143, y la primera de ellas, Grup IMS Assessors Econòmics i Jurídics, SL, actuaba como sociedad holding del grupo, siendo una de las principales suscriptoras de ampliaciones de capital realizadas por el resto las sociedades del "primer nivel", ampliaciones que únicamente pretendían generar una apariencia de solvencia en las mismas. IMS Assessors Econòmics i Jurídics, Axialsoft e IAS Serveis d'Internet, por su parte, tenían una actividad comercial real, aunque residual en comparación con las actividades a las que más adelante se va a hacer referencia.

Como sociedades de "segundo nivel" se han identificado hasta 19 mercantiles, todas ellas administradas por testaferros controlados por los indicados Sres. Santiago Julian

y Anibal Jeronimo. Concretamente, realizaban estas funciones Celestino Romualdo, Romulo Hilario, Maximino Urbano, Marisa Nieves, Jeronimo Segismundo, Doroteo Miguel, Argimiro Torcuato, Miguel Carlos y Angel Bartolome.

Algunos de ellos se turnaban o se sucedían en estas funciones de administración o de representación como apoderados de las mercantiles, siempre bajo la dirección de los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo. Las sociedades son las siguientes:

1.NIF: B59025452, LIMONITA SL Administrador: Celestino Romualdo.

2." :F58475351, ELS MOLGARS COOP LTDA. Luego INTERDEBY S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

3." : B62254461, FINAL VERSIÓN S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

4." : B59500678, SERVEIS GESTIO I INTERMEDIACIO CPF S.L. Administrador: Romulo Hilario.

5. NIF : B63181465. PROMOTORA NEW SCENIC S.L. Administrador: Maximino Urbano.

6."B62630926. FET I FET S.L. Administrador: Maximino Urbano.

7. " : B63181515. BEXIS TOWN S.L. Administradora: Marisa Nieves.

8. " : B63164149. ULAXER DREMS S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

9. " : B63174213. URSE'IX IBERICA S.L. Administrador: Jeronimo Segismundo.

10. " : B63110126. RURTRAX TRADE S.L. Administrador: Argimiro Torcuato.

11. ": B61895694. BARDEFELS S.L. Administrador: Miguel Carlos.

12. ": B61490603. PROYECTOS MARC S.L. Administrador: Miguel Carlos .

13. ": B59929687. PURAL 33 S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

14.":B60959137. CONSTRUCCIONES SUN ETNIC S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

15.":B62122700. COMERCIAL REFORMA HOGAR S.L. Administrador: Celestino Romualdo.

16.":B18758235. SOFTWARE PYME GRANADA S.L. Administradora: Marisa Nieves.

17.": B12749818. CASTELLO SOFTWARE PYME S.L. Administradora: Marisa Nieves.

18.": B83827154. ELECTRONIC OPERATING S.L. Administrador: Angel Bartolome.

19.": B83792531. DIRECCION COMERCIAL S.L. Administrador: Angel Bartolome.

Los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo, para obtener un beneficio económico, utilizaron la estructura societaria descrita para solicitar, en diversos bancos y cajas de ahorro, la apertura de múltiples líneas de descuento a nombre de las sociedades del primer nivel (Grup IMS Assessors Econòmics i Jurídics, IMS Assessors Econòmics i Jurídics, Axialsoft e IAS Serveis d'Internet), aparentando que disponían de una actividad económica relevante y solvente, para descontar a través de ellas miles de facturas, que no correspondían a prestación alguna, giradas contra las sociedades mencionadas de segundo nivel, controladas también por ellos mismos a través de testaferros. A medida que vencían las facturas descontadas, los acusados ingresaban

las sumas necesarias para cubrirlas, utilizando las cantidades obtenidas de otras facturas descontadas posteriormente.

Las sociedades Axialsoft, IMS Assessors e IAS Serveis d'Internet, emitieron, aproximadamente, en el año 2004 unas 1.658 facturas, en el año 2005 unas 2.304 facturas y hasta junio de 2006 unas 1.556 facturas, por importes entre 3.500 y 4.500 euros.

Las otras tres sociedades del primer nivel (Grup IMS Assesors Econòmics i Jurídics, I.L.S. Finques e Inversions Immobiliaries i Financeres IKS) aunque no emitían facturas mendaces, participan también en este entramado, ya que el dinero que las tres primeras obtenían mediante el descuento se traspasaba a cuentas bancarias de estas últimas, y desde ellas se volvía a hacer traspasos entre las seis sociedades con la finalidad de dificultar el seguimiento del dinero, que finalmente siempre salía en efectivo. Por otra parte, declaraban tributariamente ventas con el objeto de mostrar una imagen de entidad activa y con solvencia ante las entidades de crédito.

Las sociedades de segundo nivel no tenían actividad mercantil alguna.

Los límites máximos de las líneas de descuento, ordenados por sociedades y entidades bancarias son los siguientes:

BSCH: Axial 500.000, IMS 674.535, IAS 60.000, Grupo IMS 18.000

BANC POPULAR: Axial 430.000, IMS 20.061, IAS 60.101, Grupo IMS 120.000

BANC SABADELL: Axial 250.000, IMS 100.000, IAS 60.000

CAJA MADRID: Axial 250.000, IMS 100.000, IAS 100.000

BBVA: Axial 250.000, IMS 200.000, IAS 150.000

CAIXA SABADELL: Axial 200.000, IMS 125.000, IAS 60.000

CAIXA CATALUNYA: Axial 150.000, IMS 75.000, IAS 75.000

CAIXA GIRONA: Axial 150.000, IMS 100.000, IAS 70.000

CAIXA GALICIA: Axial 150.000, IMS 75.000, IAS 100.000

CAIXA MANRESA: Axial 140.000, IMS 70.000, IAS 70.000

BANESTO: Axial 120.000, IMS 55.000, IAS 35.000

CAIXA PENEDES: Axial 120.000, IMS 75.000, IAS 75.000, Grupo IMS 60.000

C. JAEN: Axial 100.000, IMS 60.000, IAS 60.000

BANCAJA Axial 100 000 IMS IMS 60.000, IAS 60.000, GRUPO IMS 200.000.

BANKINTER: Axial 100.000, IMS 60.000, IAS 90.000

LA CAIXA: Axial 100.000, IMS 60.000

BARCLAYS: Axial 90.000, IMS 60.000, IAS 60.000

CAIXA TARRAGONA: Axial 90.000, IMS 87.000, IAS 87.000

CAIXA TERRASSA: Axial 30.000, IMS 160.000, IAS 160.000

BANKPIME: Axial 18.000

TOTALES: Axial 3.338.000, IMS 2.216.596, IAS 1.432.101, Grupo IMS 398.000

Las facturas giradas por las sociedades del primer nivel (Axialsoft, IMS Assessors e IAS Serveis d'Internet a las de segundo, que no correspondían a contraprestación alguna son las siguientes, agrupadas por años y entidades:

- Año 2003: Axialsoft giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 2.499.120,56 euros.

IMS giró a las mismas empresas 743.878,32 euros.

IAS giró a las mismas empresas 278.486,31 euros. Total 3.521.485,19 euros.

- Año 2004: Axialsoft giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 3.770.357,90 euros.

IMS giró a las mercantiles Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 1.541.362,86 euros.

IAS giró a las mercantiles Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 869.521,40 euros.
Total 6.181.242,16

- Año 2005: Axialsoft giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 5.280.105,39 euros.

IMS giró a las mercantiles Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 2.798.911,57 euros.

IAS giró a las mercantiles Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Limonita, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 2.272.820,31 euros. Total 10.351.837,27

-Año 2006: Axialsoft giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 7.939.961,47 euros.

IMS giró a las mercantiles Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 4.576.711,74 euros.

IAS giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Els Molgar Stat Coop, Final Version, Serveis Gestio y Fet i Fet un total de 4.258.313,94 euros. Total 16.774.987,15

-Año 2007: Axialsoft giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Software Pyme Granada, Castello Software Pyme, Final Version y Fet i Fet un total de 11.627.770,13 euros.

IMS giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Software Pyme Granada, Castello Software Pyme, Final Version y Fet i Fet un total de 5.851.153,70 euros.

IAS giró a las mercantiles Ursetex Ibérica, Ulaxer Drems, Bexsis Town, Promotora New Scenic, Rurtrax Trade, Bardefels, Proyectos Marc, Software Pyme Granada, Castello Software Pyme, Final Version y Fet i Fet un total de 6.932.449,94 euros. Total 24.411.373,77.

Dada la operativa realizada, cubriendo con posteriores descuentos los vencimientos que se iban produciendo, el perjuicio real derivado de la actuación descrita es inferior a las sumas que se han expuesto, y se encuentra concretado en los respectivos créditos reconocidos en los concursos de cada una de las empresas en los que desembocó dicha actuación, perjuicios que en su mayor parte corresponden a entidades bancarias.

Así en el concurso de Grup IMS se reconocieron créditos por 6.047.820,92 euros. En el de Axialsoft por 4.259.273,23 euros. En el de IMS Assessor Econòmics por 4.018.941,35 euros y en el de IAS Serveis d'Internet por 2.127.387,74 euros.

Banco Popular cuantifica provisionalmente el perjuicio sufrido por impagados de todas las entidades concursadas, en relación con todas las entidades bancarias que representa, en la suma total de 3.300.785,43 euros Barclays Bank cuantifica provisionalmente el perjuicio sufrido por impagados de todas las entidades concursadas en la suma de 600.284,65 euros.

BBVA cuantifica el perjuicio, por los mismos conceptos, en la cantidad de 1.573.525,85 euros.

Cajamar y Caja Rural lo cuantifica en la suma de 78.694,79 euros

Las sumas obtenidas finalmente de esta actividad de descuentos bancarios salieron de los bancos en su mayor parte en metálico por lo que no se conoce a donde han ido a parar. Investigado el patrimonio de los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo no se ha advertido un incremento en el mismo como consecuencia de estas operaciones.

Solamente se ha podido constatar que entre los años 2003 a 2006 IMS tuvo relaciones con la mercantil Gemsa, empresa no incluida en el circuito de empresas de segundo nivel explicado, de la que era administrador el Sr. Santiago Julian, a la que fueron a parar fondos por importe de 654.307,62 euros procedentes de IMS, reintegrando Gemsa a ésta la suma de 240.000 euros sin que consten relaciones

comerciales que justifiquen este flujo de dinero. Con la mercantil Carpenter Work S.L., de la que era administrador Angel Bartolome, testaferro del Grupo IMS, se produjo algo similar, pues permaneció inactiva entre 2004 y 2007, recibiendo en ese último año 136.927 euros procedentes de Axialsoft por medio de transferencias bancarias con fundamento en operaciones comerciales inexistentes.

La mercantil Quality Outsourcing S.L., administrada por los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo, que contaba con dos trabajadores, uno de ellos el Sr. Angel Bartolome mencionado, recibió dos transferencias de Axialsoft, una en fecha 20/09/07 por 2.600 euros y otra en fecha 20/12/07 por 114.000 euros. De IMS Assessors cuatro transferencias por un importe total de 14.500 euros y de IAS una transferencia por importe de 33.000 euros, sin que exista relación comercial que justifique estas transferencias.

En todos los casos, estas sumas procedían de fondos obtenidos con el descuento bancario descrito.

SEGUNDO.- La Fundació Catalunya i Territori, (FCT) se constituyó por escritura pública en fecha 18/05/98 con fines que, de forma resumida, consisten en "incentivar actuaciones de la sociedad civil y fuerzas políticas para conseguir el equilibrio territorial, aprobar, extender y favorecer acciones de la sociedad civil y fuerzas políticas en el sentimiento de nación, cultura y lengua catalana y activar y desarrollar publicaciones, estudios y seminarios para promover el sentimiento de nación, de identidad y de defensa de la cultura y lengua nacional, así como la defensa de valores ideológicos que tengan por objeto el humanismo en todas sus dimensiones, motivando la participación de la sociedad civil en aquellos actos que tengan relación con cualquiera de estos fines". Al margen de este objeto fundacional, FCT tiene como actividad económica el alquiler de locales de oficinas a Unió Democràtica de Catalunya para sedes de sus diferentes centros territoriales.

Sus fondos proceden del acto fundacional y los procedentes de donaciones posteriores de fundaciones y empresas por importe de 348.540 euros, en 2004, 560.040 euros en 2005, 1.265.500 en 2006 y 754.000 euros (aproximado) en 2007.

En 16/12/02 se incorporan a FCT los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo como vocales del Patronato, en folio 301 Tomo IV Auditoría Fundación (FCT)-1 obra certificación de la reunión de dicha fecha en la que se les acepta en esta condición, si bien, en reunión del Patronato de 13/06/02, fue propuesto como vocal el Sr. Santiago Julian y en reunión de 05/09/02 fue propuesto el Sr. Anibal Jeronimo, actuando como vocales a partir de estas reuniones.

El acusado Gerardo Elias, sin antecedentes penales, fue nombrado presidente de FCT en reunión de 30/11/99, habiendo sido anteriormente vocal del Patronato y tesorero.

En reunión del patronato de 02/12/05, elevada a escritura pública el 21/12/05 el Sr. Santiago Julian es nombrado tesorero y secretario.

Cesaron en sus respectivos cargos los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo en reunión de 20/12/07.

En el periodo comprendido entre el año 2004 y 2007, los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo, aprovechando los cargos que ocupaban en la Fundación y con intención de beneficiarse económicamente, se apoderaron de diversas sumas que extrajeron de la caja de ésta para ingresarlas en los fondos del grupo IMS o, a través de estos fondos, hacia un destino desconocido.

Esta actuación se realizó de dos formas:

A) Emitiendo facturas que no correspondían a contraprestación alguna, (con la única excepción de los recibos correspondientes al servicio de asesoría prestado por IMS Assessors), giradas a FCT desde sociedades del conglomerado de IMS, que eran

satisfechas por transferencia bancaria por la Fundación a cuentas de las emisoras, siendo el importe de la base imponible retirado en efectivo y hecho desaparecer, sin que se conozca su destino, e ingresando el importe del IVA.

Aparecen incluidas en el Modelo 347 de operaciones con terceros de los ejercicios de los años 2004, 2005 y 2006 correspondientes a compras o gastos de la Fundación con sociedades integrantes del Grupo IMS y con sociedades instrumentales del segundo nivel en los siguientes términos:

Imputaciones por IMS Assessors Económics i Jurídics contra FCT por importe de: 154.969,90 euros en 2004, 4.933,99 euros en 2005 y 220.948,44 euros en 2006.

Por las Serveis d'Internet por importe de 35.904,46 euros en 2004.

Por Axialsoft por importe de 31.372,83 euros en 2004 y 71.751,80 euros en 2006.

Por Serveis Gestió e Interm por importe de 22.722,71 euros en 2004.

Por Final Version por importe de: 13.229,80 euros en 2004, 131.799,89 euros en 2005 y 84.222,75 euros en 2006.

Por Fet i Fet por importe de: 12.860,80 euros en 2004, 146.634,19 euros en 2005 y 107.918,00 euros en 2006.

Por Promotora New Scenic por importe de: 117.341,30 euros en 2005 y 57.281,73 euros en 2006.

Por Proyectos Marc por importe de: 21.750,00 euros en 2005.

Lo que suma unos totales de 271.060,50 euros en 2004, 422.459,37 en 2005 y 542.122,72 en 2006.

La Fundació Catalunya i Territori no ha incluido dichos importes en la declaración presentada.

B) Consignando en la contabilidad de FCT, a partir del año 2005, el concepto de "préstamo a grupo IMS" que amparaba la extracción de fondos de la fundación por medio de transferencias y cheques de caja que eran cobrados sin que exista factura alguna que documente el flujo de dinero y sin que conste el destino que se dio a tales fondos que, contabilizados a 31/12/06, supone una deuda de IMS con la fundación por importe de 1.183.472,35 euros. (372.815,87 euros en 2005 y 810.658,58 en 2006).

Las salidas de fondos, en los ejercicios 2004, 2005 y 2006, desde FCT hacia el entramado de empresas de IMS ha ascendido a 1.804.263,59 euros, de los cuales la suma de 17.612,13 euros corresponde a facturas de cuya realidad no se duda. El resto hasta 1.786.651,46 euros, cantidad total desviada desde FCT al Grupo IMS, o no corresponde a factura alguna o corresponde a facturas cuya contraprestación no ha quedado acreditada.

En las cuentas de Axialsoft, IMS Assessors e IAS aparecen anotaciones referidas a la Fundación con conceptos como "devolución o reserva" y se corresponden con salidas en efectivo de dinero, tanto de las facturas libradas como de las partidas incluidas en el concepto "préstamo a IMS", pero no se ha podido constatar el ingreso de estas sumas en FCT y su representante, el acusado Sr. Gerardo Elias negó haberlo recibido.

Los cheques librados en fecha 21/12/06 contra la cuenta de FCT en La Caixa, nº NUM000 por importes de 95.000 y 85.000 euros, con números NUM001 y NUM002 fueron firmados y cobrados por Santiago Julian el mismo día.

Los cheques librados en fechas 26/09/06, 04/10/06 y 17/11/06 contra la cuenta de FCT en Caixa Tarragona, nº NUM003 por importes de 40.000, 40.000 y 10.000 euros, con números NUM004, NUM005 y NUM006 fueron firmados por el Sr. Santiago Julian y cobrados por persona autorizada por FCT no identificada.

TERCERO.- En fecha 07/01/08, los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo, concedores de las investigaciones realizadas por la AEAT, redactaron un documento de reconocimiento de deuda, utilizando papel con el logotipo de Grup IMS Assessors Económics i Jurídics, dirigido al acusado Sr. Gerardo Elias y firmado por el Sr. Santiago Julian con el siguiente texto (traducido): "De acuerdo con las conversaciones mantenidas con Vd. y en relación a los importes indicados en los balances de 2005 y 2006 por un total de 1.183.472,35 euros y debido a que no podemos efectuar las actividades previstas, pasamos a efectuar la propuesta de devolución a razón de 200.000 euros al año hasta su cancelación. Estos importes se intentarán hacer efectivos antes del tercer trimestre de cada uno de los años."

El Grupo IMS presentó solicitud de concurso de acreedores el 05/05/08 sin incluir la deuda que acaba de reseñarse en la relación de acreedores ni en la memoria explicativa.

En fecha 14/07/09 los acusados Evaristo Lazaro y Narciso Eliseo, sin antecedentes penales ambos, el primero en su condición de administrador de la mercantil Constructora Pirenaica SA, (en adelante Copisa) y el segundo, a título particular, suscribieron un contrato de préstamo por el que Copisa prestaba al Sr. Narciso Eliseo la suma de 1.000.000 de euros como financiación para proseguir con la búsqueda de clientes, proyectos e implementación de Copisa, cantidad que se entregó por medio de un pagaré por importe de 200.000 euros de la fecha del contrato, cinco pagarés por importe de 132.000 euros, con fechas de vencimiento de 14/09/09, 14/10/09, 14/11/09, 14/12/09, 14/01/10 y un último pagare por importe de 140.000 euros pagadero el 14/02/10.

Debía devolverlo en el plazo de dos años, fijándose un interés de 1% sobre el Euribor y 5% añadido por intereses de demora y podía compensar el capital a devolver con la comisión que se pactaba sobre los clientes y obras que se realizaran por Copisa como consecuencia de su intermediación, calculada en un 3%.

Previamente a este contrato ya se habían hecho gestiones por el Sr. Narciso Eliseo en actuación conjunta con Torcuato Hector, para establecer relaciones comerciales con gobiernos y empresas del norte de África, especialmente, de Libia, que se continuaron llevando a cabo, viajando el Sr. Narciso Eliseo a Libia en abril de 2010, planificándose determinados proyectos, hasta que estalló la guerra en Libia en febrero de 2011 y se frustraron las posibilidades de tales inversiones.

Dos días después de la firma del contrato de préstamo con el Sr. Evaristo Lazaro, el acusado Sr. Narciso Eliseo adquirió a Fundació Catalunya i Territori, quien actuó representada por su Presidente, el acusado Sr. Gerardo Elias, el crédito que ésta ostentaba frente a IMS hasta la suma de 1.000.000 euros, por medio de escritura pública de 16/07/09, cuando ya las empresas del Grupo IMS estaban en situación de concurso de acreedores, circunstancia que conocían los Sres. Narciso Eliseo y Gerardo Elias, sin que se notificase a la administración concursal tal adquisición. El pago se efectuó por medio de 200.000 euros que se abonaron por transferencia bancaria en fecha 06/07/09 y seis pagarés por importe de 132.000 euros cinco de ellos y un sexto por importe de 140.000 euros, con vencimientos de 20/09/09, 20/10/09, 20/11/09, 20/12/09, 20/01/10, 20/02/10. Posteriormente, se abonaron por el Sr. Narciso Eliseo los 183.472,35 euros que faltaban por pagar del mencionado crédito.

CUARTO.- La Fundació Catalunya i Territori, además de las actividades propias de su objeto fundacional, desarrollaba una actividad de arrendamiento de locales de negocios, siendo propietaria de cinco fincas de estas características que había arrendado a Unió Democràtica de Catalunya en sendos contratos de 01/03/02, donde ésta había instalado sus oficinas.

Concretamente la finca nº NUM007 del Registro de la Propiedad de Tárrega. Las fincas 63.746 y 73.747 del Registro de la Propiedad de Lleida, locales de 139 y 143 metros cuadrados sitos en el nº 1 de la Avda. Blondel de dicha población. Y las fincas nº 10.690 y 10.692 del Registro de la Propiedad de Tarragona, locales comerciales de 126 y 124 metros cuadrados sitos en la Plaza Jacinto Verdaguer de dicha ciudad.

Desde el año 2005 se dejaron de abonar por UDC el pago de los alquileres, con el consiguiente perjuicio para la fundación, situación que intentó solucionarse por parte de FCT con la venta de los locales a la arrendataria Unió Democràtica de Catalunya, iniciándose conversaciones al efecto.

En fecha 27/04/09 se procedió a la venta de todos los locales por la suma de 468.000 euros, que correspondían a 140.000 euros por las fincas sitas en Lleida, 70.000 por la finca de Tarrega y 258.000 por las fincas de Tarragona. En julio de 2013, ya incoado este procedimiento, UDC abonó a FCT 160.003 euros que estaban pendientes del precio de la compraventa y 35.746,91 euros por los alquileres impagados, quedando con ello saldada la deuda por tal concepto por parte de UDC.

QUINTO.- La mercantil Kontrast Produccions, administrada por Isaac Hermenegildo, tenía firmado un contrato con Unió Democràtica de Catalunya para la prestación de servicios de organización de congresos, reuniones y eventos, conforme al cual se percibía una suma mensual de 41.368 euros. Dicha mercantil consignó en el Modelo 347 las siguientes operaciones con UDC:

1)En 2003 declara compras a UDC por 341.780,66 €

2)En 2004 declara ventas a UDC por 363.059,35 €

3)En 2005 declara ventas a UDC por 73.404,61 €

4)En 2006 declara ventas a UDC por 58.452,04 €

5)En 2007 declara ventas a UDC por 43.227,11 €

UDC no declaró estas operaciones en su modelo 347.

En el año 2005, en los meses de enero y febrero, el Sr. Isaac Hermenegildo, siguiendo las instrucciones dadas por responsables de su cliente UDC, facturó a

mercantiles del Grupo IMS servicios prestados a UDC en la siguiente forma: Ventas por importe de 47.411,52 euros facturadas a Fet i Fet S.L.

Ventas por importe de 45.676,16 euros facturadas a Final Version S.L. Ventas por importe de 23.396,04 euros facturadas a Serveis Gestio i Inter CPF S.L. Total: 116.483,72 euros. Facturación que fue atendida por los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo, pese a no tener vinculación mercantil o de servicios sus empresas con UDC.

Además, la Fundació Catalunya i Territori, siendo el Sr. Santiago Julian su tesorero y secretario, abonó dos facturas presentadas por Kontrast Produccions, por un importe total de 61.448,29 euros, de fecha 20/09/2006, que correspondían a servicios prestados por Kontrast a UDC.

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

<<FALLO.- Que debemos condenar y condenamos a Santiago Julian y Anibal Jeronimo como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa agravada con la cuantía, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas, para cada uno:

CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE TRECE MESES CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DEL ART. 53 CP.

Que debemos condenar y condenamos a Santiago Julian y Anibal Jeronimo como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida agravada por la cuantía, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas, para cada uno:

TRES AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DEL ART. 53 CP.

Que debemos condenar y condenamos a Santiago Julian y Anibal Jeronimo como autores responsables de un delito de insolvencia punible, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas, para cada uno:

TRES AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DEL ART. 53 CP.

Que debemos condenar y condenamos a Santiago Julian y Anibal Jeronimo como autores responsables de un delito de insolvencia punible, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas, para cada uno

UN AÑO DE PRISIÓN Y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DEL ART. 53 CP.

Que debemos condenar y condenamos a Narciso Eliseo Y Gerardo Elias como cómplices responsables de un delito de insolvencia punible, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas, para cada uno:

SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE SEIS MESES CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS, CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DEL ART. 53 CP.

Las penas privativas de libertad llevarán como accesoria la inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Debemos absolver y absolvemos al acusado Gerardo Elias del delito continuado de apropiación indebida en concurso con el delito de falsedad continuada (Hecho Probado Segundo).

A los acusados Evaristo Lazaro y Narciso Eliseo de los delitos de administración desleal, falsedad documental y delito contra la Hacienda Pública (Hecho Probado Tercero).

Y al acusado Gerardo Elias de los delitos de administración desleal y apropiación indebida (Hecho Probado Cuarto).

En todos los casos con todos los pronunciamientos favorables y levantamiento de todas las cargas acordadas en su contra derivadas de los delitos por los que se les absuelve.

En responsabilidad civil, los. acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo deben indemnizar, conjunta y solidariamente a las entidades bancarias en las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia que han resultado perjudicadas, partiendo de los créditos reconocidos en los concursos y teniendo en cuenta que las sociedades se avalaban entre sí por lo que puede haber créditos reconocidos por duplicado.

También indemnizarán, conjunta y solidariamente, a la Fundació Catalunya i Territori en la suma de 1.786.651,46 euros, por los fondos desviados de la primera a fines desconocidos, siendo responsables civiles subsidiarias, en ambos casos, Grupo IMS S.L., Axialsoft S.L., IMS Assessors Econòmics i Jurídics S.L. e IAS Serveis d'Internet S.L.

Unió Democràtica de Catalunya indemnizará, en calidad de partícipe a título lucrativo a la Fundació Catalunya i Territori en la suma de 61.448,29 euros y 116.483,72 euros, solidariamente con la obligación establecida de indemnización a dicha entidad para los acusados Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo en la suma de 1.786.651,46 euros, solidaridad limitada a la suma total 177.932,01 euros.

Los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo abonarán la mitad de las costas procesales, a partes iguales, y los Sres. Gerardo Elias y Narciso Eliseo una octava parte cada uno, incluidas en todos los casos las de las acusaciones particulares en relación a los delitos que imputaran a los referidos, declarando de oficio el resto.

Notifíquese a las partes la presente resolución notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN para ante el **TRIBUNAL SUPREMO** en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación>>.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por Santiago Julian y Anibal Jeronimo.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de los artículos 248 y 250.1.5º CP. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. **Motivo quinto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación al delito de estafa agravada. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de los artículos 392 y 390.2 del CP. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por inaplicación indebida del artículo 131 del CP

en cuanto al delito de falsedad. **Motivo octavo.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 259 (actual 260.2) del CP. **Motivo noveno.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, en relación al delito continuado de apropiación indebida agravada. **Motivo décimo.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de los arts. 74, 252 y 250.1.5º e inaplicación indebida del artículo 295 del CP. **Motivo undécimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por inaplicación indebida del artículo 296 CP. **Motivo duodécimo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación al delito continuado de apropiación indebida agravada. **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, por inaplicación indebida del art.21.5 (atenuante de reparación del daño), en relación con el artículo 66.1 CP. **Motivo décimo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 y por error iuris del artículo 849.1 de la LECrim, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE e inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art.6 ó 7, en relación con el 66.1 del CP.

Motivos aducidos por Gerardo Elias.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 259 CP.

Motivos aducidos por Narciso Eliseo.

Motivo único. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 259 CP.

CUARTO .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos, **impugnando todos sus motivos**; el **Abogado del Estado** impugna **únicamente el motivo primero** del recurso interpuesto por Santiago Julian y Anibal Jeronimo; la representación legal de Gerardo Elias, Narciso Eliseo, Santiago Julian y Anibal Jeronimo evacuaron el trámite conferido.

QUINTO.- La representación legal de Santiago Julian y Anibal Jeronimo **se adhiere** al **motivo segundo** del recurso de casación de D.Gerardo Elias y al **motivo único** del recurso de Narciso Eliseo.; la representación legal de Gerardo Elias se adhiere al octavo motivo del recurso de Santiago Julian y Anibal Jeronimo y al **motivo único** del recurso de Narciso Eliseo; la representación legal de Narciso Eliseo se adhiere al octavo motivo del recurso de Santiago Julian y Anibal Jeronimo y a los **dos motivos** del recurso de Gerardo Elias; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 8 de marzo de 2018.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de marzo de 2018 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un periodo de quince días más a la vista de la complejidad del tema objeto de estudio y lo voluminoso de la documentación a examinar. Con fecha 17 de abril se dictó nuevo auto prorrogando diez días más ese plazo por virtud de las razones ya expuestas.

OCTAVO.- Se pasa la sentencia ya redactada y firmada por el ponente para firma de los restantes componentes del Tribunal el día 25 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A).- Recursos de Narciso Eliseo y Gerardo Elias.

PRIMERO.- Estos recurrentes aparecen condenados exclusivamente en calidad de cómplices de un delito de insolvencia punible del art. 259 CP. Los otros dos recurrentes son condenados como autores de esa infracción penal. Los cuatro combaten ese pronunciamiento. en pretensiones que por su contenido compartido aglutinamos para darles una respuesta unitaria. De hecho se han producido adhesiones cruzadas por estos motivos en lógica actitud procesal: salta a la vista que la alegación tendente a demostrar que los hechos que han dado lugar a esa condena no son subsumibles en el art. 259 CP se erige en común denominador de los cuatro recursos (motivo único del recurso de Narciso Eliseo; motivo segundo del recurso de Gerardo Elias; y motivo octavo del recurso de Santiago Julian y Anibal Jeronimo).

A ese argumento nuclear que ataca derechamente el *juicio jurídico* realizado por la Audiencia sin cuestionar el *juicio fáctico* (art. 849.1º LECrim), Gerardo Elias añade otra línea autónoma de razonamiento que gira alrededor de temas probatorios y se presenta en casación con el formato de un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE). El motivo primero de su recurso pone en duda que exista base suficiente para reputar probado que el recurrente conociese tanto que la deuda correspondía a IMS y no al Sr Santiago Julian; como la situación concursal del referido grupo societario. Sin prejuzgar sobre ello, aunque constatando que la motivación fáctica de la sentencia sobre esos dos elementos psíquicos internos, afirmados en virtud de un juicio de inferencias, no es tan frágil como aduce el recurrente, vamos a orillar ese motivo ante la clara prosperabilidad del planteado por *error iuris*. Y es que, en efecto, las acciones plasmadas en el relato fáctico y atinentes a esta cuestión (apartado tercero de los hechos probados de la sentencia) no tienen adecuado encaje en el art. 259 CP lo que hace **estimables** los respectivos motivos paralelos de los tres recursos.

En esencia lo único que se ha producido a través de la operación descrita en el citado hecho probado tercero es un cambio de acreedor frente a la entidad concursada. Ni se ha disminuido su activo de forma fraudulenta o clandestina; ni se ha incrementado su pasivo. La sociedad concursada adeuda la misma cantidad con o sin

esa operación; y tiene el mismo activo. Ningún acreedor puede sentirse perjudicado. Un tercero (Narciso Eliseo), por circunstancias que no vienen al caso y que no interesan, se ofreció a asumir el perjuicio que de esa situación concursal podría derivarse para la Fundación Catalunya i Territori (FCT). Nada ha salido del patrimonio de IMS. A lo más, se ha ocultado una deuda, lo que en su caso, solo podría representar un beneficio para los restantes acreedores. El destino que quiera dar a su dinero un particular como Narciso Eliseo es cuestión que solo a él interesa y de la que no tiene que dar explicaciones. Ha beneficiado a la citada Fundación, pero sin perjudicar a nadie que no sea su propio patrimonio al asumir una deuda seguramente incobrable. Ninguna responsabilidad penal se puede derivar de ello. El millón de euros entregado a FCT no podía incrementar la masa del concurso: no se entiende por qué había de ser así y por qué un tercero no puede por su cuenta y riesgo -otra cosa sería que se hiciese con bienes de la masa concursal- beneficiar a cualquiera de los acreedores. Podía hacerlo sin recibir nada a cambio; o puede hacerlo subrogándose en la posición de ese acreedor. Y es libre tanto de acudir al concurso como de renunciar a sus derechos y dar por incobrable la deuda renunciando a su reintegro. Será un pésimo negocio que con toda seguridad obedece a razones ajenas a lo estrictamente mercantil. Pero son, en todo caso, problema y decisión suyos. Tal dadivosa acción no encaja ni en la letra ni en el espíritu del art. 259 CP como bien razonan los recurrentes. No hay intervención alguna del deudor, ni se identifica acto de disposición patrimonial que mengüe el activo del concursado. Tan solo se ha producido la adquisición de un crédito que ni siquiera estaba incorporado al concurso. El patrimonio del deudor permanece inalterado.

El examen de algunos preceptos de la legislación concursal (vid. art. 122 de la Ley 22/2003 citado por uno de los recurrentes) confirma estas estimaciones que, por otra parte, son obvias; y armónicas con las conclusiones a que llegan algunas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor que los recurrentes se han entretenido en localizar y alegar.

Tampoco puede hacerse pivotar la conducta típica en el reconocimiento de deuda efectuado anteriormente, desde el momento en que la sentencia parte de la realidad de ese débito que, además, no será incorporado al pasivo del concurso.

La clara línea argumental de los recursos, plenamente asumible, nos lleva a las antípodas del delito del art. 259. No estaríamos ante ese delito, sino más bien ante una situación que representa justamente su reverso: una disminución del pasivo del concursado, una -discúlpese la expresión- *contra-insolvencia*.

B).- Recurso de Santiago Julian y Anibal Jeronimo.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de este recurso se propone combatir en su raíz toda la investigación y, por derivación, todo el proceso judicial: su origen estaría viciado por una inicial afectación ilegítima de un derecho fundamental, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

En el punto de arranque de toda la actividad probatoria se sitúa una visita girada por la inspección tributaria a las oficinas del Grupo empresarial IMS. La entrada fue consentida por empleados -Teofilo Francisco y Teofilo Blas- tras contactar con el ahora recurrente Santiago Julian.

Se arguye que solo se prestó autorización para *atender* a los actuarios lo que equivaldría a recibir y comunicar con ellos; nunca a la exhibición de documentación; menos aún, a su retirada para examen, como se hizo..

El argumento es sumamente frágil. No puede ser acogido. Hay que refrendar en este punto la sólida argumentación desplegada por la Audiencia para rechazar la queja.

De una parte, existe constancia de la autorización otorgada por los empleados. De haberse excedido estos o de haber interpretado mal lo indicado por el titular de la empresa, estaríamos en todo caso ante un supuesto en que operaría la excepción de

buena fe, lo que excluye el efecto disolvente del art. 11 LOPJ según pronunciamientos del más alto nivel (STC 22//2003, de 10 de febrero).

No se opuso objeción alguna a esas actuaciones durante la intervención pese a lo que establece el art. 172 del RD 1065/2007 (Reglamento de Inspección) que es invocado en su escrito de oposición por la Abogacía del Estado.

Los autorizados para atender a la inspección llevaron a cabo actos inequívocos de colaboración dando así muestras de la realidad y amplitud del consentimiento. Nadie pudo pensar que no era tal. No podía exigirse a los actuarios que interpretasen otra cosa: permanecieron en las oficinas con la anuencia de esos empleados más allá del horario estrictamente laboral; aportaron algunos de los libros requeridos en soporte informático ofreciéndose a facilitarlos más adelante en papel. Si hubo error en la percepción de los actuarios fue propiciado, alimentado y confirmado por los propios empleados.

El art. 173 del citado Reglamento de Inspección (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y de los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos) evidencia que *atender* es noción que en el campo jurídico va mucho más allá de la simple cortesía en el trato.

Reza así el referido art. 172 - *Entrada y reconocimiento de fincas* -:

"1. Los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que desarrollen actuaciones inspectoras tienen la facultad de entrada y reconocimiento de los lugares a que se refiere el artículo 142.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando aquellas así lo requieran.

2. En el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraran los mencionados lugares se opusiera a la entrada de los funcionarios de inspección, se precisará

autorización escrita del delegado o del director de departamento del que dependa el órgano actuante, sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares que procedan.

En el ámbito de la Dirección General del Catastro la autorización a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al Director General.

3. Cuando la entrada o reconocimiento afecte al domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario, se precisará el consentimiento del interesado o autorización judicial.

4. En la entrada y reconocimiento judicialmente autorizados, los funcionarios de inspección podrán adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias.

Una vez finalizada la entrada y reconocimiento, se comunicará al órgano jurisdiccional que las autorizaron las circunstancias, incidencias y resultados.

5. A efectos de lo dispuesto en este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 anterior, se considerará que el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encuentren los lugares a que se refiere el artículo 142.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prestan su conformidad a la entrada y reconocimiento cuando ejecuten los actos normalmente necesarios que dependan de ellos para que las actuaciones puedan llevarse a cabo.

Si se produce la revocación del consentimiento del obligado tributario para la permanencia en los lugares en los que se estén desarrollando las actuaciones, los funcionarios de inspección, antes de la finalización de estas, podrán adoptar las medidas cautelares reguladas en el artículo 146 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria".

Ya en el art. 173 bajo el acápite *Obligación de atender a los órganos de inspección*, leemos:

"1. Los obligados tributarios deberán **atender** a los órganos de inspección y les prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones...".

2. Cuando el personal inspector se persone sin previa comunicación en el lugar donde deban practicarse las actuaciones, el obligado tributario o su representante deberán **atenderles** si estuviesen presentes. En su defecto, deberá colaborar en las actuaciones cualquiera de las personas encargadas o responsables de tales lugares, sin perjuicio de que en el mismo momento y lugar se pueda requerir la continuación de las actuaciones en el plazo que se señale y adoptar las medidas cautelares que resulten procedentes.

3. El obligado tributario o su representante deberán hallarse presentes en las actuaciones inspectoras cuando a juicio del órgano de inspección sea preciso para la adecuada práctica de aquellas. ...

...5. Asimismo, el personal inspector está facultado para:

a) Recabar información de los trabajadores o empleados sobre cuestiones relativas a las actividades en que participen.

b) Realizar mediciones o tomar muestras, así como obtener fotografías, croquis o planos. Estas operaciones podrán ser realizadas por el personal inspector en los términos del artículo 169.

c) Recabar el dictamen de peritos. A tal fin, en los órganos con funciones de inspección podrá prestar sus servicios el personal facultativo.

d) Exigir la exhibición de objetos determinantes de la exacción de un tributo.

e) Verificar los sistemas de control interno de la empresa, cuando pueda facilitar la comprobación de la situación tributaria del obligado.

f) Verificar y analizar los sistemas y equipos informáticos mediante los que se lleve a cabo, total o parcialmente, la gestión de la actividad económica".

No sobra, como hace la Abogacía del Estado traer a colación la doctrina sentada en la STS (Sala 3ª) de 25 de septiembre de 2013: "Al abordar el estudio del recurso de casación, lo primero que debe señalarse es que el régimen jurídico que se ha de aplicar al acto de entrada y registro llevado a cabo por el personal inspector de la Administración Tributaria que es aquí objeto de controversia no es el prevenido en los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 142 de la Ley General Tributaria [conforme al cual, la eventual oposición de la persona bajo cuya custodia se encontraren las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen podría ser salvada con la autorización concedida por la autoridad administrativa reglamentariamente prevista], sino el contemplado en su párrafo tercero, que se remite a lo dispuesto en el artículo 113 de ese mismo texto legal.

Tras lo que antecede, debe decirse que la entrada y el registro en el domicilio constitucionalmente protegido por el personal de la Administración Tributaria, conforme al artículo 18.2 de la Constitución, sólo cabe con el consentimiento del obligado tributario o con la oportuna autorización judicial; y éste debe ser, como sostiene el Ministerio Fiscal, el punto de partida para el enjuiciamiento de este recurso de casación.

Entrando ya en el primer motivo de casación, debe avanzarse que, en lo que hace al consentimiento tomado en consideración como título habilitante de estas actuaciones inspectoras [esto es, al otorgado, en un primer momento, por el Jefe de Administración de la sociedad y, posteriormente, por uno de sus administradores], no son de compartir los vicios denunciados por la parte actora; y esto porque dicho consentimiento no puede considerarse inválido por lo que seguidamente se expone.

En el acta de entrada y registro consta que, al tiempo de iniciarse las actuaciones, estuvo presente el Jefe de Administración de la empresa, quien franqueó sin reserva

alguna la entrada al personal inspector, y que, luego, tras el transcurso de un brevísimo período de tiempo, se personó en la sede social el Sr. Amadeo Genaro, en calidad de Administrador de la mercantil, acompañado de otras dos personas, según el mismo refirió sus asesores fiscales, y prestó su consentimiento para la entrada y permanencia de la Inspección en las dependencias; manifestando en concreto que no tenía "(...) ningún inconveniente en la permanencia y registro de los documentos y demás información que se encuentre en estas Dependencias".

Es indudable que quien mejor conocía el carácter mancomunado de la representación que ostentaba y, en su caso, las posibles limitaciones que de ello derivaban a sus facultades representativas no era sino el propio Administrador personado en el domicilio social; y sin embargo, según consta en las distintas diligencias y actas levantadas por el personal inspector, no hizo mención alguna de tan relevante circunstancia pese a contar en todo momento con la asistencia técnica de dos asesores fiscales, sino que suscribió todas ellas de forma individual y en calidad de Administrador, sin matices o precisiones adicionales.

Y lo que deriva de lo anterior es que la sentencia recurrida no ha invertido las obligaciones que correspondían al personal inspector ni las que incumbían al administrador, pues **no cabe reprochar a los funcionarios de la Agencia Tributaria que apoyaran su actuación en la confianza que les generó la presencia y el consentimiento de ese representante legal de la mercantil en la sede social, sobre todo al haber sido dado ese consentimiento en presencia de sus asesores fiscales y sin indicar, pudiendo haberlo hecho, la existencia de límites a sus facultades de representación.**

...Y aún cuando en hipótesis se admitiera alguna falta en relación con los requisitos para la eficacia procesal de su autorización, por no haber sido el Administrador expresamente enterado de que podía negarla, tampoco cabría privar validez a su consentimiento, toda vez que, en todo momento, **estuvo acompañado por dos asesores fiscales** que, debe presuponerse, intervinieron en defensa de los derechos de la mercantil objeto de inspección tributaria y que se constituyen en garantía, aun

mayor si cabe, de que el Administrador contó con toda la información relevante y necesaria para tomar libremente su decisión.

Igual criterio reiteran las SSTS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2013 (dos) y de 23 de septiembre de 2013 (dos también) en asuntos idénticos.

No sobra por ello, y a mayor abundamiento, destacar que uno de los empleados intervinientes era el asesor fiscal. Es presumible un conocimiento profundo de lo que significa la autorización y su alcance, y la capacidad para precisar qué se estaba consintiendo y qué actuaciones inspectoras podían ser rehusadas.

Como tampoco es ocioso puntualizar que el alcance de la exigencia de autorización judicial y la intensidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio no son los mismos cuando hablamos del domicilio de una mercantil que cuando nos situamos en el domicilio de personas físicas (como revela claramente el art. 554.4 LECrim actual que solo exige autorización judicial en el caso de que la persona jurídica pueda llegar a ser sujeto de una sanción penal). Las SSTC 69/1999, de 26 de abril ó 54/2015, de 16 de marzo lo ponen de manifiesto. En el plano de la jurisprudencia penal, la STS 202/2007, de 20 de marzo abunda en esa cuestión evocando el párrafo 26 de la STEDH de 16 de abril de 2002.

El motivo decae.

TERCERO.- El segundo motivo de casación transita a través del art. 852 LECrim). Denuncia violación de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), violación que enlazan los recurrentes con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de obligación de motivar las resoluciones judiciales: la Audiencia no habría valorado y, por tanto, no habría motivado nada en relación a la información proporcionada por determinadas pruebas de descargo enarboladas por las defensas.

Tras una correcta exposición de lo que significa el deber de motivación de las sentencias y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva, tantas veces

resaltada por la jurisprudencia constitucional, exposición que se hace de la mano de algunos precedentes de esta Sala, el recurso desciende al supuesto concreto reprochando al Tribunal de instancia que no se haya ajustado a los cánones marcados al respecto por TC y TS.

La denuncia por la falta de valoración de determinadas pruebas (hay que valorar **toda** la prueba) se distingue teórica y prácticamente de la falta de contestación por la sentencia de manera expresa a todos y cada uno de los argumentos de tipo probatorio que pudieran haber vertido las partes (lo que no es indispensable).

El **deber de motivación fáctica** exige, entre otras cosas, razonar de forma que pueda comprobarse que se ha valorado racionalmente **toda** la prueba. Esta faceta, en abstracto, guarda una relación más bien lejana con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no siempre es totalmente deslindable: en alguna medida conecta con la necesidad de refutar las hipótesis alternativas a la inculpatoria aducidas, que puedan ser, al menos, igualmente probables que aquella de forma que despojen de carácter concluyente a la prueba de cargo. Esto sí es contenido de la presunción de inocencia.

Los recurrentes de una u otra forma denuncian que no se ha otorgado el debido peso a determinadas pruebas de descargo o elementos que debilitarían poderosamente la tesis inculpativa.

La necesidad de valorar **toda** la prueba, no implicará siempre que deban citarse en la sentencia **todas y cada una de las pruebas**, (STS 553/2016, de 15 de julio) incluidas aquellas accesorias o marginales. Tampoco obliga a detallar uno por uno cada elemento probatorio. No es indefectiblemente reprochable omitir toda mención de alguna prueba de descargo que sea compatible con una prueba inculpativa que avale inequívocamente la culpabilidad; o de aquella otra que queda descalificada sin necesidad de mayores apreciaciones por la prueba de signo inculpativa.

Solo cuando los elementos de descargo arrojan una calidad informativa relevante que no queda sin más descartada por la valoración de la prueba de cargo o por su

apabullante fuerza demostrativa, y, además, sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpatoria que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran determinantes o creíbles (SSTS 1228/2006, de 12 diciembre y 503/2011, de 25 mayo).

La sentencia, según el recurso, adolece de esa deficiencia (silencio respecto de algunos elementos trascendentes exculpatorios) que se conecta con la presunción de inocencia.

El derecho a la **presunción de inocencia** según doctrina del Tribunal Constitucional -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre-, aparece configurado como regla de juicio que repele una condena sin el apoyo de pruebas de cargo válidas revestidas de las exigibles garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir concluyente y razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable concluyente el *iter* discursivo seguido. (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-) ó 16/2012, de 13 de febrero). Así pues, se vulnera la presunción de inocencia cuando recae condena: **a)** sin pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay

puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- los recurrentes vertebran su queja sobre lo que consideran **insuficiencia de la motivación probatoria, por no ser íntegramente valorado el material probatorio.**

La conexión de la ausencia de motivación integral (de toda la prueba) convincente y concluyente (es decir con refutación sólida de la versión exculpatoria alegada) con la presunción de inocencia no es directa, sino tangencial.

La ausencia o insuficiencia de motivación puede ser esencial -material, por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o predominantemente formal, es decir muestra del incumplimiento de un deber constitucional exigible a quienes ejercen tareas jurisdiccionales anclado en el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 120 y 24 CE).

En el primer caso, menos frecuente, podríamos hablar, advirtiendo del riesgo de una excesiva conceptualización demasiado formal y por tanto empobrecedora, de **inmotivabilidad** . Nos moveríamos en el terreno de la presunción de inocencia. La insuficiencia de la motivación no sería mas que la manifestación externa de la insuficiencia de la prueba. La casación de la sentencia abrirá paso a un pronunciamiento absolutorio.

En el segundo caso -deficiencias en la plasmación de la motivación fáctica en la literatura de la sentencia- la respuesta no podrá ser tan drástica: se impondrá la anulación de la sentencia para que el defecto sea subsanado, única manera de comprobar si se trata de un supuesto de ausencia de prueba suficiente; o por el contrario existe probanza apta para destruir la presunción de inocencia pero presentada con una pobreza explicativa que debe ser subsanada. En ese segundo plano se mueve este motivo del recurso que se queja no tanto de ausencia plena de motivación cuanto de haber apartado el Tribunal de su razonamiento alguna prueba que en su estimación debería haber conducido a otras conclusiones fácticas.

Entre las pruebas que los recurrentes consideran de descargo y que según su discurso argumentativo no habrían sido valoradas por el Tribunal de instancia se contaría con las declaraciones de los representantes de las entidades bancarias que intervinieron en la autorización de las líneas de descuento, el informe pericial de Urbano Fulgencio, las declaraciones de los administradores concursales y otras testificales; así como los testimonios deducidos de los procedimientos concursales aportados.

Los recurrentes sostienen que el contenido de esas pruebas podría llevar a descartar el dolo antecedente característico de la estafa (fue alguno de los bancos quien tomó la iniciativa de ofertas de financiación -Barclays-); o a rechazar la idoneidad del engaño al ponderarse que los correspondientes departamentos aprobaban el descuento y medían el riesgo sin atender a la realidad de las operaciones que lo soportaban- sino fijándose exclusivamente en el librador y su solvencia; o, por otro lado, al constatarse la capacidad no activad de los bancos para reclamar documentación adicional, cautela que no activaron (por propia desidia, se sobrentiende).

Se viene a señalar que de haberse atendido a esas declaraciones la Audiencia podría haber descartado alguno de los elementos típicos de la estafa.

Esa conclusión se vería robustecida por el informe de 13 de enero de 2017 emitido por Urbano Fulgencio, tampoco mencionado en la sentencia. Se desprendería del mismo que los bancos descontantes de haber empleado una elemental o mínima perspicacia en el examen de la secuencia operativa habrían comprendido fácilmente el destino de la financiación: la misma actividad del grupo.

Tampoco presta atención la sentencia a las declaraciones de Guillermo Nicolas, letrado de las compañías concursadas que expuso la posición en el proceso concursal de las entidades bancarias. Buscaron la aprobación de la propuesta de convenio, absteniéndose tanto de cuestionar el sistema de financiación como de alegar distracción de activos. Los concursos fueron declarados fortuitos o, en tres casos, culpables. Y en estos la razón de esa calificación nada tiene que ver con el sistema de

financiación mediante descuento, extremo en el que igualmente abundaron los administradores concursales.

Ese conjunto de elementos probatorios sobre los que la sentencia guarda silencio -se arguye- habría permitido regatear al supuesto engaño el calificativo de "bastante" que se exige para la tipicidad según el texto legal. Estaríamos ante una operación financiera de riesgo que las entidades bancarias asumieron conscientemente o, al menos, pudiendo conocer o sin importarles que el *papel* descontado no obedeciese a operaciones reales, sino a un desnudo mecanismo de financiación; financiación que, además, según alegan los recurrentes, estaba destinada a proyectos efectivos y reales como sostuvieron los también ignorados por la Sala testigos Ildefonso Hugo y Augusto Nicolas.

Exigen los recurrentes que se declare la nulidad de la sentencia y se devuelva al Tribunal de origen para que extienda su motivación a todo ese material probatorio del que deberá extraer las oportunas consecuencias en la conformación del hecho probado y, en su caso, en la consecuente subsunción jurídica.

Sería ello procedente si, en efecto, se comprobase que de aceptarse de forma íntegra la información que el recurso quiere extraer de ese conjunto de elementos probatorios, tanto el relato de hechos como, singularmente, la valoración jurídico- penal habrían de ser diferentes; o bien que el *factum* debería enriquecerse con nuevos datos capaces de torcer o desviar el juicio jurídico efectuado. No es así.

No es que la Audiencia haya hecho caso omiso a los datos fácticos aportados por esas fuentes de prueba (testifical, pericial, documental) que ahora se resaltan. Sencillamente consideró que no eran datos relevantes. Así resulta implícitamente de toda la sentencia.

Acierta en su valoración.

El volumen del *papel* descontado es elemento apto para provocar el error en las entidades. La persistencia de la operativa transmite el mensaje de estar ante un negocio próspero y productivo. No era fácil conocer ni llegar a intuir la ficción que se escondía detrás, alimentada y sostenida por una *rueda* en que nuevas facturas, igualmente irreales, sustituían a las anteriores utilizándose su importe para hacer frente a los pagos parciales y engrosando progresivamente la deuda. Jugar con varias entidades bancarias simultáneamente y valerse del complejo entramado societario diseñado aparentando una alteridad y multiplicidad no reales fortalece la capacidad convictiva del ardid, y dificulta objetivamente las posibilidades de que la maniobra defraudatoria, prolongada en el tiempo, aflorase.

La sentencia al explicitar la valoración fáctica de la prueba que sostiene su relato de hechos probados en este punto (apartado 1 del fundamento de derecho segundo) y que determinará la subsunción en el delito de estafa, explica que toman en consideración las propias manifestaciones de los acusados reconociendo que las facturas eran "anticipos" de posteriores facturas (un eufemismo que su letrado, Sr. Pastor interpretó con tanta simpleza y sencillez como exactitud y realismo, como equivalente a facturas falsas; y otros empleados catalogaron como *facturación aparentada*), la objetividad de la prueba documental de la que se desprenden esas operaciones y sus cuantías, así como el informe elaborado por la AEAT cuya información más relevante se preocupa de extractar. Descarta la explicación -infructuosamente exculpatoria- de los acusados. No se complace, ni bien ni mal, con el periodo de tiempo de esa actividad (cuatro años), ni con la ausencia de toda comprobación o justificación seria y detallada del destino de los fondos, más allá de excusas vaporosas y genéricas no avaladas documentalmente.

Introducir en ese escenario datos como los que pretende extraer el recurrente de esos elementos probatorios que dice improcedentemente excluidos, pero que pura y llanamente son irrelevantes, no aporta nada trascendente desde el punto de vista jurídico penal.

CUARTO.- ¡Por supuesto que se puede cometer una estafa comercial también cuando la iniciativa de la operación parte del finalmente defraudado! En lo que son ofertas al público en general (o también a clientes particulares) no es algo infrecuente, máxime tratándose de un ámbito comercial como es la financiación empresarial a cargo de bancos. En la captación de clientes, se puede también atraer a personas impulsadas por designios defraudatorios.

En otros orden de cosas, la aptitud de las operaciones de descuento para dar vida a un delito de estafa si se cubren todos los elementos de esta tipicidad es tema clásico. La jurisprudencia lo ha analizado en muchas ocasiones. Tanto la sentencia como el documentadísimo dictamen del Fiscal así como el igualmente bien elaborado informe impugnatorio de la acusación dan buena cuenta de esa nutrida doctrina jurisprudencial con abundantes citas y transcripciones que ahora nos contentamos con dar por reproducidas.

Ciertamente no toda operación de descuento que acaba en un perjuicio para el banco es estafa. Tampoco puede afirmarse con carácter general que el uso de letras financieras o no comerciales (el matiz de que estamos ante facturas y no letras es importante como veremos) arrastra al art. 248 CP. Es verdad que las entidades bancarias se fijan en ocasiones en exclusiva en la solvencia del librador por cuanto es el único firmante del documento. Ahora bien, cuando se empieza funcionando con letras reales para posteriormente, ante la peor racha del negocio se introducen letras financieras escondiendo su carácter no comercial y simulando así que el negocio real mantiene su marcha próspera; o se usan facturas ficticias dando a entender que obedecen a operaciones y deudas reales pendientes de ser abonadas, transmitiendo así el mensaje de que estamos ante un negocio próspero, no pueden imponerse al personal del banco habilitado para autorizar ese tipo de operaciones unas tareas de indagación que vayan más allá de lo lógico o asumible en el tráfico mercantil donde han de imperar unos ciertos márgenes de confianza.

Resulta también irrelevante la actitud adoptada por los bancos en los procesos concursales: no es nada extraño suponer que perseguirán el menor perjuicio

económico para su actividad. Esas estrategias para nada empañan la realidad de una posible actividad defraudatoria previa.

El informe pericial económico aportado por la defensa y las declaraciones de algunos empleados para nada enturbian la realidad defraudatoria descrita en la sentencia y articulada a través de un mecanismo, uno de los prototipos que se suelen estudiar en la literatura penal sobre delincuencia empresarial. Es compatible con lo aportado por esos documentos que no contrarrestan la realidad incontestable que surge de los elementos probatorios blandidos por la sentencia.

Igualmente es innegable la presencia de un dolo, al menos eventual. A este respecto no sobra evocar lo que razona la STS 852/2014 de 2 de enero de 2015:

«Basta a estos efectos -hay que recordar- con el dolo eventual. Incluso, un dolo eventual que, ausente inicialmente, ha podido ir emergiendo progresivamente en el desarrollo de una actividad negocial. Tal modalidad de dolo lleva al defraudador a persistir en su actividad para enriquecerse pese a ser consciente de la insolvencia y la consiguiente imposibilidad de atender a compromisos que se siguen contrayendo irresponsable, frívola o alegremente para incrementar su patrimonio o para disminuir su pasivo.

El dolo no solamente se satisface con un dolo directo de primer grado. También se colma el tipo subjetivo de la estafa con el dolo eventual.

El carácter anticipado del dolo, como explica la sentencia de esta Sala 121/2013 de 25 de enero viene referido no necesariamente al momento de la contratación, sino al tiempo del desplazamiento patrimonial. Es perfectamente imaginable un contrato lícito en su origen que se transmuta en medio defraudatorio cuando una de las partes sabedora de que su propósito inicial de atender las obligaciones contraídas deviene ya imposible, calla u oculta circunstancias relevantes o aparenta que nada ha cambiado, para prolongar la percepción de los fondos, servicios, mercancías o materiales pactados a pesar de prever y asumir que no habrá contraprestación. Ese silencio o

apariencia de "normalidad" fingida en el curso de la relación comercial se erige en acto concluyente constitutivo del engaño que vertebra el delito de estafa».

Citan también tanto el Tribunal *a quo* como el Fiscal en su preciso análisis el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 de febrero de 2006 sobre el descuento bancario y su posible uso como mecanismo defraudatorio (STS 39/2007, de 15 de enero). Quien pactó ese sistema decidido a cumplir y lo hace puntualmente; pero cuando el curso de su empresa varía y aparecen condiciones que le sitúan en la imposibilidad de atender sus obligaciones, cae en la tentación de ocultar esos datos y continuar aprovechando ese crédito, cebando la apariencia de normalidad mediante la presentación de nuevos efectos, defrauda. El previo cumplimiento se convierte en un elemento contextual del engaño que no es puramente omisivo, sino expresión de un acto concluyente.

«La intención de cumplir y afrontar las obligaciones contractuales en la actividad empresarial -y traemos a colación otra vez un pasaje de la citada STS 852/2014- puede estar claramente presente al principio e ir enturbiándose en el curso del tiempo dando paso progresivamente y no de forma instantánea, primero a una poco prudente continuación de una actividad cuyo porvenir por razones económicas se torna incierto; y luego ya a un dolo eventual en que la probabilidad de no poder atender las propias obligaciones es percibida como riesgo muy elevado. Si, pese a ello y con indiferencia a los previsibles resultados perjudiciales para terceros, se prosigue en una huida hacia delante impregnada ya de una actitud interna cuyo encaje penal es el dolo, podremos identificar un delito de estafa».

QUINTO.- Los dos motivos siguientes apoyados respectivamente en el art. 849.1º y en el art. 852 LECrim nos permitirán abundar en estas consideraciones.

El tercero niega que pueda hablarse a tenor del hecho probado de *error* y de *engaño bastante*. El cuarto utiliza igual argumento, pero desde una perspectiva previa: ausencia de prueba en relación a esa característica esencial de la estafa (presunción de inocencia).

Argumenta el recurso que está ausente en el relato de la sentencia la descripción de un error determinante de los actos de disposición realizados por las entidades bancarias. La sentencia tendría que haber expresado qué personas físicas concretas habrían sufrido una percepción equivocada de la realidad como consecuencia de la presentación de esos recibos figurados que les hubiera llevado a realizar los subsiguientes actos de disposición en perjuicio de las entidades bancarias.

Siendo habilidosa la estrategia argumentativa del recurso, bien diseccionada resulta endeble si se la despoja de su fuera retórica y nos centramos en los hechos. El engaño articulado y el error padecido fluyen del mismo relato: obtención de recursos económicos cuantiosos en perjuicio de las entidades bancarias como consecuencia de una financiación sostenida en el aire, aunque aparentaba referirse a negocios reales. La ausencia de fuentes reales para allegar recursos económicos convertía en tarea condenada al fracaso hacer frente a las deudas generadas que iban engordando aunque se ocultaban con más *humo* : pagos con efectivo obtenido de las mismas entidades bancarias por el mismo procedimiento.

Esas transmisiones patrimoniales encadenadas a lo largo del tiempo -operaciones de descuento- solo se explican desde una posición de error de la entidad bancaria (o si se quiere ser más exacto, de los distintos empleados que intervinieron en la autorización de los descuentos): solo la confianza en retornar las cantidades financiadas con sus intereses justifica esa operativa; y solo desde la confianza, que cualquiera alcanzaría -lo extraño es presumir o sospechar la irrealidad de los documentos-, de que las facturas obedecían a un negocio real se explica bancariamente la autorización para los descuentos mantenida en el tiempo. Que no se detalle en cada caso concreto qué empleado -o empleados- con nombre y dos apellidos autorizó cada operación o qué mecanismo interno, protocolizado o no, se siguió en cada caso para llegar a esa autorización no excluye la realidad que refleja el hecho probado en la que juega un papel estelar la engañosa maquinación urdida desplegada por los acusados -clásica en los manuales de derecho penal empresarial al estudiar las estafas en el ámbito negocial- y el consiguiente error por personas concretas de cada entidad bancaria.

Exigir que se especifique nombre, apellidos, circunstancias, horas, días, escenarios, en que se produjo en cada caso el error supone reivindicar un inexigible estilo *naïf* en un relato de hechos probados, por encima de la lógica y el sentido común.

Si lo que pretende el recurrente es una narración minimalista preñada de detalles accesorios y anecdóticos, hay que replicarle que no es necesario. Basta con la mención sobria pero suficientemente expresiva del hecho probado: *aparentando que disponían de una actividad económica relevante y solvente*. Ahí está concretada la maniobra engañosa que se exterioriza mediante la sucesiva presentación de facturas para el descuento. Luego aparecen los actos de disposición patrimonial anudados a ella y consecuencia de ella.

Es elocuente el argumento de las partes recurridas en su impugnación: no es imaginable que las entidades bancarias, de conocer la realidad que se les ocultaba, hubiesen mantenido las líneas de financiación.

No puede comprenderse de otra forma la secuencia de hechos: si se crea una apariencia quienes la perciben y no estén prevenidos confiarán en ella.

Se está, por fin, en condiciones de sostener fundadamente que a los recurrentes les era absolutamente indiferente llegar a esa más que previsible situación de perjuicio para las entidades bancarias en el momento en que se cortase la prueba.

SEXTO.- El derecho a la **presunción de inocencia** -y con esto abordamos el motivo cuarto- prohíbe ser condenado sin que se hayan realizado **i)** pruebas de cargo, **ii)** válidas, **iii)** revestidas de las necesarias garantías, **iv)** referidas a todos los elementos esenciales del delito, y **v)** de las que quepa inferir concluyente y razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio

-Fundamento Jurídico Sexto a)-, o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia exige **i)depurar** el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o **no utilizable** por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad); **ii)** a continuación **valorar** el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente **suficiente** para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y, **iii)** finalmente testar si en concreto esa convicción está **motivada** de forma lógica.

En este asunto, no se hace cuestión de la legitimidad del material probatorio utilizado por la Sala: es actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías. Lo que se discute es su **suficiencia** en relación a diversos elementos fácticos y en especial la exigencia de "*engaño*" que sea "*bastante*"

El razonamiento puede agruparse con el vertido en el motivo quinto de estructura y contenidos complementarios -en algún pasaje hasta clónicos-. Se insiste de nuevo en el incumplimiento de los deberes de autoprotección que pueden diluir la tipicidad del art. 248 CP.

El eventual engaño no sería típico pues no vendría revestido de la aptitud necesaria y medible en un juicio *ex ante* para producir un error. El sujeto pasivo habría tenido una fácil posibilidad de despejar el error.

El punto de partida no es correcto. No puede exigirse a una entidad bancaria un extremado celo o negarle protección penal por el hecho de confiar demasiado en su clientela.

Analizando una conducta que guarda algún paralelismo (descuentos bancarios) con la que es objeto de enjuiciamiento aquí, dirá la STS 319/2013, de 3 de abril,

"Precisamente el hecho de que esos pagarés se presenten al descuento en un contexto de relaciones financieras con el banco con quien conocidamente mantenía operaciones comerciales con la empresa que simuladamente se hacía aparecer como deudora (Siemens) otorga a la maniobra todos los ingredientes para ser considerada apta a los efectos de constituir el engaño "bastante" que reclama el tipo penal.

En ese marco ni había razones para desconfiar, ni era exigible que la entidad bancaria iniciase unas averiguaciones que de tener que emprender en todos los casos similares paralizarían y lastrarían su actividad. En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza, que una forzada atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no puede entorpecer, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal.

La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta por eso inaplicable al supuesto ahora contemplado.

Una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica) y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas mínimas dosis de confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción.

Recordemos al hilo de algunas citas jurisprudenciales las pautas en las que se mueve esta Sala Segunda al interpretar la necesidad de que el engaño sea "bastante", lo que en términos plásticos ya apuntaba un clásico tratadista ("no hay estafa cuando el error más que del engaño procede de la estúpida credulidad del sujeto pasivo").

La STS 271/2010, de 30 de enero contiene una extensa y precisa panorámica de la evolución e hitos de esa doctrina: "Se añade -expone refiriéndose al art. 248 CP- que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la insidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparenta la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo --SSTS 11169/99 de 15.7 , 1083/2002 de 11.6--, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por

tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser mas sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003)..

...Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiéndose aplicable el principio de autoresponsabilidad, en virtud el cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en sí mismo, sino por su censurable abandono y ambición, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en una plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que

el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a

la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa".

Otro buen exponente de los nada infrecuentes pronunciamientos que recrean esta cuestión viene representado por la STS 567/2007, de 20 de junio:

"En nuestra reciente sentencia de 3 de mayo de 2007 tras examinar el estado de la cuestión en lo relativo a la exigencia de **idoneidad** en el engaño concluimos que "todo engaño que produce error en otro es bastante." Pero también advertimos de que, debiendo el engaño ser la **causa** del error, tal requisito no se satisface "...cuando junto con el error concurren otras "causas" que contribuyen a la falsa representación del sujeto pasivo, en especial, las que ponen de relieve la falta de **autoprotección** de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas cautelas para salvaguardar la integridad de su patrimonio..."

Y en las de SSTS 320/2007 de 20 de abril y muy extensamente en la 368/2007 de 9 de mayo también dijimos: "...no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en **un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa**, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado..."

Desde ese punto de partida se llega a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento y a exigir que "el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error..."

*Pero, y ello interesa particularmente en este caso, la relevancia del alcance de la protección de la norma en la imputación objetiva, la convierte en criterio esencial para delimitar el ámbito típico de la estafa. Lo que, como dijimos en esta sentencia, conduce a la obligada valoración de los **deberes de autoprotección de la víctima**, cuyo incumplimiento excluye la conducta del agente del ámbito del tipo objetivo de la estafa..."*

Muy recientemente la STS 243/2012, de 30 de marzo contiene una oportuna llamada para evitar una deformante expansión de esos principios que privasen de protección penal precisamente a quienes que más pueden necesitarla. Se lee en esa sentencia:

"Como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

*La doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, **valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.***

...En esta alegación de la parte recurrente y beneficiaria del desplazamiento patrimonial subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva

a la propia víctima, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberle permitido superar el engaño que el propio recurrente generó.

*Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente, como se recordaba en la reciente sentencia de esta Sala núm. 162/2012, de 15 de marzo, que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por **un engaño burdo** o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.*

*Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de auto responsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque **una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño**".*

*Ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, como se señala en la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño , **exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.***

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, y se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente

conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa".

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

SÉPTIMO.- A través del art. 849.1 LECrim (motivo sexto) se rechaza el acierto de incardinar las facturas y recibos descontados en la tipicidad de los arts. 390.1.2º y 392 CP. Estaríamos ante falsedades ideológicas de particular despenalizadas.

Ese tipo de argumentación podría valer para títulos abstractos como la letra de cambio; pero no para facturas o recibos como los descritos en los hechos probados que simulan operaciones mercantiles (art. 390.1.2 CPº). Por eso no es aprovechable a estos efectos la jurisprudencia que los recurrentes invocan. Es el tipo de documento (facturas frente a letras o pagarés) un elemento diferencial en absoluto desdeñable.

En materia de letra de cambio, el problema es distinto y no parificable al que aquí se nos presenta. No es en ese campo un debate aparecido a raíz de la despenalización en el Código Penal de 1995 de algunas de las falsedades ideológicas (*faltar a la verdad en la narración de los hechos*) cuando no interviene en ellas funcionario o autoridad. Ya bajo la vigencia del texto de 1973 se discutía (y era patente la divergencia entre la doctrina frente a lo que se solía sostener en la jurisprudencia -no sin excepciones y fluctuaciones-) si una letra de favor, una letra vacía, es decir aquella tras la cual no subyace una operación real, constituía una falsedad punible. La cuestión se presentaba de forma paralela en relación a otros documentos mercantiles como el cheque o el pagaré. Frente a la posición jurisprudencial mayoritaria (aunque no unánime) que se inclinaba por la respuesta afirmativa, los comentaristas resaltaban que el carácter abstracto y no causal de la letra de cambio llevaba a concluir que consignar en ella como librado a una persona no significaba afirmar que era deudor real. Sería, en su caso, deudor cambiario si aceptaba la letra. Deudor cambiario no equivale necesariamente a deudor en una real relación causal subyacente. Por eso aparecer

como librado en un título abstracto no implica ser deudor. No es falsedad señalar como librado a quien no es deudor. Como tampoco resulta falso un pagaré firmado por quien no adeuda nada. Expresa sencillamente que asume una obligación de realizar un abono en la fecha indicada por la cantidad consignada; que emite una promesa de pago. Solo si la firma no es auténtica podríamos estar ante una falsedad. Si no, el pagaré es ejecutable, al margen de las relaciones causales.

El caso de las facturas es completamente diferente. No son un título abstracto. No hay cuestión en cuanto a su subsunción en el art. 390.1.2º y 392 CP según una jurisprudencia abundantísima que por ello resulta innecesario referenciar.

Hagamos notar que en cualquier caso la forma de punición del actual art. 77.3 CP convierte esta cuestión en no excesivamente trascendente.

OCTAVO.- El motivo séptimo de casación lucha por la declaración de **prescripción** del delito de falsedad. Lo hace partiendo de la expulsión del supuesto delito de estafa al que se haya vinculada la falsedad. No puede acogerse el argumento por dos órdenes de consideraciones:

a) Primeramente porque el delito de estafa ha de mantenerse como se deriva de los fundamentos de derecho anteriores. Eso atrae la aplicación del párrafo final del art. 131 CP que acoge un criterio recogido de una jurisprudencia previgente: los delitos enlazados por razones de conexidad no prescriben hasta que lo haga el más grave (sin perjuicio de las matizaciones efectuadas por la STC 25/2018, de 5 de marzo que no afectan a este supuesto en tanto que los responsables de la estafa y la falsedad conexas son los mismos).

b) Pero es que, además y sobre todo, nos enfrentamos a un delito continuado. En contra de lo que sostiene el recurrente, el plazo de prescripción se fija en ese caso atendiendo al máximo de pena imponible que será la mitad inferior de la pena superior en grado, y por tanto un plazo de cinco años según la legislación vigente en el momento de los hechos (anterior art. 131 CP). Esto excluye la prescripción. Es esa

doctrina habitual en la jurisprudencia de la que proporciona una muestra reciente la STS 18/2018, de 29 de noviembre:

"Estamos ante un delito continuado cometido con posterioridad a la reforma de 2003 del art. 74 y, por tanto, sometido a la penalidad facultativa prevista en el párrafo 1º de tal precepto. La pena en abstracto es superior a tres años: hasta tres años y nueve meses podía llegar. Aunque estimásemos que no es de apreciar la agravación basada en el abuso de confianza, estaríamos ante una infracción sancionable en cuanto no prescrita (vid. art. 131 vigente en la fecha de los hechos que establecía un plazo de prescripción de cinco años por los delitos castigados con pena superior a tres años e inferior a cinco)".

NOVENO.- El motivo noveno invocará la presunción de inocencia (art. 852 LECrim, mejor que art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 24.2 CE) en cuanto al delito de apropiación indebida agravado y solo respecto de Anibal Jeronimo.

Se dice que Anibal Jeronimo había dimitido del cargo de vocal de la FCT el 13 de diciembre de 2004 al que se reintegró en diciembre de 2005; así como que carecía de capacidad para disponer de fondos. Solo fue vocal y solo en esos periodos.

Los argumentos de la sentencia para atribuirle una participación consciente y deliberada en esa distracción de fondos son suasorios. Nótese que la finalidad y mecánica defraudatoria (falsedades) es similar en ambos grupos de operaciones; y que las distracciones se canalizaban hacia el grupo IMS del que era administrador. En la otra defraudación (estafa) es condenado como autor junto al otro recurrente. Su posición en IMS hace difícilmente asumible que no conociese el origen de esos fondos que iban a parar a la empresa que administraba..

Dado que agruparemos ambas infracciones en un único delito continuado -lo que anunciamos ya- este tema carecerá de gran relevancia penológica. Basta hacer notar que en ningún caso se consideraría procedente hacer uso del art. 65.3 CP respecto de este acusado por su posición en FCT, diferente desde luego, a la del otro recurrente.

DÉCIMO.- ¿Estamos ante una apropiación indebida o ante una administración desleal? Contestando a esa pregunta daremos respuesta a otro de los motivos del recurso interpuesto por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 295 CP.

Los impugnantes entienden que los hechos encontrarían cobijo no en el art. 252, sino en el derogado art. 295 CP.

Con la vigente redacción del Código la cuestión carecería de relevancia a la vista de lo que dispone el actual art. 252 y su comparación con el art. 253 CP. Son éstas palabras tomadas de la STS 627/2016 de 13 de julio que también recoge el escrito del recurso que en este punto toma como falsilla los razonamientos de esa sentencia.

Antes la diferenciación era más trascendente. Las disparidades penológicas entre los arts. 295 y 252 CP eran notables y obligaban a delimitar el ámbito de aplicación de ambas normas lo que resultó campo bien abonado para que germinasen opiniones divergentes (principio de alternatividad, se dijo a veces; otras se habló de especialidad; la figura de los círculos secantes para explicar esas relaciones cuajó en alguna jurisprudencia siendo luego rechazada en otras resoluciones....).

La citada STS 627/2016 tras reconocer que nunca se ha llegado a consolidar un criterio pacífico y unánime sobre esta cuestión, a la que la reforma de 2015 ha privado de toda perspectiva de futuro, toma como referente la diferenciación entre el exceso intensivo y el exceso extensivo.

Y acude a la STS 206/2014, de 3 de marzo, para referirse a las diferentes pautas interpretativas manejadas para delimitar de los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

Una primera línea explica la relación entre ambos preceptos (art. 252 y 295 del C Penal) como un concurso de normas a resolver con arreglo al principio de

alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrezca *in casu* mayor pena. La menor penalidad del anterior art. 295 (que ofrecía una alternativa entre pena de prisión de hasta cuatro años de duración y una desnuda multa), originó que, en un primer momento, la Sala se decantase a favor normalmente del delito de apropiación indebida, sancionado con mayor rigor.

En otras ocasiones, se ejemplificó con la figura de los círculos concéntricos para fijar diferencias y solapamientos. El conjunto mayor era la apropiación indebida; la administración desleal; el menor. Para dirimir el concurso normativo habría de acudirse al principio de especialidad.

La STS 91/2013, de 1 de febrero, siguiendo la STS 462/2009, de 12 de mayo, solventa la distinción mediante el criterio jurídico del objeto que comprende el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Mientras que el art. 252 CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, vendría llamado a incriminar la disposición de dinero o de activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad; el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la estipulación de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas: el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

La citada STS 206/2014 reputa especialmente ilustrativo el criterio que situó la diferencia entre ambos preceptos indagando desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Mientras que en el art. 252 CP el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede; en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación,

sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP el bien protegido por la norma sería la propiedad o el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Encerraría, pues, un dinamismo, orientado hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

Utilizaremos aquí como referente el parámetro diferenciador que pivota sobre el binomio exceso intensivo/exceso extensivo (SSTS 915/2005, de 1 de julio, 433/2015, de 2 de julio ó 627/2016, de 13 de julio) aunque sin el más mínimo ánimo de sentar conclusiones apodícticas o definitivas en un tema que ha sido especialmente controvertido en la jurisprudencia pero que está ya condenado a desaparecer, antes o después, de la agenda de este Tribunal vista la reforma legislativa de 2015. En cualquier caso también desde otros puntos de partida podíamos alcanzar idéntica conclusión: estaríamos ante una clara apropiación indebida.

El alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder nos permite ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta: si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida. Cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295 (SSTS 462/2009, de 12 de mayo; 623/2009, de 19 de mayo; 47/2010, de 2 de febrero; y 707/2012, de 20 de septiembre, entre otras).

No podemos reconducir los hechos a la administración desleal. El empleo de facturas falsas y lo que es el puro y desnudo, desvío de fondos no pueden ahora tratar de presentarse como "préstamos" o como actos comprendidos dentro del haz de

facultades que corresponden a un tesorero o Secretario. Ni estaba facultado para ello ni la mecánica comisiva opaca y clandestina nos sitúa en el art. 295.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- El motivo undécimo se queja por la ausencia del requisito de perseguibilidad -denuncia- que según el art. 296 sería necesario para proceder por un delito de administración desleal.

Habiéndose desterrado esa tipicidad el motivo queda vacío de contenido. No sobra en todo caso en sintonía con el argumento de la sentencia puntualizar que no es descabellado entender que cuando una eventual administración desleal se produce en relación a una fundación de las características de las que concurrían en FCT podría entenderse suspendido el requisito de la previa denuncia por virtud de la excepción contemplada en el precepto. Pero ha de insistirse en que no hay ahora cuestión.

DUODÉCIMO. - Acude a la **presunción de inocencia** de nuevo el motivo duodécimo centrado en la apropiación indebida respecto de FCT. Lo hace con especulaciones apenas argüidas por los recurrentes en la instancia.

Admitamos que no existe prueba de que los acusados se enriqueciesen personalmente con los fondos desviados. También es factible llegar a entender que pudo existir -aunque está muy lejos de haber quedado acreditado- algún tipo de connivencia o tolerancia respecto de esos desvíos por parte no de la Fundación, sino de algunos de sus directivos. Pero ha entendido la Sala, y lo ha entendido con base probatoria suficiente, que los legítimos órganos de la fundación -lo que, además, de ser de otra forma, daría lugar a otras responsabilidades también penales no excluyentes sino acumulativas- no consentían con ese vaciamiento patrimonial a cambio de nada.

Cuestión diferente, no directamente planteada pero que, sin embargo, podemos traer a debate en virtud de los amplios términos de la impugnación que hemos de resolver, es que la estafa y la apropiación indebida por la que han sido condenados puedan

obedecer a un mismo designio criminal: no hay razones para excluir esa hipótesis más beneficiosa. Sí, las hay, en cambio, para intuir la como la más factible. Precisamente por eso podrían ser agrupadas en un único **delito continuado**

No es rechazable de forma tajante apriorística y absoluta que la estafa y la apropiación indebida puedan ser consideradas infracciones de naturaleza semejante a los efectos de la continuidad delictiva (art. 74 CP). Esa reflexión nos permite en beneficio del reo aglutinar las infracciones objeto de condena en un único delito continuado de estafa y apropiación indebida, precedidas de un delito continuado de falsedad realizado con carácter instrumental, y a penar, como hizo la Sala, a través de la tortuosa y poco comprensible mecánica del nuevo art. 77.3 CP. La segunda sentencia será el espacio natural para llevar a cabo la concreción punitiva exigida por esa recalificación jurídico-penal. Basta ahora dejar constancia de la **estimación parcial** del motivo en los términos expuestos.

Ciertamente en un caso las falsedades parecen ser la mecánica articulada para producir la defraudación (estafa); en el otro, más bien, para encubrir el previo fraude (apropiación indebida), lo que excluiría en este segundo episodio la instrumentalidad que exige el art. 77.3 CP. Pero es lo cierto que en ambos casos la Audiencia ha apreciado esa relación concursal medial, lo que no puede ahora variarse pues constituiría en ese punto una *reformatio in peius*.

La STS 1560/2001, de 15 de septiembre -por citar algún precedente en apoyo de esta decisión- admite ese tipo de continuidad delictiva entre ambas morfologías defraudatorias (estafa y apropiación indebida): si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión.

La STS 385/2014, de 23 de abril, por su parte, dice en sentido coincidente:

"El acusado ha sido condenado por un delito continuado de estafa (aunque era calificado alternativamente como apropiación indebida y, de hecho, la sentencia se ve obligada a justificar por qué se inclina por esa tipificación y no por la disyuntiva que se

proponía por la acusación). La apropiación indebida consecutiva (relativa al vehículo) se aparta del *modus operandi* de la otra infracción patrimonial continuada, pero obedece al mismo **genérico propósito de enriquecerse** lo máximo posible a costa de las entidades para las que prestaba sus servicios; está abarcada por el mismo dolo globalmente considerado. **Estafa y apropiación indebida** no son infracciones siempre homogéneas a los efectos exigidos por el principio acusatorio y el deber de congruencia de la sentencia. Dependerá de supuestos concretos. Pero no cabe duda alguna de que cumpliéndose los demás requisitos del delito continuado, han de considerarse **infracciones de semejante naturaleza** para poder ser aglutinadas en una única infracción continuada contra el patrimonio.

Desde esa premisa en este supuesto la punición autónoma aparece como algo artificioso. La apropiación indebida del vehículo que solo tenía a disposición pero no en propiedad, ha de considerarse una más de las infracciones a castigar unitariamente a través del expediente de la continuidad delictiva regulado en el art. 74 CP.

Perspectivas de justicia y proporcionalidad penológica invitan también a esta decisión que se presenta como más ponderada desde esos puntos de vista".

DÉCIMO TERCERO .- El motivo décimo tercero invoca para uno de los recurrentes -Santiago Julian- la atenuante del art. 21.5 CP, reparación del daño.

Se basa en la restitución por un tercero -Narciso Eliseo- de la deuda contraída con FCT, previo reconocimiento del débito por su parte.

La adquisición por ese tercero a quien el acusado, sigue adeudando esa cantidad, y por razones en las que escaso influjo ha de atribuirse al recurrente, no puede integrar la atenuante invocada, por más que el recurrente se jacte de haber estimulado ese pago.

La agrupación de todas las infracciones en un único delito continuado se erige en argumento que convierte todavía en más rechazable la atenuante: no tiene sentido que

unos hechos (defraudaciones a los bancos) se vean favorecidos de forma indirecta con una atenuante obtenida a base de reparar otras defraudaciones diferentes aunque agrupadas en un único delito continuado. Para que la atenuante de reparación sea apreciable en un delito continuado ha de tener trascendencia en todas las infracciones contempladas o, al menos, en la más grave si es esa la que determina la penalidad (lo que no sucede aquí pues estamos ante un delito patrimonial continuado). Si se admitiese otra cosa se burlaría el mecanismo penológico previsto con criterios de proporcionalidad (art. 74 CP), convirtiendo la continuidad delictiva en un expediente que permitiría la disminución de responsabilidades proyectando la eficacia de una atenuante a hechos en los que no concurría.

Por otra parte, se trata de una cuestión nueva no invocada en la instancia, sin perjuicio de que tal óbice podría ser obviado en virtud de la jurisprudencia que evocan con toda pertinencia los recurrentes. La apreciación de una atenuante, en efecto, en determinadas condiciones permite soslayar la doctrina de la cuestión nueva. Pero faltan en el relato de hechos algunos elementos esenciales para la atenuación, especialmente los que permitirían atribuir la reparación económica al impulso del recurrente.

El motivo fracasa.

DÉCIMO CUARTO.- La atenuante de **dilaciones indebidas** constituye el objeto del décimo cuarto motivo. Se invoca a través de un doble cauce casacional: 852 -violación del derecho a un proceso sin dilaciones sin debidas- y 849.1º LECrim -no aplicación del art. 21.6 o 7 CP-.

La vía correcta -puede apostillarse- es la prevista en el art. 849.1º LECrim La sentencia en sí no puede violar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y es la sentencia lo que se recurre en casación. La sentencia podrá dejar de apreciar indebidamente una atenuante (lo que es un tema de legalidad ordinaria). El derecho constitucional a un proceso ágil se violará por la tramitación parsimoniosa o la paralización indebida, pero no en sí por la sentencia que solo podrá, como forma de

atemperar la vulneración, establecer una compensación a través de la atenuante; nunca restaurar el derecho ya violado.

El cómputo de los plazos a estos efectos ha de atender como *dies a quo* al de adquisición de la condición de imputado (en la actualidad, investigado). Así se desprende del fundamento de la atenuante (compensación por los retrasos en un proceso que comporta incertidumbre y molestias para el encausado).

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es un derecho a que el delito sea descubierto con presteza o a que los autores sean identificados con prontitud (!) como ha dicho en ocasiones la jurisprudencia. El dato temporal relevante no es el momento de comisión del delito, ni en el de incoación de las diligencias, sino el de adquisición la condición de imputado. Esa idea está presente en el art. 21.6 de manera explícita (al hablarse del tiempo de *tramitación de la causa*) e implícita (fundamento de la atenuante).

Eso supone un correctivo en los cálculos efectuados por los recurrentes. El *dies a quo* para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso López Sole y Martín de Vargas c. España). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. Solo cuando se adquiere la condición de parte pasiva comienza el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación *apud acta*, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud STS 940/2009 de 30 de septiembrey 385/2014, de 23 de abril.

Decía a este respecto la 70/2013, de 21 de enero:

" Son reprochables las dilaciones indebidas causadas durante el proceso, no el tardío descubrimiento de los hechos o del autor. Si se efectúa una rebaja penológica es para compensar el padecimiento por el sometimiento a un proceso penal durante un largo periodo de tiempo. Por tanto invocar la fecha de los hechos (año 2003) es improcedente a estos efectos. El *dies a quo* para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso López Sole y Martín de Vargas C. España). Cosa diferente es que una data de los hechos muy remota pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento. El derecho se refiere al **proceso sin dilaciones** no a un supuesto y curioso derecho del autor de un delito a un **descubrimiento rápido de la infracción penal y de su implicación**. Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de un derecho fundamental. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación *apud acta*, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre)".

La STEDH de 15 de marzo de 2016 (asunto Menéndez García y Álvarez González contra España) remacha esa idea.

Por tanto hay que atender a julio de 2010 como hito inicial. Siete años se tardó en obtener sentencia (fecha el 19 de abril de 2017); siete años y no los diez que destaca el recurso, aunque es cierto que las diligencias de investigación de la Fiscalía se habían incoado en 2007.

La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años ha tenido que ampararse en la analogía del anterior art. 21.6º CP (hoy, 21.7º). A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación expresa. El actual número 6 del art. 21 CP, dentro del

catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal 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 (STS 440/2012, de 29 de mayo).

El precepto exige unos retrasos **extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa.**

A tenor de la literalidad de la norma la atenuante viene conformada por unos elementos constitutivos: **a)** una dilación *indebida* en el sentido de no procedente o no justificable; **b)** carácter *extraordinario* de la dilación, en el sentido de inhabitual, inusual; **c)** sobrevenida durante la *tramitación* del procedimiento; **d)** *inexistencia de culpa* del imputado en los retrasos; y **e)** desproporción entre la *complejidad* del litigio y el retraso.

El tiempo invertido en la investigación y enjuiciamiento excede de lo óptimo e incluso de lo deseable. Pero no se han desbordado unos estándares habituales y razonables. La atenuante exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad" y de cualquier parámetro usual, lo que no puede predicarse de este caso si atendemos a una valoración global del tiempo invertido y las concretas secuencias y vicisitudes procesales: pluralidad de investigados, complicados informes periciales, y complejidad en general de la causa.

Las SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014 de 23 de junio recalcan que no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de unas actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Serán las circunstancias específicas de cada supuesto sobre las que han de proyectarse los criterios objetivos (complejidad, márgenes ordinarios de duración de litigios semejantes, intereses arriesgados, conducta de las autoridades...) las que orienten al intérprete. Esas consideraciones guardan sintonía con las apreciaciones que encontramos en la doctrina del TEDH (por todas, STEDH de 21 de

abril de 2015, asunto Piper *v. Reino Unido* : la complejidad del caso es uno de los estándares para evaluar el carácter indebido o no de las dilaciones).

La sentencia justifica lo dilatado de la tramitación en la complejidad del asunto:

«No concurren en el presente caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa de los Sres. Santiago Julian y Anibal Jeronimo interesó la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, sin hacer expresa consignación de cuáles son los periodos de paralización del procedimiento que justifican tal petición. Examinadas las actuaciones constatamos que no han sufrido ninguna interrupción relevante atribuible a falta de actividad por parte del órgano judicial, que justifique tal atenuación, ni siquiera como atenuante simple, pues no se detecta una interrupción superior a un año y medio, conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12/07/2012. Concretamente, la única paralización de cierta relevancia es la producida entre julio de 2011 y febrero de 2012, folios 937 y 938 de la Diligencias Previas lo que puesto en relación con la complejidad de la causa, que se inició el 29/07/10, con diez tomos de Diligencias Previas con más de 3.000 folios, tomos de Rollo de Sala, con 2.000 folios y múltiple documentación unida que ha sido necesario examinar, impide concluir que se han producido dilaciones indebidas, pues la instrucción fue diligente y el tiempo de espera en esta sección, para la celebración del juicio, siete meses, se debió a la acumulación de causas con complejidad que exigen, como en este caso, numerosas sesiones para poder llevarlo a cabo.

El razonamiento es acogible por ser convincente y expresivo.

Apreciando de manera conjunta el tiempo global que ha tardado en enjuiciarse la causa y las circunstancias concurrentes no puede hablarse de un retraso desmesurado. Es una duración que rebasa lo ideal e incluso lo legal, pero no tan desproporcionada en relación a la innegable complejidad de la causa y de la

investigación como para propiciar una atenuación que, por otra parte, carecería de otra virtualidad que determinar la imposición de la pena en su mitad inferior, lo que se va a hacer en todo caso atendiendo entre otras razones a ese tiempo transcurrido pero con la base del art. 66.1.6 CP. En efecto, las señaladas características de la causa repelen absolutamente la cualificación de la atenuante.

No es posible atender al motivo .

C) Costas.

DÉCIMO QUINTO.- La estimación, parcial en algún caso, total en otros, de los recursos comporta la declaración de oficio las costas causadas (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

1.- ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por **Anibal Jeronimo y Santiago Julian**, contra sentencia de fecha 19 de abril de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra los recurrentes por delito continuado de falsedad en documento mercantil, insolvencia punible y estafa y apropiación indebida, **por estimación parcial de los motivo octavo y duodécimo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia** con declaración de las costas de oficio.

2.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Narciso Eliseo y Gerardo Elias contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación del motivo segundo del recurso de Gerardo Elias y el único del recurso de Narciso Eliseo. Se declaran las costas de estos recursos de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, 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.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano
Varela Castro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

RECURSO CASACION núm.: 1203/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del
Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 3 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Barcelona, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta), y que fue seguida por delito continuado de falsedad en documento mercantil, insolvencia punible y estafa y apropiación indebida contra Anibal Jeronimo, Gerardo Elias y Narciso Eliseo; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se dan por reproducidos los antecedentes y los hechos probados de la anterior sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de las razones que han quedado expuestas en la anterior sentencia a la que nos remitimos, los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida y estafa de los arts. 390.1.2º y 392 y 74 CP y 248, 249, 252, 250.1.5ª y 74 CP según la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo del que aparecen como autores Santiago Julian y Anibal Jeronimo.

SEGUNDO.- Estamos ante un concurso medial (art. 77.3 CP) y un delito continuado lo que permitirá exasperar la penalidad hasta llegar a un total de siete años y seis meses más multa (art. 74.1 CP). No se va a realizar ese incremento aunque el monto de la cuantía defraudada invita a moverse por encima de los tramos penológicos más bajos. Siendo un delito continuado además, la pena ha de situarse en la mitad superior (art. 74.2 CP). Ha de valorarse igualmente el delito continuado de falsedad también cometido (art. 77.3 CP).

Por fin ha de tenerse en consideración tanto el puesto menos relevante de Anibal Jeronimo en FCT lo que repercute en la menor gravedad de su intervención en los hechos constitutivos de apropiación indebida que, además son los que atraen la aplicabilidad del art. 250 CP; así como también el tiempo excesivo invertido en la investigación y enjuiciamiento. Todos esos datos nos llevarán a estimar adecuada una pena de CUATRO AÑOS y NUEVE MESES respecto de Santiago Julian y de CUATRO AÑOS y SEIS MESES en cuanto a Anibal Jeronimo. La pena de multa se fija en su mitad, respetándose la cuota establecida en la instancia que ha sido cuestionada.

TERCERO.- Por otra parte ninguno de los hechos es encajable en la tipicidad del art. 259 por lo que se impone la absolución por tal delito.

FALLO

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

1.- Que debemos condenar y condenamos a Santiago Julian y Anibal Jeronimo como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de defraudación, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

a) a Santiago Julian CUATRO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de condena y **MULTA DE NUEVE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 10 EUROS** , con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53. CP.

b.- a Anibal Jeronimo CUATRO AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de condena y **MULTA DE NUEVE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 10 EUROS** , con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP.

2.- Que debemos **ABSOLVER** con todos los pronunciamientos favorables a **Santiago Julian y Anibal Jeronimo, Narciso Eliseo Y Gerardo Elias** del delito de insolvencia punible por el que venían siendo acusados, declarándose de oficio la parte correspondiente de costas

3.- Se mantienen en todo lo demás el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto no sean contradictorios con el presente y singularmente lo relativo a las absoluciones decretadas, y a las indemnizaciones fijadas a cargo de los dos condenados y de otra entidad no recurrente así como a las costas salvo lo relativo la parte proporcional que ahora declaramos de oficio

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta
Luciano Varela Castro

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García