



Roj: **STS 3234/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3234**

Id Cendoj: **28079120012022100732**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2022**

Nº de Recurso: **2697/2020**

Nº de Resolución: **737/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Badajoz, Sección 3ª, 13-12-2019 (rec. 40/2019),
STSJ EXT 370/2020,
STS 3234/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 737/2022

Fecha de sentencia: 19/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2697/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/05/2022

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

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2697/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 737/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 19 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación nº 2697/2020 interpuestos por Olegario y Emma representados por la Procuradora Sra. D.ª Cristina Cardona Olivares y bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Martín Oncina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictada en fecha 14 de mayo 2020, resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con Sede en Mérida, proveniente del Juzgado de Instrucción número 3 de Mérida (PA número 51/17), en causa seguida contra los recurrentes por **delitos** de falsedad documental en concurso medial con un **delito** de estafa. Ha sido parte recurrida la entidad mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el procurador Sr. D. Francisco Soltero Godoy y bajo la dirección letrada de D.ª Sofía Vela Iglesias; y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social Sra. D.ª Carmen Estañ Torres. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida (Sección Tercera) Procedimiento Abreviado con el nº 40/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Mérida se dictó Sentencia, con fecha 13 de diciembre de 2019 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"En fecha no determinada pero en todo caso a principios de 2014 los encausados Olegario y su esposa Emma , actuando de común acuerdo, y utilizando métodos reprográficos que no han quedado determinados, elaboraron un documento que fecharon el día 4 de abril de 2014 y que parecía ser un aval bancario, aparentemente emitido por la entidad BBVA a favor de la sociedad SOLOSOL SAN ROQUE, S.L. de la que Emma era, en el momento de estos hechos, administradora única. En el referido documento se hacía constar que la entidad BBVA "avala, con carácter solidario y con expresa renuncia a los beneficios de excusión y división a la sociedad SOLOSOL SANROQUE, S.L.(...) ante la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (...) en concepto de fianza definitiva, hasta la cantidad o límite máximo, por todos los conceptos, de 1.251.712 €, en garantía especial para responder del pago de todas y cada una de las deudas que el avalado mantiene con la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en relación al auto de procedimiento ordinario Nº 685/2013". Así mismo se dice que la entidad BBVA se obliga, con carácter indefinido, a pagar a la TGSS a primer requerimiento, de manera inmediata, la cantidad que se reclame hasta dicho límite, sin entrar a considerar la procedencia o no de la petición, y que queda inscrito en el Registro Especial de Avaluos con el número NUM000 . El referido documento contiene un sello de la entidad BBVA, junto con las firmas simuladas de dos empleados de la entidad bancaria, Urbano y Vicente . La finalidad con que se elaboró el referido documento fue, como así sucedió, la de su presentación ante la TGSS, Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de Badajoz, para la suspensión del procedimiento administrativo de recaudación que se encontraba en vía de apremio en aquellas fechas. Así, la TGSS tramitaba procedimiento administrativo de apremio frente a SOLOSOL SANROQUE, S.L., por débitos a la Seguridad Social por importe total de 1.251.712 €. En el seno de dicho procedimiento de apremio la TGSS dictó el 6-6-2013 medida cautelar consistente en anotación de embargo sobre un total de seis bienes inmuebles y una embarcación de recreo. Siguiendo sus trámites, previa la valoración de los bienes embargados, se acordó su enajenación mediante subasta pública, señalándose para su celebración los días 9-4-2014 y el 21-5-2014.

Emma , con conocimiento y consentimiento del otro encausado, presentó dicho documento ante la TGSS el día 7 de abril de 2014, esto es, dos días antes del previsto para la celebración de la primera de las subastas y con la finalidad de paralizar las actuaciones ejecutivas de la Administración tendentes al cobro del débito perseguido, acompañando a un escrito solicitando la suspensión de las subastas y del procedimiento de apremio. El mencionado documento generó plena confianza de su veracidad en la entidad receptora, al reunir todos los requisitos exigidos por la normativa mercantil y de la de seguridad social - art.28 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la seguridad social, RD 1415/2.004, de 21 de junio-y fue incorporado al procedimiento administrativo de apremio.

La apariencia de realidad del aval llevó a la TGSS a considerar íntegramente garantizado el débito para con la Seguridad Social, por lo que la TGSS acordó, el 8-4-2.014, la suspensión de las subastas y del procedimiento de apremio en su totalidad hasta tanto la Resolución administrativa fuera firme, toda vez que también había sido impugnada mediante recurso de alzada, posterior recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y recurso de casación ante el Tribunal Supremo, manteniéndose, entre tanto, los bienes embargados en el patrimonio de la entidad SOLOSOL.



El día 11-4-2014, Emma presentó otro escrito en la Administración de la Seguridad Social solicitando el levantamiento y la cancelación de las anotaciones preventivas de los embargos por estar la deuda garantizada con el dicho documento de aval, lo que fue, asimismo, incorporado al procedimiento administrativo.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, dictó sentencia el 22-12-2016 declarando no haber lugar al recurso de casación mencionado, con lo que la actuación administrativa de la TGSS impugnada quedó confirmada y firme.

Esta sentencia se notificó a la TGSS el 16-1-2017 y el 19-1-2017 la TGSS dictó diligencia para la ejecución de aval afecto al cobro de la deuda apremiada, dando orden de ejecución a la entidad financiera BBVA, presentando el aval, la diligencia y la orden en el BBVA de Mérida el 19-1-2017.

Es entonces cuando el director de la oficina bancaria del BBVA, don Jose Augusto se reunió el día 23-1-2017 con Olegario, quien, aunque en un primer momento no reconoció los hechos, sí lo hizo, el siguiente 24-1, de forma verbal. El día 25-1-2017, el referido Sr. Jose Augusto formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción de guardia de Mérida. Y ese mismo día, Olegario entregó en la sucursal del BBVA un escrito en el que reconocía expresamente que él había elaborado personalmente el documento.

El Sr. Jose Augusto contestó entonces al requerimiento de ejecución de la TGSS manifestando que el documento no había sido emitido por su entidad y cuyo número de registro correspondía a otro aval de diferente cliente, importe y oficina, no habiendo sido firmado por los apoderados que figuraban en el mismo, don Vicente y don Urbano, además de no cumplir SOLOSOL SANROQUE, S.L., a la fecha de emisión del aval los requisitos de solvencia financiera mínima para la concesión de un aval por ese importe. De hecho, endiciembre de 2013, SOLOSOL SANROQUE, SL, era titular de una cuenta corriente en el BBVA siendo el saldo de 0,23 €, y fue cancelada el 17-2-2014.

De esta forma se puso de manifiesto a la TGSS la imposibilidad de ejecutar, por inexistente, el aval, remitiendo a la TGSS la denuncia presentada en el Juzgado de Instrucción, así como el escrito de reconocimiento de Olegario.

No se ha determinado concretamente el importe del perjuicio causado a la Tesorería General de la Seguridad Social -consistente en el importe de los gastos derivados de la frustración del procedimiento de apremio, de los de tramitación de un nuevo y completo procedimiento ejecutivo y de ver perjudicada la finalidad del cobro de la deuda a su favor-, ni el posible beneficio obtenido por los acusados.

Olegario ha sido diagnosticado de un síndrome ansioso depresivo en tratamiento de años de evolución, asintomático hasta hace un mes y medio con reaparición de clínica caracterizada por un estado de ánimo depresivo y ansiedad, estrés y dificultad para dormir. Tiene rasgos de personalidad obsesiva, ansiedad generalizada, estrés laboral y depresión secundaria. Su evolución clínica es crónica con inestabilidad del estado de ánimo, deficiente control de la impulsividad y episodios disfóricos con irritabilidad y alteraciones conductuales, lo que le provoca importante disfuncionalidad en las relaciones interpersonales y familiares.

En esta situación el acusado mantiene intactas sus capacidades cognoscitivas y es perfectamente capaz de distinguir el bien del mal en tales actos y actuar en consecuencia".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos a:

A) Olegario, como autor responsable de un **delito** de falsedad documental en concurso medial con un **delito** de estafa, ambos consumados, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal analógica de confesión de la infracción a las penas de: a) UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la de inhabilitación especial para la profesión de empresario, también durante el tiempo de la condena; y b) MULTA DE SEIS MESES con una cuota de quince euros diarios. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

B) Emma, como autora responsable de un **delito** de falsedad documental en concurso medial con un **delito** de estafa, ambos consumados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de: a) DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la de inhabilitación especial para la profesión de empresaria, también durante el tiempo de la condena; y b) MULTA DE SEIS MESES con una cuota de quince euros diarios. Si la condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada



dos cuotas diarias no satisfechas. También los condenados deberán abonar, de forma conjunta y solidaria, las costas causadas, incluidas las de la acusación particular." .

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Olegario y Emma , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal de Extremadura, que dictó Sentencia con fecha 14 de mayo de 2020 que acepta los Hechos Probados de la Sentencia de instancia y cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por Olegario y por Emma contra la sentencia dictada por la AP de Badajoz, (sección 30 con sede en Mérida) de fecha 3 de diciembre de 2019, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS citada resolución, imponiendo las costas causadas en esta alzada a las partes recurrentes-condenados por mitad, incluidas las de las acusaciones particulares.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado, dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los condenados 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 siguientes motivos:

1.- Motivos aducidos por Olegario .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim. **Motivo segundo.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo tercero.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo cuarto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim, **Motivo quinto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba). **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba). **Motivo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., en relación con el art. 395 CP y en relación con el art. 24 de la Constitución. **Motivo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 395 CP, en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo undécimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 395 CP, en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y el art. 24 CE., por vulneración del principio de presunción de inocencia.- **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 248 CP, en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 248 CP, en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 248.1 CP, en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 248 C.P. en relación con el art. 16 y 62 C.P. **Motivo décimo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 77 CP en relación con los delitos de estafa y falsedad de uso de documentos mercantil (arts. 250.1. 3º y 395 C.P.). **Motivo décimo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 21.6 CP y artículo 24.2 CE., que proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. **Motivo décimo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por inaplicación del art. 21.3 CP (atenuante de arrebató y obcecación) en relación con el artículo 24.2 CE. **Motivo vigésimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., en relación con el art. 21.3 CP y art. 24.2 CE.

2.- Motivos aducidos por Emma .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim. **Motivo segundo.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo tercero.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo cuarto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim, **Motivo quinto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo sexto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba). **Motivo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 395 CP. **Motivo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con los arts. 852 LECrim., y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE., con indefensión, en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y quiebra del principio acusatorio y derecho de defensa. **Motivo décimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim., por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo**



undécimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. **Motivo décimo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y el art. 24 CE., por vulneración del principio de presunción de inocencia.- **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 248 CP., en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 248 CP., en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 248.1 CP., en relación con el art. 24 CE. **Motivo décimo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 248 C.P. en relación con el art. 16 y 62 C.P. **Motivo décimo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 77 C.P. en relación con los **delitos** de estafa y falsedad de uso de documentos mercantil (arts. 250.1. 3º y 395 C.P.). **Motivo décimo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, debido al error de la aplicación indebida del art. 77 C.P. en relación con los **delitos** de estafa y falsedad de uso de documentos mercantil (arts. 250.1. 3º y 393 C.P.). **Motivo décimo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por inaplicación del art. 21.6 CP en relación con el artículo 24.2 CE.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos. La representación legal de las partes recurridas BBVA SA y la TGSS impugnaron todos los motivos de los recursos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de mayo de 2022.

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de junio de 2022 se dictó Auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un plazo de 30 días más atendiendo a la complejidad del tema objeto de estudio y el volumen de documentación, así como la coincidencia temporal con la resolución de otros asuntos atribuidos al mismo ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La similitud de contenidos, clónicos en la mayor parte de su *bulímica* argumentación y con muy escasas -nimias- variaciones, hace muy aconsejable el examen conjunto de ambos recursos.

Los motivos primero y segundo del recurso de Olegario se presentan refundidos en el motivo primero de la otra recurrente. La queja es doble; la temática común.

Se protesta por la denegación en la segunda instancia de la práctica de una prueba consistente en la ratificación de la pericial médico psiquiátrica del acusado aportada por la defensa. No pudo ser refrendada y ampliada o aclarada en el acto del juicio oral por imposibilidad de comparecencia del perito informante, lo que la Audiencia supo con alguna antelación y no comunicó a la parte hasta el inicio de las sesiones del juicio oral. Al no haberse practicado la prueba por causas ajenas a quien la propuso, la defensa no sólo recurrió en apelación esa decisión sino que, al mismo tiempo, reclamó sin éxito la práctica de la prueba en segunda instancia.

Ahora protesta por haber visto rechazada su pretensión (motivo primero: art. 850.1º) y por no haber recibido respuesta al motivo de apelación mediante el que reclamaba la nulidad de la sentencia para que se repitiese el juicio con práctica de esa prueba (motivo segundo: incongruencia omisiva, del art. 851.3º).

La recurrente carece de legitimación para protestar por una prueba que no le afectaba.

Sí que procede entrar en el fondo por virtud del recurso de Olegario, aunque sea para rechazar la queja.

Primeramente conviene advertir que al resolver sobre la improcedencia de practicar la prueba, la Audiencia implícitamente está desestimando también la petición de anular la sentencia por no práctica de esa prueba. Esto es una obviedad. No hacía falta decirlo expresamente. Pero es que la Sala lo hace al remitirse en su sentencia a los argumentos del Auto por el que rechazaba la prueba. Ante una prueba no practicada la reacción en apelación (distinto sería en casación) no es pedir la nulidad para que se repita el juicio con inclusión de esa prueba indebidamente denegada, sino reproducir la petición ante el Tribunal *ad quem*.

En ese Auto el Tribunal Superior de Justicia denegó la prueba por considerarla innecesaria en la medida en que el informe pericial escrito no había sido impugnado por las acusaciones que no cuestionaron sus tesis. Es más, sus conclusiones pasaron casi íntegramente al hecho probado (párrafo penúltimo). No parece que la apreciación del Tribunal Superior de Justicia de que el informe había sido valorado por la Audiencia constituya una afirmación voluntarista o gratuita. Si se basó en él para confeccionar ese apartado del hecho probado no es descabellado pensar que fue valorado y tomado en consideración.



Si se rechazó la atenuante de arrebató u obcecación solicitada no fue por falta de acreditación sustentable en ese dictamen, sino porque la morfología de la actividad delictiva que exige reflexión, deliberación, premeditación y persistencia - falsedad- se compadece mal con esas circunstancias pasionales, que son desestimadas en el fundamento de derecho noveno de la sentencia de apelación echando por tierra la base del tercer motivo del recurso del acusado que denuncia incongruencia omisiva por no haberse valorado el informe pericial. No es que no se haya valorado, es que se le reputa irrelevante a los fines de las atenuantes invocadas. Estas son expresamente rechazadas lo que descalifica una denuncia por incongruencia omisiva (art. 851.3º LECrim), que ha de referirse a pretensiones, no a pruebas o argumentos.

Las referencias del informe pericial sugieren más bien atenuantes que no eran invocadas, no pasionales sino ligadas a las condiciones psíquicas del autor. No hay fundamento para el arrebató u obcecación (motivo décimo noveno); ni tampoco, dicho sea marginalmente, para otras atenuantes no aducidas.

La prueba devenía innecesaria aún cuando fuera pertinencia en una valoración *ex ante*. pertenencia y necesidad son conceptos diferenciables.

Los tres primeros motivos han de ser desestimados.

SEGUNDO.- Adelantamos ahora el estudio de los motivos por infracción de ley referidos al **delito** de estafa. En la medida en que algunos van a ser estimados perderán su contenido otros muchos motivos relacionados con tal condena. Esta anticipación se presenta como buen método para orillar debates, a la postre innecesarios.

En efecto, los hechos no pueden ser incardinados en el tipo del art. 248. Hay engaño. Sin duda. Puede haber perjuicio; y perjuicio con transcendencia económica, aunque ya es preciso advertir que no estamos ante el perjuicio típico de la estafa. Existe un posible beneficio, pero tampoco es el lucro (enriquecimiento) correlativo al perjuicio ocasionado: la disminución patrimonial del perjudicado en la estafa debe ser la causa directa del lucro buscado por el estafador. No aparecen esos elementos concatenados en la forma que exige un **delito** de estafa: un engaño que provoca el error determinante del acto de disposición patrimonial (que por muy ampliamente que pueda ser concebido exige *disponer* -afectar- del *propio* patrimonio), que ha de ser justamente el que provoca un empobrecimiento del sujeto pasivo y el correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La estafa tutela de forma predominante el patrimonio.

Para proteger el crédito existen otras figuras que han de actuar con preferencia (insolvencias punibles). Con ellas parece estar más emparentada la actuación de los condenados recurrentes. Con el engaño perpetrado no se *enriquecen* (incremento patrimonial) como exige un **delito** de estafa. Solo consiguen postergar el momento de ejecución de unas deudas que finalmente fueron cobradas. Logran exclusivamente alejar en el tiempo el abono de los créditos que pesaban sobre la sociedad de la recurrente. Eso no colma las exigencias del **delito** de estafa que tratan de construir la Audiencia y Tribunal Superior de Justicia forzando la tipicidad natural y a base de recoger retazos de aquí y allá e intentar recomponer con ellos una tipicidad con otra morfología.

No es exactamente que no haya perjuicio, como argumentan los recurrentes; es que no se da el perjuicio típico de la estafa que ha de consistir en una disminución patrimonial (merma del propio patrimonio) ligada a un acto de disposición (que ordinariamente será positivo, dejando a salvo algunos supuestos de renuncia abdicativa concluyente) que, correlativamente, provoca el incremento patrimonial del sujeto activo o estafador.

Los hechos no son acoplables en la tipicidad de la estafa. No basta con identificar, desconectados entre sí, sus diferentes elementos (art. 248 CP). Han de estar concatenados, enlazados por una relación de causalidad estricta y consecutiva: el engaño antecedente y dirigido a provocar el acto de disposición ha de ser el causante de éste. A su vez el lucro buscado -enriquecimiento y no mero "ahorro"- ha de aparecer como el fruto natural del acto de disposición. No bastan los eslabones sueltos: han de estar entrelazados formando una cadena.

Aquí se produce un engaño: se hace creer a los órganos de la Seguridad Social que la deuda está avalada. Así se logra suspender el procedimiento de apremio. Pero eso no produce un lucro, sino un ahorro -se evita provisionalmente la salida de activos patrimoniales- meramente temporal en la sociedad de la recurrente; y un perjuicio menos concretable y tangible, aunque con valor económico, en la Seguridad Social (gastos procedimentales). No se identifica un "enriquecimiento" derivado de un desplazamiento (no producido) patrimonial injusto. Es éste el que debe provocar ese incremento en la esfera económica del delincuente. La estafa no es un **delito** de "no empobrecimiento" sino de enriquecimiento. Los créditos subsisten en la misma medida, sin alteración alguna. Pagar más tarde nunca es el objetivo inherente a la estafa; sino incrementar el patrimonio de manera legítima valiéndose de un engaño.

La conducta desplegada por los acusados no es, así pues, la típica de la estafa, lo que lleva a dejar sin efecto esa condena con las consecuencias que se fijarán en la segunda sentencia.



Con la anulación de la condena por estafa decaen todos los motivos relacionados con ella bien por su estimación parcial (los argumentos determinantes de esta decisión aparecen insinuados deslavazadamente en varios motivos) bien por quedar vacíos de contenido (cuarto, quinto, séptimo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo y los correlativos del recurso de la condenada).

TERCERO.- El motivo sexto del recurso de Olegario sale en defensa, con discutible legitimación, de la coacusada y cónyuge. No habría prueba para sostener su coautoría en la falsedad.

Adelantemos ya ahora todo el debate sobre esa cuestión de la que, lógicamente, también hace bandera la correcurrente.

En este primer motivo de esa serie el planteamiento está totalmente errado pivota sobre el art. 849.2º LECrim motivo que solo puede tener éxito si se funda en un documento literosuficiente incompatible con una afirmación de la sentencia. El documento de confesión extraprocesal del acusado carece de literosuficiencia: solo demuestra lo que él escribió en un momento. No acredita ni que sea verdad lo que escribió; ni que lo que no dijo, no lo sea. Es compatible ese documento con la afirmación de la coautoría de la acusada que resulta muy difícil de negar y que las dos Salas jurisdiccionales que han examinando ya este asunto han considerado indiscutible. Y, desde luego, el argumento a tenor del cual si se admite la veracidad de una parte del documento, ha de admitirse toda, no se sostiene.

Y es que no otra cosa se puede deducir de la prueba y de los hechos. Es impensable una actuación realizada de propia iniciativa por el acusado y sin conocimiento -al menos por una ignorancia deliberada suficiente para el dolo eventual- de la acusada. Audiencia y Tribunal Superior de Justicia razonan sobradamente justificando su convicción: la acusada no podía ser ajena a esa añagaza consistente en la simulación de un aval para paralizar el procedimiento de apremio que pendía sobre su empresa. Ni es pensable que pudiese estimare que el banco realmente había otorgado un aval de esas características. Lo razonan de forma suasoria ambas sentencias basándose en prueba indiciaria. Es indiferente que no hubiese colaboración material o física en la confección del documento. Basta con las bases que sustentan la teoría del dominio del hecho.

CUARTO.- El art. 5.4 LOPJ -más correcto sería invocar el específico art. 852 LECrim que desde 2000 representa la proyección en el ámbito del proceso penal de aquel precepto más general- sirve de marco para introducir en casación de la mano del art. 24.2 CE el tema de la suficiencia de la prueba incriminatoria sobre la que la Sala edifica su convicción de culpabilidad de la recurrente. La elevación del derecho fundamental a la presunción de inocencia a motivo de casación no transmutó el carácter extraordinario de este recurso para convertirlo en una apelación. La valoración de la prueba sigue residenciada en el Tribunal de Instancia con posibilidad de plena revisión en apelación desde 2015. En casación solo podremos verificar si existe prueba de cargo suficiente y testar la racionalidad de su valoración. Subvertiría el reparto de espacios funcionales en el proceso penal que nos adentrásemos en tareas de revisión plena de la prueba practicada -para lo que estamos en una posición menos idónea que la Sala de instancia-; y, en su caso, hacer prevalecer nuestras conclusiones sobre aquéllas avaladas ya por el Tribunal de Apelación. Es ese un camino que nos está vedado. El argumentario del recurso, invita a adentrarse por él. No podemos seguir sus indicaciones.

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional - STC 68/2010, de 18 de octubre- es una regla de juicio que prohíbe una condena sin contar con pruebas de cargo **i)** válidas; **ii)** revestidas de las necesarias garantías; **iii)** referidas a todos los elementos esenciales del **delito**; y **iv)** de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable o concluyente el *iterdiscursivo* (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 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 ha de valorarse ese material 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)** luego, si en concreto esa convicción está motivada de forma lógica.

Es necesario que la valoración probatoria esté razonada. Ninguna de las dos sentencias dimiten de esa obligación. Los razonamientos que han llevado a esa proclamada convicción son lógicos y suficientes.

No se condena a la recurrente por la efectiva colaboración material en la confección del documento -aún cuando alguna innecesaria y prescindible aseveración del hecho probado parezca sugerir eso- sino porque esa falsificación se hizo con su anuencia y complacencia como demuestra su uso en su provecho. Para ser autor de un **delito** de falsedad basta con tener el dominio -o condominio- del hecho. Y eso queda demostrado por



el concluyente contexto. No sería concebible otra cosa. El empeño interpellando continuamente para que sea señalada una sola prueba de su participación material en la confección del documento es inútil. Se puede ser coautor sin participación física en la actividad falsaria.

QUINTO.- El motivo octavo impugna la condena por falsedad en documento mercantil por la vía del art. 849.1º. A su lado, el noveno, por igual vía, incide en esa idea poniendo el acento es que se trata de una fotocopia.

Que estamos ante un documento mercantil genuino (un aval bancario destinado a garantizar deudas nacidas de una actividad empresarial) no admite demasiado debate. Basta remitirnos a cualquier repertorio de jurisprudencia. Entre los precedentes más cercanos destaca uno de Pleno muy reciente (STS 232/2022, de 14 de marzo) que acota restrictivamente el concepto de documento mercantil, pero deja en su ámbito sin duda este tipo de avales bancarios. No es un documento privado

Y no es tampoco una mera fotocopia. Es un documento simulado confeccionado a través de una foto composición. No hay duda de que el hecho encaja en el art. 390.1.2º CP.

Afirmado el carácter mercantil del documento pierde base el motivo décimo (faltaría el perjuicio reclamado por el art. 395), que en todo caso sería desestimable (hay un perjuicio a los efectos del art 395; perjuicio éste con perfiles no coincidentes totalmente con el característico de la estafa); así como el undécimo (que parte también del art. 395 cuya aplicación desechamos).

SEXTO.- El motivo décimo octavo reclama la atenuante de dilaciones indebidas.

Las diligencias previas -y nos atenemos al cronograma reseñado por el Fiscal- se incoaron el 7 de febrero de 2017. El 11 de diciembre de ese año se dictó auto de incoación de procedimiento abreviado. El auto de apertura de juicio oral, llegará el 26 de mayo de 2019 y el juicio el 12 de diciembre de 2019 (sentencia de 13 de diciembre de 2019). La sentencia de apelación está dictada el 14 de mayo de 2020. La instrucción se prolongó diez meses, dos años la fase intermedia.

El fundamento de derecho quinto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, advierte que ese alegato ya fue introducido por la defensa en el trámite de su informe final, ocasionando con ello evidente indefensión a las acusaciones que nada pudieron objetar sobre ello.

"Si bien, la pretensión del recurrente ha entrado a formar parte del procedimiento, tal como lo evidencian el tratamiento en aquella primera sentencia, -dice el Fiscal en su informe impugnando el recurso- su planteamiento en el recurso de apelación y su análisis en sentencia del Tribunal Superior, concretamente en el fundamento jurídico octavo, fundamento del que destacamos dos cuestiones: La primera, para señalar que "parte" del tiempo que la sentencia valora como "sumamente lento", tiene su justificación en que " *el auto de PPA fue recurrido por la defensa en reforma y subsidiaria apelación*". Obviamente, los recursos forman parte del legítimo ejercicio del derecho de defensa; si bien, tal ejercicio incide en el primero de los requisitos de la dilación indebida, cual es que, para considerarse indebida, este injustificada. La segunda cuestión que destacamos se refiere a la supuesta "carga" que ha de soportar el recurrente por la actuación de la otra recurrente. Sostiene que se le hace responsable de la actuación de aquella " *pese a no tener nada que ver con dicha "supuesta" tardanza*". Pues bien, a estas alturas del recurso, y sin salirnos de lo que plasma la sentencia, parece oportuno señalar que los dos acusados, condenados y recurrentes forman matrimonio y fueron condenados por actuar de mutuo acuerdo. Ocasión habrá, al llegar a su recurso y motivo, de analizar la actuación de la otra recurrente; aquí, y referido a los dos recurrentes, ha de señalarse que desde que se incoan las diligencias previas hasta que se celebra el juicio han transcurrido 2 años y 10 meses. Si esto es lo que ha ocurrido en cuanto a la duración, sobre la eventual paralización, la sentencia recurrida tras plasmar los principales avatares que han incidido en el proceso, concluye que, *en este devenir, paralización como tal sin diligencia ni actuación alguna no se ha producido durante más de 6 meses, lo que nos hace desestimar esta alegación al no reunir los presupuestos fácticos necesarios*. Conforme a la doctrina de esta Sala, estamos ante un "concepto jurídico indeterminado", por lo que su imprecisión exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aún siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (*ATS 722/20, de 8 de octubre*)

Traducido al presente motivo, no hay datos suficientes para entender, como pretende el recurrente, que los dos años y diez meses transcurridos entre la incoación de las diligencias previas y la celebración de la vista, alberguen un supuesto de dilaciones indebidas. La duración se justifica por circunstancias como las apuntadas -recursos y dificultades para la localización-, y la concurrencia de tres acusaciones: Ministerio Fiscal, TGSS, BBVA. Por otra parte, no se advierte un concreto periodo de paralización que permita aplicar la invocada circunstancia atenuante".



Los argumentos resultan convincentes. Ciertamente se detecta cierta premiosidad en la gestión de la fase intermedia. Pero sin necesidad de detenernos en cuestiones como la eventual incidencia de la conducta procesal de una parte en esa tardanza o la comunicabilidad de esa circunstancia al coacusado, se le dé el alcance que se le dé a esos datos, objetivamente el tiempo global de duración del proceso que no llega a tres años no permite hablar de dilaciones **extraordinarias**.

SÉPTIMO.- El motivo décimo noveno del recurso de Olegario reclama la apreciación de la atenuante de arrebatado u obcecación del art. 21.3, y lo hace invocando el art. 849.1º LECrim, amparado en los dos últimos párrafos de los hechos probados, aunque a lo largo del discurso impugnativo se despegaba improcedentemente en algunos pasajes de su estricto tenor literal, que debiera ser íntegramente respetado en un motivo canalizado a través del art. 849.1º LECrim. Reintroducir apreciaciones del informe psiquiátrico solo podría hacerse a través del art. 849.2º.

De cualquier forma, el informe psiquiátrico tiene componentes estrictamente periciales (diagnóstico, características generales de un padecimiento...), a las que el Tribunal debe atenerse salvo informes contradictorios, y otros componentes de tipo valorativo donde ya entran en juego criterios jurídicos (perfiles y exigencias de la atenuante) que no pueden abandonarse al juicio o valoración del perito. Sería hacer dejación de las propias funciones del tribunal.

El fundamento noveno de la sentencia de instancia explica bien y de forma convincente y apoyándose en precedentes jurisprudenciales por qué no se cuenta con el material necesario para llegar a una atenuante que en **delitos** de la morfología del aquí enjuiciado (falsedad), es muy difícilmente apreciable. Exige una elaboración y una reflexión y deliberación internas que no son compatibles, ordinariamente, con los estados pasionales que recoge el precepto y que son muy restrictivamente interpretados por la jurisprudencia. Eso no obsta a que esos padecimientos psíquicos, aún siendo insuficientes para dar vida a una atenuante, puedan ser valorados ex art. 66 CP.

El motivo no es estimable.

OCTAVO.- Por fin el motivo vigésimo persigue la cualificación de la atenuante de confesión, que se estimó, aunque como analógica. Se requiere otorgar la etiqueta de atenuante típica, que no analógica, y, además dotarle de intensidad privilegiada.

Tampoco es viable esa pretensión. No parece que sea necesario ofrecer más razones que las expresadas en las sentencias de instancia y apelación: la confesión careció de espontaneidad (el recurrente sabía que ya se había detectado la actividad falsaria lo que abocaba a una segura denuncia), y fue más bien fruto de la resignación ante lo inevitable. Además, si atendemos a los hechos que se han dado como probados, no se trata de una confesión totalmente veraz, sino acompañada de un comprensible y deseable afán de exculpar a su cónyuge. No le es reprochable en absoluto, pero en esas condiciones es implanteable una cualificación de esa atenuante. Y es indiferente su ubicación en el art. 21.7º o en el art. 21.4º.

NOVENO.- Resta resolver sobre las costas que habrán de declararse de oficio al acogerse parcialmente los recursos (art. 901 LECrim).

FALLO

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

ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Olegario y Emma contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictada en fecha 14 de mayo 2020, resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con Sede en Mérida, proveniente del Juzgado de Instrucción número 3 de Mérida (PA número 51/17), en causa seguida contra los recurrentes por **delitos** de falsedad; **por estimación parcial de sus recursos; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal con declaración de 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 haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García



Pablo Llarena Conde Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 2697/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 19 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por la Audiencia Provincial de Badajoz con Sede en Mérida (Sección Tercera), (PA nº 40/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Mérida), y que resolvió en grado de grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, seguida por **delitos** de falsedad documental en concurso medial con un **delito** de estafa contra Olegario y Emma en la que recayó 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 Hechos probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal y como se ha razonado en la sentencia de casación los hechos no son constitutivos de un **delito** de estafa.

Deben reindividualizarse las penas en tanto estamos ante un **delito** de falsedad a penar en solitario. Concurriendo una atenuante en el acusado la pena ha de imponerse en su mitad inferior: nueve meses de prisión y una multa de seis meses sin variar la cuota fijada, parecen extensiones ajustadas en tanto la confesión no coincide plenamente con la realidad proclamada como probada; aunque valoramos tanto el innegable retraso en la tramitación, como sus padecimientos de tipo psíquico.

Para la otra acusada la duración de un año y ocho meses, respectivamente, se repuntan proporcionales.

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 a Olegario por el **delito** de falsedad definido en la sentencia de instancia a la pena de nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con una cuota de 15 euros diarios. Con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2.- Que debemos condenar a Emma por un **delito** de falsedad definido en la sentencia de instancia a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 15 euros con la consiguiente responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago.



3.- Que debemos absolverles del **delito** de estafa por el que eran acusados.

Se declaran de oficio la mitad de las costas causadas en la instancia. La mitad restante deberán ser satisfecha por los acusados a partes iguales.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ