



Roj: **STS 2274/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2274**

Id Cendoj: **28079120012021100488**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2021**

Nº de Recurso: **3169/2019**

Nº de Resolución: **497/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3347/2019,**
STS 2274/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 497/2021

Fecha de sentencia: 09/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3169/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 23 DE MADRID

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

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3169/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 497/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D.^a. Susana Polo García

D.^a. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 9 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3169/2019 interpuesto, por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, por **D. Baltasar**, representado por la procuradora D.ª Sonia Morante Mudarra, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Choclan Montalvo y por **D.ª Paloma**; **D. Borja**, representados por el procurador D. Ernesto García-Lozano y bajo la dirección letrada de D. Alberto José Clavería Jiménez de la Iglesia, contra la sentencia n.º 194/2019, de 4 de marzo y auto de aclaración de 17 de junio de 2019, dictados por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado número 640/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 1928/2013 del Juzgado Mixto n.º 5 de Majadahonda, que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito continuado de estafa. Es parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida **Mariscos Cruzado S.L.**, representada por el procurador Doña María Paola Artola Aguiar y bajo la dirección letrada de D. Antonio Claudio Fernández Fernández

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Mixto número 5 de Majadahonda (Madrid), incoó Procedimiento Abreviado con el número 1928/2013, por delito de estafa contra D.ª Paloma, D. Borja y contra D. Baltasar, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Vigésimotercera dictó, en el Procedimiento Abreviado n.º 640/2018, sentencia el 4 de marzo de 2019, con los siguientes **hechos probados**:

"Se considera probado que Paloma, con DNI NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales; Borja, con DNI NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales; y Baltasar, con DNI NUM002, mayor de edad y sin antecedentes penales; todos ellos a través de la sociedad MAYORISTA DE MARISCOS GALLEGOS, S.L., en la que ostentaron -y ostentan- cargos de administrador y/o apoderados, efectuaron compras a MARISCOS CRUZADO, S.L., por valor de 183.473,10 euros a los largo del año 2010, emitiendo para su pago decenas de pagarés que resultaron todos fallidos a consecuencia de la insolvencia manifiesta de la sociedad, situación en que se encontraba desde antes de realizar las compras, de modo que los acusados conocían a ciencia cierta la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones de pago, tal como se deduce del hecho de que la citada entidad MAYORISTA DE MARISCOS GALLEGOS, S.L., dejó de presentar y depositar sus obligadas cuentas en el Registro Mercantil de Madrid en el año 2008, manteniendo entonces un exiguo y ficticio capital social de 3.005,06 euros; sucediendo que al poco tiempo de efectuar las compras a MARISCOS CRUZADO, S.L., y a otros proveedores también del mismo sector MARISCOS SÁNCHEZ Y ALFONSO, S.L., LA BILBAINA, S.A., MARISCOS GELAIMAR, S.L., por valor a estos de 365.716,16 euros, todas ellas impagadas, MAYORISTA DE MARISCOS GALLEGOS, S.L., desapareció sin más de su domicilio social y sin que le conozca activo alguno.

Al mismo tiempo, los acusados han creado otras sociedades con el mismo objeto social, prácticamente, de las que son a administradores, algunas de las cuales se encuentran también sin actividad, pero otras continúan en el negocio."

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

"Debemos **CONDENAR** a Paloma, Borja y Baltasar, como autores responsables de un delito continuado de estafa, agravado por notable cantidad de lo defraudado, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada uno de ellos de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, **MULTA DE NUEVE MESES A RAZÓN DE UNA CUOTA DIARIA DE TRES EUROS**, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, por tercios y partes iguales; y que indemnicen conjunta y solidariamente a MARISCOS CRUZADOS, S.L en la cantidad de 183.473,10 euros, a LA BILBAINA, S.A en la cantidad de 144.829,45 euros y a MARISCOS GELIMAR S.L, en la cantidad de 40.000 euros cantidades todas ellas que se incrementarán con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta a los acusados, se declara el abono el tiempo de privación de libertad sufrido en la presente causa y a resultas de los hechos ahora enjuiciados.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la luz en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a su última notificación."

TERCERO.- En fecha 17 de junio de 2019, la Audiencia Provincial de Madrid dictó **Auto** de aclaración de la sentencia n.º 194/2019, con la siguiente **parte dispositiva**:



"1º.- Estimar el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora D.ª María Paola Artola Aguilar en nombre y representación de MARISCOS CRUZADOS contra la Providencia de 24 de mayo de 2019 dictada por esta Sala, y en consecuencia, acceder a la aclaración solicitada.

2º.- Se aclara la parte dispositiva de la sentencia N° 194/2019, de 4 de marzo de 2019, donde dice la pena de 3 años de prisión y multa de 9 meses a razón de una cuota diaria de tres euros, debe decir la pena de 3 años 6 meses y un día de prisión y multa de 9 meses y un día con una cuota diaria de 4 euros.

3º.- Se suspende el plazo para la formalización del recurso de casación, que comenzará contar a partir de la notificación de este Auto."

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

QUINTO.- Las representaciones procesales de los recurrentes, basan su recurso de casación en los siguientes motivos:

D. Baltasar

Primero.- Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la CE, al lesionar la sentencia recurrida sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad.

Segundo.- Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la CE, por infracción de derechos fundamentales, al concurrir un razonamiento ilógico e irracional.

Tercero.- Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la CE, por infracción de derechos fundamentales, al concurrir un razonamiento ilógico e irracional.

Cuarto.- Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24 de la Constitución por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Quinto.- Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24 de la Constitución por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, por indebida aplicación del art. 248 en relación al art. 28.1 y 74, todos del Código Penal.

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por vulneración del art. 248 del Código Penal, por indebida aplicación, al no desprenderse de los hechos probados la concurrencia de los elementos del delito de estafa.

Séptimo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por vulneración del art. 250.1.4º, en relación con el art. 248, ambos del Código Penal.

Octavo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por vulneración del art. 250.1.4º, en relación con el art. 248, ambos del Código Penal, por indebida aplicación del art. 74, todos del Código Penal, al haberse vulnerado la prohibición de la doble valoración de una misma circunstancia para la agravación de la pena.

Noveno.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por vulneración del art. 21.6, en relación con el artículo 66 y artículo 72, ambos del Código Penal del Código Penal, por no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas.

D.ª Paloma y D. Borja

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 LECrim, por aplicación indebida e infracción del artículo 248 del Código Penal, en relación con el art. 28.1 del Código Penal y concordantes, así como doctrina jurisprudencial que los interpreta.



Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 LECrim, por aplicación indebida e infracción del artículo 248 del Código Penal, en relación con el art 250.1. 4º.

Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 LECrim, por aplicación indebida e infracción del artículo 248 del Código Penal, en relación con el art 250.1. 4º y 74.

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 LECrim, por aplicación indebida del artículo 142.4ª, cuarto de la LECrim. y 115 del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 LECrim, por inaplicación indebida de la circunstancia modificativa de la responsabilidad establecida en los artículos del Código Penal 21.6, 66 y 72.

Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 2º del art. 849 LECrim por error en la apreciación de la prueba.

Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 de la LECrim., por inaplicación del artículo 267 de la LOPJ y el art. 161 de la LECrim. al variar la sentencia después de firmada.

Octavo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECrim., al haberse denegado alguna diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

Noveno.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 1º y 3º de la LECrim., por constar en la sentencia contradicción en los hechos probados, incluir hechos que implican predeterminación del fallo, así como omisión a la hora de resolver sobre puntos que han sido objeto de la defensa.

Décimo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim., en concreto del art. 24.2 de la CE conforme autoriza el art. 5.4 LOPJ en lo concerniente al derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, Dª Paloma , D. Borja y D. Baltasar , han sido condenados en sentencia núm. 194/2019, de 4 de marzo, aclarada mediante auto de fecha 17 de junio de 2019, dictada por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala 640/2018, dimanante de la causa de Procedimiento Abreviado núm. 1928/2013, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Majadahonda, como autores responsables de un delito continuado de estafa, agravado por notable cantidad de lo defraudado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada uno de ellos de tres años seis meses y un día de prisión, accesoria correspondiente, multa de nueve meses y un día con una cuota diaria de cuatro euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Igualmente han sido condenados al pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular, y a indemnizar, conjunta y solidariamente a Mariscos Cruzados, S.L en la cantidad de 183.473,10 euros, a La Bilbaína, S.A en la cantidad de 144.829,45 euros y a Mariscos Gelimar S.L, en la cantidad de 40.000 euros con los intereses legales establecidos en el art. 576 LEC.

Recurso formulado por D. Baltasar .

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad,.

Considera que el Tribunal de instancia únicamente ha tenido en consideración aquellos indicios que avalaban la tesis acusatoria y ha prescindido sin fundamento alguno de la prueba de descargo que acreditaba que él era ajeno a la mercantil Mayorista de Mariscos Gallegos, SL (MMG), al no ser socio, administrador o apoderado de la misma como ha acreditado a través de la documental aportada. Tampoco se ha acreditado que ostentara poder de decisión respecto de las operaciones que dieron origen a la condena. Ello fue avalado por sus hermanos D. Borja y D.ª Paloma quienes le desvincularon de todo tipo de contacto en MMG y de todo lo relacionado con la gestión de pedidos y comunicación con clientes. En relación a Marisquería La Ría señala que únicamente participó durante un breve período de tiempo hasta que le vendió la participación a su hermano D. Borja dos años antes de que cerrara el restaurante. Se refiere también a la declaración prestada por los



testigos. En primer lugar, reseña la declaración prestada por D. Bruno señalando que se refiere de manera indistinta a MMG y a Marisquería La Ría, sin identificar a la persona con la que trata en cada una de ellas ni las fechas en que se producen los tratos. Fermín incurrió a su juicio en contradicciones y no fue preciso en las respuestas a las preguntas que se le efectuaron. Sin embargo lo que sí manifestó es que solo tuvo relaciones con MMG hasta 2008 y lo retomó en 2010 cuando el recurrente no tenía relación con la mercantil. Y aun cuando parecía vincular al recurrente con los pagos de la mercantil MMG, después se desdijo aseverando que podía ser Paloma. Respecto a D. Aquilino señala que se refirió que los pedidos los hacía generalmente Paloma y cuando ésta no los hacía, lo hacía Borja. Igualmente D.^a Filomena señaló a Paloma, Alejo y Borja como sus interlocutores. Y aunque señala que alguna vez también había tenido contacto con Baltasar, no especificó en que época lo hizo. Y en todo caso no le relaciona con la realización de pedidos, negociación o realización de gestión alguna tendente a hacer que MMG aparentase una solvencia de la que carecía.

De esta manera, lo que hace el recurrente es una nueva valoración de toda la prueba personal. Niega crédito a algunos testigos y pretende imponer sus propias conclusiones sobre las plasmadas por la Sala en la sentencia de forma argumentada y razonable. Con eso está sobrepasando lo admisible en casación a través de la denuncia de una vulneración de la presunción de inocencia.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 641/2020, de 26 de noviembre, "el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la intermediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación.

Reducidos a estos términos, la cuestión se plantea en términos de la valoración de la credibilidad del testimonio de los testigos. A este respecto, esta Sala ha recordado que su valoración y otorgamiento, en la prueba testifical, le corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia, que la aprecia en su totalidad. En casación, sólo cabe estudiar la estructura racional de los juicios valorativos y comprobar que el Tribunal de instancia no ha conferido credibilidad y veracidad a una percepción o a un modo de percibir del testigo contrario a razón o a las máximas de la experiencia (STS de 5 de abril de 2016)."

Nada de eso ocurre en el presente caso. Resultan ineficaces los esfuerzos realizados por el recurrente para desmontar los testimonios incriminatorios tratando de detectar lagunas o extremos indefinidos o incluso contradictorios, pues con ello lo que pretende es que la Sala de casación efectúe tareas atribuidas en exclusiva al Tribunal de instancia.

Además, las declaraciones de los testigos no son la única prueba valorada por el Tribunal para implicar a los acusados en los hechos por los que han resultado condenados. El Tribunal no solo reitera a lo largo de la fundamentación jurídica que todos los testigos han apuntado que los tres acusados llevaban a cabo una actuación conjunta e indistinta en la mercantil MMG, haciendo indistintamente pedidos de marisco, así como que trataban con los tres acusados por igual, sino que también ha valorado la documental obrante en las actuaciones. Se trata de la información facilitada por el registro mercantil y por el BORME financiero y comercial de Mayoristas de Mariscos Gallegos en el que figura como administradora única Paloma y apoderado Baltasar. Igualmente ha podido constatar que los tres acusados han creado otras sociedades, todas ellas del mismo sector, como restaurantes especializados en la venta de mariscos, de las que son administradores, algunas de las cuales se encuentran también sin actividad, pero otras continúan en el negocio: Mayoristas de Mariscos de La Ría en septiembre de 2009 Casa César en el año 2010; Gam Lapesca, S.L en el año 2013 y Entrepuestos y Algo Mas S.L, en el año 2013.

Y todos los perjudicados coincidieron también en señalar que los acusados mantenían una apariencia de bonanza económica con las instalaciones de la "Marisquería La Ría", y les transmitían gran confianza y credibilidad, hasta el punto de confiar en ellos y suministrar la mercancía de la campaña de Navidad, en la creencia que cobrarían los pagarés. Incluso les llegaron a enseñar las instalaciones de esta nueva sociedad perfectamente equipada con modernas cámaras, piscinas para el marisco, furgonetas xerografiadas con el logo de la empresa, etc. Según expone el Tribunal, insistieron también en que los acusados aparentaban no tener problemas de solvencia y que los retrasos eran debidos a que estaban montando una nueva empresa, cuando lo cierto y verdadero es que la situación patrimonial MMG en el año 2010, era de absoluta insolvencia, como ha comprobado el Tribunal a través de más documental consistente en las cuentas anuales del registro mercantil en el que se hace constar que la mercantil MMG en el año 2010 presentaba un patrimonio negativo de 124.957,11 euros y en el año 2011 un déficit de 188.391,24 euros. Por ello concluye racionalmente estimando que actuaron a sabiendas que no iban cumplir con las obligaciones contraídas.



El motivo por ello se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se articula al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE.

Considera que el Tribunal de instancia ha llevado a cabo un razonamiento ilógico e irracional al concluir que en la fecha de los hechos ostentó cargo de administrador y/o apoderado de MMG, habiendo sido tal circunstancia tenida en cuenta para fundamentar su responsabilidad penal.

Señala que aportó fotocopia de la escritura de revocación de poder de representación de dicha mercantil otorgado por D^a. Paloma en fecha 19 de junio de 2007 en la declaración que prestó en calidad de investigado. Se refiere nuevamente a la declaración prestada por sus hermanos en el sentido ya expresado en el fundamento anterior.

Sin embargo tal copia no figura en las actuaciones y no fue aportada por el recurrente en el acto del Juicio Oral, efectuándolo extemporáneamente al anunciar el recurso de casación ante la Audiencia, sustrayendo con ello el documento a la contradicción de las demás partes.

En todo caso se trata de una fotocopia de una escritura de revocación de un poder que el propio recurrente reconoce que no fue inscrita en el Registro.

En el ámbito de representación de las sociedades mercantiles, conforme señala el art. 94.1. 5º del Reglamento del Registro Mercantil, los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución resultan de obligatoria inscripción en la hoja abierta a cada sociedad en el Registro Mercantil. Y el art. 21.1 del Código de Comercio dispone que "Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil".

En todo caso, el recurrente no ha sido condenado por ostentar poderes de MMG, sino por actuar junto a sus hermanos frente a terceros en representación de aquélla. Así señalan los testigos a los tres hermanos indistintamente, aparentando una solvencia ante ellos mediante la exhibición de las magníficas instalaciones de sus negocios. De esta forma se ganaron su confianza y adquirieron productos de elevado valor para cuyo supuesto pago entregaron unos pagarés, conociendo desde un principio que los mismos no iban a ser satisfechos a sus vencimientos por ser insolventes, como así sucedió. De hecho, una vez recibidos los pedidos realizados en grandes cantidades, los acusados desaparecieron así como también las infraestructuras de las sociedades.

El motivo por ello se desestima.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso se formula también al amparo de los arts. 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE.

Considera que el Tribunal de instancia ha llevado a cabo un razonamiento ilógico e irracional al concluir que en la fecha de los hechos realizó compras y emitió para su pago pagarés fallidos a los proveedores.

En desarrollo del motivo, niega una vez más que tuviera poder de representación de la sociedad y que llevara a cabo compras de productos, siendo todos los pagarés firmados por su hermana Paloma .

La queja del recurrente ya ha obtenido contestación en los dos fundamentos anteriores de la presente resolución a los que por tanto expresamente nos remitimos.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Los motivos cuarto y quinto del recurso se formulan al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del art. 24 CE y por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 28, 248 y 74 CP.

Señala que el hecho probado no contiene ningún dato sobre el aporte objetivo que hubiera realizado el recurrente en la ejecución del hecho definido en el tipo penal que se atribuye a los tres condenados. Tampoco se contiene en la fundamentación jurídica razonamiento alguno sobre la participación concreta que se atribuye a D. Baltasar como coautor del delito. Estima que la valoración probatoria se realiza de modo conjunto, sin la debida individualización que permita atribuir a cada uno de los condenados una responsabilidad penal conforme al principio de culpabilidad.

La sentencia de instancia atribuye idéntica participación a los tres acusados.

Tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal señala de forma reiterada la contribución del recurrente a los hechos por los que es condenado: adquirir junto a sus hermanos mercancías a distintos proveedores en la campaña previa a las navidades de 2010, a sabiendas de que dada



la insolvencia de la empresa MMG a través de la cual se efectuaron las compras, tales mercancías no iban a ser satisfechas, como de hecho sucedió, desapareciendo MMG sin más de su domicilio social sin que se le conociera activo alguno. En esa actuación, explica la sentencia, los tres hermanos conjunta e indistintamente efectuaron sucesivos pedidos a los proveedores conociendo de antemano que no procederían a su abono al ser MMG insolvente, aparentaron frente a ellos una solvencia de la que carecían, llevándoles incluso a las nuevas instalaciones de Marisquería La Ría, y no atendiendo las reclamaciones que les efectuaron haciendo desaparecer el negocio cerrando sus instalaciones y creando más tarde otras sociedades con el mismo objeto social.

De esta manera los acusados actuaron de manera conjunta apoyándose recíprocamente en su actuación frente a los proveedores, sin efectuar objeción alguna frente a la conducta protagonizada por cada uno, sin tratar de evitar la acción del otro, y sin desistir de su acción lograron así mediante engaño el desplazamiento patrimonial a su favor. De tales hechos no puede extraerse conclusión distinta de la que se refleja en la sentencia de instancia, ya que tal actuar pone de manifiesto no solo la participación directa de cada uno de ellos en los hechos, sino también su conformidad con la acción desplegada por los otros en orden a obtener un enriquecimiento como consecuencia del engaño creado en sus proveedores ante quienes aparentaron una solvencia de la que carecían, conociendo de antemano que no harían efectivos a sus vencimientos los pagarés entregados. De esta manera los tres hermanos ostentaban el codominio del hecho y, por tanto, dominaban las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal. Por ello son considerados por la Audiencia como coautores de la totalidad de las acciones realizadas frente sus proveedores, esto es, de las que materialmente ejecutó cada uno y de las que, con su acción conjunta, permitió y apoyó que ejecutara los demás, dominando de esta forma conjuntamente la totalidad del hecho delictivo. Y tales acciones son las que se recogen con claridad en el relato de hechos probados y son valoradas posteriormente en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Igualmente evidente es el grado de conocimiento y voluntad con que actuó el recurrente, así como sus hermanos, el que se infiere sin esfuerzo de los actos relatados atribuidos a los mismos, como consecuencia de los cuales resultaron perjudicados los proveedores de los productos.

En consecuencia el motivo se desestima.

SEXTO.- El sexto motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación del art. 248 CP.

En desarrollo de este motivo señala que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de los elementos del delito de estafa. El hecho probado describe que desde 2008 la insolvencia de MMG era manifiesta, como se deduce de la falta de presentación de las cuentas en el Registro Mercantil, y el mantenimiento de un exiguo y ficticio capital social de 3005,06 euros. Ello era evidente para terceros, y por tanto para los proveedores. Indica también que, según éstos manifestaron, los problemas de impago por parte de MMG eran anteriores a los hechos por los que ha sido condenado. Y a pesar de todo, los proveedores, profesionales de larga tradición en el sector del marisco, continuaron manteniendo relación comercial con MMG por su propia voluntad. Entiende por ello que existió una evidente ausencia de autoprotección por parte de los perjudicados de su propio patrimonio.

1. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 306/2018, de 20 de junio, esta Sala tiene declarado respecto de los deberes de autotutela o de autoprotección del perjudicado que "... no debe desplazarse indebidamente sobre los perjudicados la responsabilidad de comportamientos en los que la intención de engañar es manifiesta, y el autor ha conseguido su objetivo, lucrándose en perjuicio de su víctima. En este sentido la STS 228/2014, de 26 de marzo, considera que "únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima".

De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa... En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la sentencia de esta Sala núm. 1243/2000, de 11 de julio, del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o espermático que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado.



La doctrina de la Sala sobre la configuración del engaño típico del delito de estafa señala que en su análisis ha de partirse de la base de que el tráfico mercantil ha de regirse por los principios de buena fe y confianza (STS 838/2012, de 23 de octubre). Por ello, el marco de aplicación del deber de autoprotección debe ceñirse a aquellos casos en que consta una omisión patentemente negligente de las más mínimas normas de cuidado o porque supongan actuaciones claramente aventuradas y contrarias a la más mínima norma de diligencia".

2. En el caso examinado, el hecho probado, del cual debemos partir en atención al motivo utilizado, describe que los acusados "a través de la sociedad Mayorista de Mariscos Gallegos, S.L., en la que ostentaron -y ostentan- cargos de administrador y/o apoderados, efectuaron compras a Mariscos Cruzado, S.L., por valor de 183.473,10 euros a los largo del año 2010, emitiendo para su pago decenas de pagarés que resultaron todos fallidos a consecuencia de la insolvencia manifiesta de la sociedad, situación en que se encontraba desde antes de realizar las compras, de modo que los acusados conocían a ciencia cierta la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones de pago, tal como se deduce del hecho de que la citada entidad Mayorista de Mariscos Gallegos, S.L., dejó de presentar y depositar sus obligadas cuentas en el Registro Mercantil de Madrid en el año 2008, manteniendo entonces un exiguo y ficticio capital social de 3.005,06 euros; sucediendo que al poco tiempo de efectuar las compras a Mariscos Cruzado, S.L., y a otros proveedores también del mismo sector Mariscos Sánchez y Alfonso,S.L., La Bilbaína, S.A., Mariscos Gelaimar, S.L., por valor a estos de 365.716,16 euros, todas ellas impagadas, Mayorista De Mariscos Gallegos, S.L., desapareció sin más de su domicilio social y sin que le conozca activo alguno.

Al mismo tiempo, los acusados han creado otras sociedades con el mismo objeto social, prácticamente, de las que son a administradores, algunas de la cuales se encuentran también sin actividad, pero otras continúan en el negocio."

En los mismos se describe que los acusados a través de MMG realizaron compras de mariscos por un precio considerable, entregando para su pago multitud de pagarés, siendo conscientes desde el principio de que no los harían efectivos a sus vencimientos al ser MMG totalmente insolvente, conociendo los acusados esta circunstancia como se desprende del hecho de haber dejado de presentar las cuentas en el Registro y mantener un exiguo y ficticio capital social. Tras ello, MMG desapareció de su domicilio. Igualmente se expresa que los acusados han creado otras sociedades, algunas de ellas activas, con el mismo objeto social.

Todo ello, lo que pone de manifiesto es que la insolvencia era manifiesta para los acusados, no para terceros. Las compras se llevaron a cabo a través de una sociedad aparentemente solvente. Los perjudicados efectuaron sus ventas en la confianza que les generaron los acusados, a quienes conocían desde hacía tiempo y quienes hasta entonces habían ido abonando las compras que efectuaban, si bien en alguna ocasión con algunas dificultades. Según describe el Tribunal en la fundamentación jurídica, los acusados mostraron a sus proveedores las instalaciones de una nueva sociedad, Marisquería La Ría, aparentando con ello su solvencia y la buena marcha de su negocio. En esas condiciones era difícil detectar el engaño que comportaba la operación, engaño que pasó por llevar a cabo la transacción a través de una empresa, MMG, distinta de Marisquería La Ría y totalmente insolvente, que desapareció sin más tras verificar las compras de mercancías.

El desplazamiento patrimonial, que se materializó en las entregas de marisco que realizaron las víctimas, no fue consecuencia, en los términos expresados por la doctrina de esta Sala, de la falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia de los sujetos pasivos del delito. Fue consecuencia de la actuación de quienes, contravieniendo los principios de buena fe y confianza que deben regir en el tráfico mercantil, hicieron creer a sus víctimas que ostentaban suficiente solvencia encontrándose respaldados por la gran inversión realizada en Marisquería La Ría. Para ello aparentaban seriedad y solvencia en los términos que han sido expuestos, lo que aseguraba la confianza de sus proveedores.

El motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo del recurso se articula también al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 250.1.4º, en relación con el art. 248 CP.

Señala que la sentencia de instancia, acogiendo la calificación de los hechos efectuada por las acusaciones, estimó que los hechos son constitutivos de un delito continuado de estafa de los arts. 248.1, 249, 250.4º y 74 CP.

Destaca que la calificación que efectúa la Audiencia se lleva a cabo por hechos ocurridos "a partir de noviembre de 2010 a enero de 2011". En dicho marco temporal convivieron dos regulaciones distintas, hasta el 22 de diciembre de 2010, a partir del 23 de diciembre de 2010, que es cuando entra en vigor la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, circunstancia a la que no se refiere la Audiencia. Entiende que existe error en la ley aplicada. La Audiencia ha aplicado el art. 250.1.4ª del Código Penal tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que en momento alguno se refiere al



valor de la cuantía defraudada, al que expresamente se refiere el art. 250.1 5ª CP no aplicado por la Audiencia, tratándose de dos circunstancias independientes.

Considera también que tampoco se ha acreditado la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar la agravante del apartado cuarto del art. 250.1 CP. La sentencia se refiere únicamente a la entidad del perjuicio ocasionado y a la cantidad del dinero defraudado, sin mención alguna a la situación en que se ha dejado a las víctimas. A los acreedores no se les formuló pregunta alguna tendente a acreditar la situación económica en que quedaron tras los impagos provocados por MMG, ni por vía documental, ya que ni se aportó nada relevante en este sentido, ni accedió al plenario más allá de traerla a colación con la manida fórmula de darla por reproducida. Las empresas afectadas siguen activas; ninguna de ellas se ha visto obligada a cerrar su negocio.

1. En los hechos probados de la sentencia se describe que los hechos se desarrollaron "a lo largo del año 2010", y en la fundamentación jurídica se expresa en dos ocasiones que los hechos se desarrollaron "a partir de noviembre de 2010 a enero de 2011"

Por tanto, parte de los hechos se desarrollaron tras la entrada en vigor, el 23 de diciembre de 2010, de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que modificó el art. 250 CP, pasando a tener el núm. 4º del apartado primero la redacción siguiente: "Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia".

Con anterioridad era el núm. 6º del art. 250.1 el que tipificaba como agravada la estafa en términos análogos al núm. 4º tras la reforma de 2010, si bien añadía, como circunstancia a tener en cuenta, el valor de la defraudación, circunstancia ésta que desaparece tras la reforma de 2010 para integrar una agravación independiente y distinta de ésta, la contemplada en el núm. 5º: "cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros".

Parece por ello lógico pensar que el valor de la defraudación no es circunstancia comprendida en el núm. 4º del art. 250.1 CP al haber pasado a integrar una circunstancia independiente, la comprendida en el núm. 5º.

Pues bien, el Tribunal de instancia, al inicio del fundamento de derecho segundo señala que "Los anteriores hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de estafa previsto y penado en el artículo 248.1 en relación con el artículo 250.4 y 74 del Código Penal" y en el fundamento de derecho cuarto expresa que "El delito continuado de estafa antes descrito, y los hechos que son objeto del mismo, y calificado con infracción prevista en el artículo 248 del Código Penal, viene agravado por la circunstancia prevista en el número 4 del artículo 250 especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio ocasionado, y a la cantidad de dinero defraudada 365.716,16 euros".

En el mismo sentido, en el fundamento de derecho sexto, relativo a la concreción de la pena a imponer, señala que "En cuanto a la pena a imponer, el tribunal parte para la determinación de la pena señalada en el tipo por el que han sido calificados los hechos (artículos 248, 250.4 y 74 del CP)".

De ello se desprende que la agravación apreciada por el Tribunal es la contenida en el art. 250.1.4º CP en su redacción desde la reforma operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010, que fue la interesada por las acusaciones, y que es la mantenida tras la reforma que tuvo lugar mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Desde luego resulta escasa la explicación ofrecida por el Tribunal para justificar la apreciación de la agravación. Mezcla en sus razonamientos la terminología empleada en los núms. 4º y 5º del art. 250.1 CP, limitándose a señalar que atiende para ello "a la entidad del perjuicio ocasionado, y a la cantidad de dinero defraudada", lo que parece más acorde con la anterior agravación comprendida en el núm. 6º del art. 250.1 CP antes de la reforma de 2010 ("revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia"), pero parece evidente, como ya se ha expresado, que no es este el precepto aplicado por el Tribunal de instancia.

2. La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, venía considerando que el criterio de la entidad del perjuicio podría considerarse el reverso del criterio relativo al valor de la defraudación. De esta forma se entendía que se trataba de conceptos equivalentes.

Tal criterio sin embargo ha sido modificado a partir de la reforma operada por la citada Ley Orgánica, la cual, como expresábamos en el anterior apartado, ha desgajado el concepto "valor de la defraudación" de la agravación contemplada en el núm. 6º del art. 250.1 (que ahora ha pasado a ser el núm. 4º) para formar un nuevo apartado, el núm. 5º, en el que se integra como agravación independiente cuando dicho valor supere los 50.000 euros.



De esta forma, señalábamos en la sentencia núm. 129/2018, de 20 de marzo, explicando la compatibilidad en la apreciación de las circunstancias comprendidas en los núms. 4º y 5º del art. 250.1 CP, que "resulta difícil imaginar esta agravación sin que además concorra la especial gravedad por cuantía superior a 50.000 euros, que habría de estimarse preferente, pero frente a esta posición, debe prevalecer la opinión que considera ambas agravaciones perfectamente diferenciables y fundadas en razones bien diversas, por lo que no existe una colisión entre ellas que haga preferente la nº 5 en detrimento de la que se examina. Parece evidente que cuando se ponga a la víctima en una grave situación económica lo será normalmente porque la cuantía apropiada es de notoria importancia, pero también puede ocurrir en algunos casos que, en función de las circunstancias de la víctima, con la desapropiación de una cantidad moderada se crea esa difícil situación, mientras que en otros el apoderamiento de una importante suma no causa ese efecto económico, de manera que su producción supone un mal añadido.

Refuerza esta tesis la reforma de la LO 5/2010 que para acabar con la polémica doctrinal sobre si dada la redacción del antiguo artículo 250.1.6 CP - "cuando la estafa... reviste especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se desea la víctima o a su familia" - se requería la conjunción de todos los supuestos recogidos en el texto legal o bastaba la producción de uno de los resultados para la aplicación del subtipo agravado, postura esta última adaptada por la jurisprudencia, SSTS 635/2006 de 14 junio, 345/2015 de 17 junio, 739/2017 de 16 noviembre, trasladó el subtipo agravado del valor de la defraudación al nº 5 del artículo 250.1º fijando el valor de la defraudación en 50.000 € y al mismo tiempo se separó de las otras hipótesis típicas de especial gravedad de anterior nº 6, las cuales pasaron al nuevo 4º, todos dentro del mismo apartado 1 del nuevo artículo 250 CP."

Por tanto en la actual regulación la entidad del perjuicio tiene sustantividad propia distinta del criterio del valor de la defraudación. Se trata de circunstancias bien distintas en cuanto que la primera afecta al desvalor de la acción mientras que la segunda constituye un elemento igualmente normativo pero que afecta al desvalor del resultado.

De esta forma el valor de lo defraudado se identifica con el del desplazamiento patrimonial causado por el acto de disposición ejecutado por el error derivado del engaño, mientras que el perjuicio debe determinarse en función de las circunstancias de la víctima,

En este sentido, señalábamos en la sentencia núm. 166/2013, de 8 de marzo, que "la jurisprudencia ha aceptado una idea de patrimonio que supera los límites del concepto jurídico o económico del mismo para tener en cuenta también la finalidad patrimonial del titular en relación con la operación analizada. En la STS de 23 de abril de 1992 (Caso de la colza), se argumentaba que "... en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial". Criterio que ha sido seguido en la STS núm. 195/1996, en la que se decía que "El moderno concepto del patrimonio estructurado desde una perspectiva objetiva, individual, permite estimar en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular ", y del mismo modo en la STS núm. 91/2010, en la que se recoge que "... lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada".

3. En el caso de autos, como antes se expresaba, la Audiencia se ha limitado a señalar, para fundamentar la aplicación de esta circunstancia, que atiene para ello "a la entidad del perjuicio ocasionado, y a la cantidad de dinero defraudada 365.716,16 euros".

No cabe duda que el valor total de la defraudación es elevado y desde luego se ha originado un perjuicio real y determinado para los proveedores de las mercancías, pero la sentencia no hace referencia alguna a que ello haya ocasionado a éstos un grave quebranto económico. Se limita a fijar el importe total de la defraudación en 365.716,16 euros sin distinguir lo que corresponde a cada proveedor y la afectación concreta en su patrimonio. En definitiva se desconoce, porque no se explica, la situación económica en que han quedado las víctimas.

El motivo, en consecuencia, debe ser estimado, lo que tendrá su reflejo en una nueva individualización de la pena.



OCTAVO.- El octavo motivo del recurso se articula también al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de los arts. 248, 250.1.4º y 74 CP.

Señala que la sentencia vulnera la prohibición de la doble valoración de una misma circunstancia para la agravación de la pena, ya que ninguna de las disposiciones individualmente consideradas supera los 50.000 euros, y ello, pese a que no se ha apreciado la agravante del apartado 6º del art. 250.1 del Código Penal.

Indica que ninguno de los importes de los pagarés entregados desde marzo a diciembre de 2010 a Mariscos Cruzado S.L. alcanza la cuantía de 50.000 euros, siendo el importe más alto 22.354,11 euros, el 22 de diciembre de 2010. Respecto a Mariscos Gelaimar S.L., la cantidad reclamada es la de 40.000 euros. Y respecto a Mariscos Sánchez y Alfonso S.L., y La Bilbaína, no obra en el procedimiento documento alguno del que se infiera la concurrencia de una única disposición de más de 50.000 euros. Igualmente, como manifestaron los perjudicados, MMG realizó diversos pedidos, sin que haya quedado acreditado -porque no ha sido siquiera preguntado-, que ninguno de ellos superara individualmente la cuantía de 50.000 euros. Por ello, ninguna de esas apropiaciones individualizadas permitiría aplicar el tipo agravado del art. 250 CP, que únicamente se alcanza por la suma de la totalidad de las cantidades apropiadas indebidamente.

La estimación del anterior motivo, y con ello la supresión de la agravación contenida en el art. 250.1.4º CP, deja la presente queja sin contenido. No cabe duda, y no es objeto de queja, que, ante la reiteración de acciones similares y próximas en el tiempo, que afectaron a distintos sujetos y que respondieron a idéntico a propósito, existe continuidad delictiva.

El motivo se desestima.

NOVENO.- El noveno motivo del recurso se deduce al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del art. 21.6, en relación con el artículo 66 y artículo 72 CP.

Estima el recurrente que debería haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento, teniendo en cuenta que los hechos por los que ha sido condenado cesaron a principios del 2011, las diligencias previas se incoaron en octubre del año 2013, y la escasa complejidad del proceso.

En el desarrollo de este motivo expone cuales son los hitos esenciales del procedimiento, señalando que los hechos ocurrieron entre finales 2010 y principios de 2011, transcurriendo más de dos años y medio hasta que la acusación particular interpuso su querrela. Los investigados, hermanos Baltasar Paloma Borja, prestaron declaración en tal condición los días 29 de septiembre, 10 de octubre y 12 de diciembre de 2016, más de tres años después de la presentación de la querrela.

El 9 de enero de 2017 se dictó auto acordando la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, resolviendo el Instructor los respectivos recursos de reforma el 31 de mayo de 2017, cinco meses después, y la Audiencia Provincial los respectivos recursos de apelación por medio de auto de 11 de enero de 2018 un año después del dictado del auto de continuación, y siete meses y medio después del auto del Instructor que resolvía el recurso de reforma.

En la fase intermedia, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de conclusiones el 13 de febrero de 2017, la acusación particular el suyo el 22 de marzo de 2017, y se dictó auto de apertura de juicio oral, 18 de diciembre de 2017, once meses después del dictado del auto de continuación.

Los escritos de defensa de D. Borja y de D^a. Paloma se presentan el 26 de febrero y el de D. Baltasar el 26 de marzo de 2018.

Las actuaciones se remitieron a la Audiencia Provincial para enjuiciamiento en virtud de diligencia de ordenación de 4 de abril de 2018 donde se recibieron el 25 de abril. Un mes después, el 23 de mayo de 2018, se dictó auto de admisión de pruebas, celebrándose el juicio los días 25 de febrero y 1 de marzo de 2019, nueve meses después.

El juicio oral se ha celebrado, por tanto, casi seis años después del inicio de su tramitación, y casi nueve años desde que se produjeron los hechos.

Considera por ello que la delación ha sido extraordinaria y solicita la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

1. La cuestión esbozada en este momento por el recurrente no fue planteada ni debatida ante el Tribunal de instancia, por lo que se plantea la cuestión de si el recurrente habría perdido la oportunidad procesal de someter aquélla al conocimiento de este Tribunal a quien únicamente corresponde examinar la corrección legal o constitucional de la sentencia dictada por la Audiencia.



En este punto, es constante la doctrina de esta Sala (SS 29-6-2018, nº 320/2018; 12-4-2018, nº 176/2018; 13-5-2010, nº 445/2010; 18-3-2005, nº 344/2005 y nº 707/2002, 26-4-2002) que parte del principio general de que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional. Ello obligaría a esta Sala a decidir sobre un tema que no fue discutido en el plenario y que, por tanto, no aparece expresamente razonado y resuelto en la sentencia de instancia o sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes.

Ello no obstante, la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo, la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Como expresábamos en la sentencia núm. 680/2017, de 18 de octubre, en un supuesto en el que, como en el presente, se invocaba por primera vez en casación la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, "la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas es un tema de legalidad; y no de vulneración del derecho fundamental (derecho al plazo razonable) con el que está relacionada (STC 142/2012, de 2 de julio). El derecho se viola por el proceso; la sentencia en sí ni lesiona tal derecho, ni lo restaura. Si no aplica una atenuante, no quebranta el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, sino tan solo el art. 21 CP (STS 327/2013, de 4 de marzo). No hay así pues un derecho fundamental procesal directamente implicado.

Cuando la omisión de la invocación en la instancia de la atenuante puede merecer una explicación desde la estrategia defensiva, más o menos acertada, debe minorarse el rigor del postulado general de prohibición de alegación de cuestiones nuevas en vía de recurso. Si se solicitaba la absolución no era totalmente coherente reclamar a su vez la atenuante, aunque no podemos dejar de evocar la admisibilidad de conclusiones alternativas (art. 653 LECrim) que pueden ser subsidiarias como expresamente se reconoce en la legislación procesal militar (art. 280 Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). Nada impedía a las defensas, salvo que se anude a esa posición una cierta ambivalencia y por tanto un debilitamiento, al menos psicológico, de su pretensión principal, combinar la solicitud de absolución con el señalamiento de que, en todo caso, se habrían producido dilaciones en el curso del proceso y por tanto, concurrían los presupuestos de la atenuante. De hecho así lo hicieron aquí en relación a otra atenuante finalmente apreciada."

Desde esta perspectiva procedería examinar el motivo propuesto por el recurrente, ateniéndonos exclusivamente a los hechos declarados probados.

Ahora bien, lógicamente, al no haber sido planteada la apreciación de la atenuante en la instancia, la sentencia no recoge ni en la resultancia fáctica ni en la jurídica dato alguno sobre el que pueda asentarse una decisión por parte de este Tribunal. Partiremos no obstante de los hitos señalados por el recurrente, algunos de los cuales, los menos, son constatables en la propia sentencia.

2. Según decíamos en la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, "este Tribunal viene señalando (sentencias núms. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es



identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera (STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos...". En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 70/2013, de 21 de enero y 277/2018, de 8 de junio.

3. En el caso de autos, atendiendo a los hitos temporales marcados por el recurrente, no puede apreciarse que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrieron algo más de tres años desde que los acusados prestaran declaración como investigados (29/09, 10/10 y 12/12/2016) hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial (04/03/2019). No se detecta ninguna paralización importante. La instrucción se concluyó un mes más tarde de que prestaran declaración como investigados, dictándose auto de adecuación a procedimiento abreviado con fecha 9 de enero de 2017. La fase intermedia se desarrolló sin paralizaciones, debiendo notificarse diversas resoluciones a los investigados y dar traslado al Ministerio Fiscal y a la Acusación Particular para que emitiera escrito de acusación, tras lo cual se dictó auto de apertura de Juicio Oral y se dio traslado a las distintas defensas para que presentaran sus escritos de conclusiones. La tramitación y resolución de los recursos formulados contra el auto de continuación no supusieron la paralización de la causa, la cual continuó su tramitación hasta el dictado del auto de apertura de Juicio Oral el día 18 de diciembre de 2017, antes incluso de que se dictara auto por la Audiencia Provincial resolviendo los recursos de apelación contra el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado. El día 23 de mayo de 2018 se dictó auto resolviendo sobre la admisión de pruebas propuestas por las partes, celebrándose el Juicio Oral los días 25 de febrero y 1 de marzo de 2019, dictándose finalmente sentencia con fecha 4 de marzo de 2019.

La instrucción por tanto tuvo lugar en un plazo muy corto. La tramitación se ralentizó, pero nunca se paralizó, en las fases intermedia y de enjuiciamiento. El recurrente omite sin embargo hacer mención especial de las razones que permiten calificar determinados espacios temporales como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración. Todo ello nos lleva al rechazo de su pretensión con arreglo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente expuestos.

El motivo se desestima.

Recurso formulado por D.ª Paloma y D. Borja .

DÉCIMO.- El primer motivo del recurso se deduce al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 248 y 28.1 CP.



Señalan que ellos nunca actuaron a través de la sociedad ni por sí mismos para realizar pedido alguno, ya que actuaban por mandato del esposo de Paloma, D. Alejo Borja, se dedicaba a gestionar Mayoristas de Mariscos de la Ría. No se ha practicado prueba suficiente a su juicio que acredite que desarrollaran actividades de engaño, simulación de solvencia, o realización de los pedidos, figurando únicamente que Paloma era administradora de MMG y que en ejercicio de su función administrativa, emitía los pagarés. Por su parte, Borja no ocupaba cargo alguno en la administración de la sociedad al tiempo en el que se realizaron las compras y en el que se firmaron los pagarés.

Estiman también que no concurren los elementos integrantes del delito de estafa por el que han sido condenados. No existe ningún engaño, ya que tanto el querellante como los testigos reclamantes conocían la situación de MMG y pese a sus dificultades de pago continuaron sirviendo durante meses e incluso tras los hechos contenidos en la querrela. No puede apreciarse dolo en su conducta pues no se lucraron ni mintieron ni engañaron. Los pagarés se emitieron con intención de abono. No existe un perjuicio en los casos de Gelimar, la Bilbaína y Sánchez Alfonso, pues no se acredita pérdida patrimonial ni daño. Tampoco conocían el estado de liquidez y solvencia de MMG hasta que se cerró en junio de 2011.

A través de este motivo expresan los recurrentes su discrepancia con la suficiencia y valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia y con la que se ha considerado enervada la presunción de inocencia. La vulneración de este derecho debería haber sido invocada por vía de la infracción de precepto constitucional (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En todo caso la queja de los recurrentes ya ha obtenido contestación en los fundamentos de derecho segundo, quinto y sexto de la presente resolución al dar contestación a los motivos primero, cuarto, quinto y sexto deducidos con similares razonamientos por D. Baltasar. Por ello y a fin de evitar repeticiones nos remitimos a lo allí expresado. Únicamente cabe añadir que la sentencia destaca que Paloma reconoció que era administradora única de MMG y firmaba los pagarés, reconociendo también Borja que era el encargado de reparto y transporte, organizaba el transporte, compraba marisco a la Bilbaína, Gelimar y a Mariscos Cruzados, y suministraba a restaurantes marisco. Destaca también que, conforme señalaron todos los testigos, el negocio lo llevaban entre los tres acusados. Los proveedores trataban con los tres acusados indistintamente, los tres hacían los pedidos.

La lectura del relato de hechos probados lleva a conclusiones contrarias a las pretendidas por los recurrentes. Se describen todos y cada uno de los elementos del delito de estafa por el que los acusados resultan condenados que es explicado por el Tribunal al efectuar el juicio de tipicidad:

1. El engaño precedente, bastante y causante del desplazamiento patrimonial: los acusados aparentaron la solvencia de MMG, empresa a través de la cual actuaban, y a sabiendas de su insolvencia y de que nunca iban a poder pagar los pedidos realizaron compras de mariscos por un precio considerable en el mes de octubre de 2010 para cubrir la campaña de Navidad. Añade el hecho probado que, al poco tiempo de efectuar las compras a las empresas perjudicadas, MMG desapareció sin más de su domicilio social sin activo alguno.
2. Tal actuar provocó un error en los proveedores que determinó la disposición sus productos a favor de los acusados al creer que vendían sus productos a una empresa solvente, de la que a su vez recibieron diversos pagarés, aparentando con ello los acusados la garantía de pago de los productos entregados.
3. Ello determinó un perjuicio evidente para las víctimas que finalmente no recibieron el pago correspondiente, y un beneficio patrimonial para los acusados, que de esta manera adquirieron productos de considerable valor sin contraprestación alguna.
4. Por último, el Tribunal también refleja el ánimo de enriquecimiento que era perseguido por los acusados.

Es evidente pues que la sentencia expresa con claridad, taxatividad y certeza en el apartado de hechos probados los hechos sobre los que se construye la calificación jurídica, que explica después suficientemente en la fundamentación jurídica, cumpliendo así el mandato legal de los arts. 142 LECrim y 248.3 LOPJ.

Tratan los recurrentes de eludir la aplicación del precepto penal aludiendo a la antigüedad de sus relaciones comerciales con sus proveedores y el conocimiento por parte de éstos de su delicada situación. Pero no es esto lo que conforme señala el Tribunal, declararon los testigos en el acto del Juicio Oral. A este respecto, después de exponer lo que declaró cada uno de ellos, señala la Audiencia que "los cuatro perjudicados, afirman que los acusados mantenían una apariencia de bonanza económica con las instalaciones de la "Marisquería La Ría", y les trasmitían gran confianza y credibilidad, hasta el punto de confiar en ellos y suministrar la mercancía de la campaña de Navidad, en la creencia que cobrarían los pagarés, los acusados aparentaban no tener problemas de solvencia, los retrasos eran debido a que estaban montando una nueva empresa, cuando lo cierto y verdadero es que la situación patrimonial de la MERCANTIL MAYORISTAS DE MARISCOS GALLEGOS SL (MMG), en el año 2010, era de absoluta insolvencia, como ha quedado acreditado por la documental obrante



en las actuaciones: por el depósito de cuentas anuales del registro mercantil en el que se hace constar que la mercantil MMG en el año 2010 presentaba un patrimonio negativo de 124.957,11 euros y en el año 2011 un déficit de 188.391,24 euros (folios 69 a 78), en consecuencia los acusados actuaron a sabiendas que no iban cumplir con las obligaciones contraídas."

Igualmente destaca el hecho de que "Las compras que efectuaron los acusados fue a través de la instrumental e insolvente MMG, que en los ejercicios 2010 y 2011 se encontraba totalmente despatrimonializada", así como que "los acusados al mismo tiempo han constituido otras sociedades todas ellas del mismo sector, restaurantes especializados en la venta de mariscos, de las que son administradores, algunas de la cuales se encuentran también sin actividad, pero otras continúan en el negocio: MAYORISTAS DE MARISCOS DE LA RIA septiembre de 2009 (folios 146 a 152) CASA CESAR en el año 2010 (folios 159 a 179); GAM LAPESCA, S.L en el año 2013 (folio 153 a 158), ENTREPUERTOS Y ALGO MAS S.L, en el año 2013 (folios 181 a 186)."

Tales hechos resultan desde luego incompatibles con la justificación que ofrecen los recurrentes relacionada con la crisis económica.

El motivo por ello no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- El segundo motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida e infracción del art. 248 en relación con el art 250.1.4º CP.

Estiman que no se ha producido la especial gravedad que la ley refiere y en cualquier caso no se ha acreditado ni motivado su concurrencia por el Tribunal.

Esta cuestión ha sido resuelta en sentido estimatorio en el anterior fundamento séptimo debiendo darse por reproducido lo argumentado en el mismo.

DUODÉCIMO.- El tercer motivo del recurso se deduce por infracción de Ley, al amparo del art. 849 LECrim, por aplicación indebida e infracción del art. 248 en relación con el art 250.1. 4º y 74 CP.

Señalan que no consta por su parte la multiplicidad de órdenes de compra fraudulentas, y en todo caso estaríamos ante un supuesto de doble aplicación de los hechos para dos agravantes, la repetición y la cantidad numerosa de pagarés para la continuidad, y la suma de estos para determinar la gravedad del perjuicio o cifra estafada.

Este motivo reitera el motivo octavo formalizado por la representación D. Baltasar y ha sido analizado en el fundamento octavo de esta resolución, al que por ello nos remitimos para fundar su desestimación.

DECIMOTERCERO.- El cuarto motivo del recurso se deduce por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida de los arts. 142.4ª, cuarto LECrim. y 115 CP.

Exponen que Gelaimar, Mariscos Alfonso y La Bilbaína no han aportado facturas y pagarés que sustenten el importe de la responsabilidad civil, habiéndose fijado por parte de la Sala en base a unos certificados emitidos por cada uno de los supuestos deudores, aportados por el querellante con el escrito de querrela creando así una prueba "ad hoc", no ya para sostener su acción, sino para reforzar la unión a la reclamación de los tres supuestos proveedores.

Conforme señala la sentencia de instancia, los acusados no discutieron el impago de las mercancías. Las certificaciones de los impagos incorporadas a las actuaciones no han sido impugnadas en momento alguno por aquéllos. Por ello deben considerarse auténticos. Y conforme señala el art. 326.1 LEC "Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen." Por ello, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.

En el caso, el resto de las pruebas practicadas no solo no han desvirtuado aquello que los mismos documentan, sino que los testigos corroboraron en el acto del Juicio Oral la existencia de las deudas.

El motivo por ello se desestima.

DECIMOCUARTO.- El quinto motivo del recurso se deduce por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por inaplicación indebida de los arts. 21.6, 66 y 72 CP.

Desarrolla el motivo en los mismos términos que el también recurrente D. Baltasar . Por consiguiente, es patente que el recurso no puede prosperar, debiendo darse por reproducido lo argumentado en el fundamento noveno de esta sentencia.

DECIMOQUINTO.- El sexto motivo del recurso se articula por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim, por error en la apreciación de la prueba.



Designan como documentos literosuficientes los distintos documentos aportados con el escrito de querrela y por la defensa en el acto del Juicio Oral.

A través de ellos queda a su juicio acreditado que las relaciones comerciales de los acusados con los proveedores se prolongaron en el tiempo, habiéndose originado las deudas mucho antes de octubre de 2010, atendiendo los pedidos realizados a una continuidad del negocio elegida y deseada por las partes.

1. En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).

2. Los documentos citados por los recurrentes carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo. De hecho, en la sentencia se relata la existencia de relaciones comerciales entre acusados y proveedores a lo largo del año 2010.

El cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elegido es erróneo dado que este motivo exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se han declarado probados tras la valoración en conjunto de la totalidad de la prueba practicada en el Juicio Oral. De hecho, los documentos que citan los recurrentes no acreditan el error del Tribunal, sino que suponen una valoración diferente.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

DECIMOSEXTO.- El séptimo motivo de casación se deduce por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por inaplicación del art. 267 LOPJ y el art. 161 LECrim.

Señalan que la sentencia de instancia, al ser aclarada mediante el auto de fecha 17 de junio de 2019, viene a cambiar el sentido de la resolución al aumentar la pena y la multa diaria contenidas en el fallo y no puede considerarse un error material.



El art. 267.3 LOPJ establece que los "Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento".

En nuestro caso, existía una discrepancia manifiesta entre la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia, que fue aclarada y rectificada a solicitud de la Acusación Particular. Además, la pena mínima a imponer, según la calificación que se efectuó de los hechos, era la expresada en el fundamento de derecho sexto. Es evidente pues que se había producido un error material que fue rectificado a través de la vía legalmente prevista.

En todo caso, habiendo sido estimado el motivo segundo de los recursos, este motivo ha quedado vacío de contenido.

El motivo se desestima.

DECIMOSÉPTIMO.- El octavo motivo se articula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim, al haberse denegado una diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

Sin embargo, en el desarrollo del motivo, la queja de los recurrentes se refiere a que no les fue notificado que los testigos declararían en sesiones diferentes, lo que permitió a la acusación preparar la declaración de los testigos que depusieron en la segunda sesión del juicio. Añaden que los testigos reclamantes tienen un interés claro en que se condene a los acusados para de esta forma garantizar un lucro injustificado. Señala también que no cabe basar la carga de la prueba en las testificales de las personas que reclaman cantidades tan elevadas.

Tal queja ninguna relación guarda con el motivo invocado que procede "Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente".

Es obvio que la denuncia planteada no puede canalizarse a través de la vía casacional elegida, pues no se denuncia que el Tribunal haya denegado alguna diligencia de prueba, sino simplemente que el Tribunal no accedió a citar al testigo Fermín el día que los recurrentes pretendían, teniendo en cuenta que el mismo venía ya citado para el día 1 de marzo.

Lo que muestran los recurrentes es su discrepancia con que la declaración de uno de los testigos se llevara a cabo en día anterior y distinto al resto, negando asimismo credibilidad a lo declarado por los mismos al reclamar importantes cantidades de dinero a los acusados.

Tal vulneración debería haber sido invocada por vía de infracción de precepto constitucional conforme a lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ.

No consta tampoco que las defensas solicitaran que la declaración de los testigos tuviera lugar en una única sesión. Consta en las actuaciones que el juicio se celebró en dos sesiones. A la primera estaba citado para declarar, además de los tres acusados, el testigo Sr. Bruno .

En la primera sesión, la defensa de D.^a Paloma solicitó la suspensión del juicio para que ésta prestara declaración en la segunda sesión, dada la afonía que presentaba. El Tribunal denegó la suspensión, pero acordó que su declaración tuviera lugar durante la segunda sesión. Ello no obstante preguntó a las partes si existía inconveniente alguno en que el testigo Sr. Bruno declarara en la citada sesión, dado que había sido citado a tal efecto, a lo que ninguna de las partes realizó objeción alguna.

Cuestión distinta es que, como cuestión previa, la defensa solicitó que el testigo Sr. Fermín declarara el mismo día que los acusados, lo que fue denegado por el Tribunal al figurar citado para el segundo día de las sesiones. Fue esta denegación lo que llevó a las defensas a efectuar la oportuna protesta.

En todo caso la queja de los recurrentes no puede ser atendida.

1. Como decíamos en la sentencia núm. 1051/2011, de 14 de octubre, con cita a su vez de la sentencia núm. 792/2010, de 22 septiembre, "la ley procesal dispone en el artículo 704 la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS 22/2003). En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. En la STS 768/1994, se negó que la infracción



del artículo 704 supusiera en todo caso la nulidad de la prueba. Y en la STS núm. 229/2002, se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo Cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical. En esta dirección, la STS 153/2005 de 10 de febrero recuerda "que el tema de la comunicación de los testigos, que exige el art. 704 LECrim. es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por los que les precedieron para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de la misma y, por tanto, situada extramuros de la validez del testimonio". Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente (en tal sentido se pueden citar las SSTS 5.4.1989, 30.1.1992, 32/1995 de 19.1, 908/1999 de 1.6 y 26.3.2001).

La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y si sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días."

En el mismo sentido nos pronunciábamos en la sentencia núm. 814/2011, de 7 de julio en la que, recordando la STS de 5 de abril de 1989, se expresaba que "el art. 704 LECrim no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye disposición legal que no puede confundirse con un puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aun impediría, dado el campo del artículo 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga (el sentido del también citado artículo 646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro en tal sentido) o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva".

En análogos términos se pronuncia la sentencia núm. 153/2005, de 10 de febrero.

2. En el supuesto sometido a consideración, el Tribunal, en contra de lo previsto por el art. 704 LECrim, permitió que uno de los testigos declarara el primer día del juicio, efectuándolo los demás el segundo día de las sesiones. El número de testigos que debían declarar permitía que su testimonio fuera ofrecido en unidad de acto. Ello no obstante no priva de validez a los testimonios prestados. Las defensas no mostraron objeción alguna sobre este particular al ser preguntados expresamente por la Presidenta del Tribunal. Todos los testigos tenían conocimiento de lo actuado y conocían la identidad de los demás. Fue el Sr. Fermín quien facilitó sus nombres desde el inicio de las actuaciones, acompañando con su querrela las certificaciones emitidas por las sociedades a las que los otros tres testigos representaban. De ello se deduce con claridad que las comunicaciones que podrían haberse producido entre todos ellos ya se habían producido antes del juicio, conociendo todos ya de antemano aquello sobre lo que iban a declarar y las imputaciones de hechos que se realizaban a los acusados. Igualmente, todos habían declarado en la instrucción de la causa en términos similares a como lo hicieron en el acto del Juicio Oral.

En consecuencia, las testificales practicadas podían ser valoradas, sin perjuicio de que la razonabilidad de la valoración de la prueba testifical pueda ser examinada en el marco de la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

DECIMOCTAVO.- El motivo noveno del recurso se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º y 3º LECrim, por constar en la sentencia contradicción en los hechos probados, incluir hechos que implican predeterminación del fallo, así como omisión a la hora de resolver sobre puntos que han sido objeto de la defensa.

Señalan que la sentencia fija como hechos probados aquellos que le van a permitir predeterminar el fallo. Como son la autoría de todos los acusados en la administración y emisión de los pedidos, la admisión de maniobras para llevar a cabo el engaño y la existencia de dolo; fundándolo en hechos no probados. No se habla ni contemplan las previas relaciones comerciales con los proveedores implicados, que son normales durante muchos años, e incluso la aceptación de prórrogas en los vencimientos de los pagarés.

Mantienen que lo que se produjo fue un simple impago, que es más bien un retraso de una deuda evidente y reconocida, de las muchas que la crisis de los últimos tiempos ha hecho proliferar, debiéndose en la mayoría de los casos a problemas de liquidez.



Analizan a continuación las manifestaciones efectuadas por los testigos, señalando que los proveedores admitieron vender conociendo la situación económica y asumiendo el riesgo comercial. Todos los proveedores tenían relaciones comerciales desde hacía años con MMG y con los acusados. Tampoco era la primera vez que habían recibido pagarés. Incluso algunos reconocieron que después de los impagos sirvieron a Casa César, regentado por D.^a Paloma y su esposo.

No queda acreditado a su juicio que ninguno de los acusados realizara actos de engaño o presentara síntomas de falsa solvencia a sus proveedores.

Tampoco era conocida la insolvencia por parte de los acusados habiéndose emitido los pagarés pensando que se iban a hacer efectivos. La insolvencia no se produjo hasta finales de dos mil diez.

1. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 140/2010, de 23 de febrero, "(...) las sentencias penales deben estar construidas de tal forma que sea posible su comprensión, y no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el Tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso, y además, por el resto de los ciudadanos, en cuanto puedan tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Esta exigencia comprende en su ámbito, naturalmente, el relato de hechos probados. Con éstos han de relacionarse directamente los fundamentos jurídicos de la sentencia, y de ahí debe obtenerse el fallo como conclusión de lo anterior, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente.

Reiterada doctrina de esta Sala ha entendido que la sentencia debe anularse, prosperando, por lo tanto, este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras sentencias núm. 471/2001, de 22 de marzo; 1144/2001, de 31 de julio; 1181/2001, de 19 de julio; 1610/2001, de 17 de septiembre, y STS núm. 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma, no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados, y que considere de interés a su posición. La valoración de la prueba no corresponde a las partes, sino al Tribunal de instancia. En consecuencia, la redacción del hecho probado se efectúa por el Tribunal expresando en el mismo los aspectos del hecho que hayan quedado probados, según aquella valoración, y que sean relevantes para la subsunción, pudiendo excluir aquellos que considere intrascendentes. En este sentido es exigible que describa claramente aquello que después es objeto de la calificación jurídica.

Las pretensiones de modificación del relato fáctico solo podrán encauzarse a través de un motivo formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, desde la perspectiva de la acusación, o, además, a través de la alegación de la presunción de inocencia, desde la óptica de la defensa.

Pero, en todo caso, la estimación de un motivo por falta de claridad con apoyo en el artículo 851.1º de la LECrim, nunca daría lugar a una rectificación del relato fáctico y a la sustitución de los hechos que declaró probados el Tribunal de instancia por otros diferentes."

2. En relación al motivo de casación contemplado en el art. 851.3º LECrim sobre el que también se sustenta este motivo, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, (SSTS núm. 289/2019 de 31 mayo, 288/2019 de 30 mayo, 237/2019 de 9 mayo, 212/2019 de 23 abril, 171/2019 de 28 marzo, 153/2019 de 21 marzo, 152/2019 de 21 marzo y 144/2019 de 14 marzo) la denuncia de este motivo requiere como elementos:

"1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o argumentos globales.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:



a) que la omisión se refiera a peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos de la respuesta tácita.

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado en el recurso de casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

Pero esta doctrina ha sido matizada en el sentido de limitar tal vía a la previa interposición del cauce previsto en el art. 267.5 LOPJ, de manera que se dé al Tribunal sentenciador la oportunidad de subsanar el error cometido al no responder a tales cuestiones jurídicas. En palabras de la STS 212/2019, de 23 de abril: "En cualquier caso, han de tenerse en cuenta las previsiones contenidas sobre este particular en los artículos 267.5 de la LOPJ y 161 de la LECrim, que contemplan expresamente un remedio para resolver la ausencia de pronunciamiento respecto de pretensiones de las partes que hayan sido oportunamente planteadas y sustanciadas, con carácter previo al recurso que corresponda. Una consolidada doctrina de esta Sala ha entendido que la omisión de la utilización de este remedio impide que prospere su alegación en casación".

3. En el caso de autos, los recurrentes pretenden una relación de hechos exhaustiva, ensanchando el relato efectuado por el Tribunal de instancia para introducir cuestiones que, a su parecer, debieron ser incluidas en la relación fáctica de la sentencia.

Lo que cuestionan nuevamente es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal y la subsunción de los hechos que se declaran probados en el tipo penal por el que han sido condenados.

El relato de hechos contenido en la sentencia es coherente e inteligible. El Tribunal no ha declarado probados hechos que eran pretendidos por los recurrentes porque no los considera acreditados. Tampoco existen incongruencias entre el relato de hechos probados y la argumentación contenida en la fundamentación jurídica. La sentencia es clara en los hechos probados, los que relata de forma precisa en los aspectos relevantes sobre los que correspondía decidir, llegando a continuación a la conclusión de que dichos hechos son subsumibles en el tipo penal de estafa que se imputaba a los recurrentes.

Además, la argumentación de los recurrentes se refiere a alegaciones o a razonamientos, y no a pretensiones jurídicas.

Y, en todo caso, la discrepancia con la valoración de la prueba que nuevamente es invocada por los recurrentes ha obtenido contestación a través de los fundamentos segundo, quinto, sexto y décimo de esta resolución a los que una vez más debemos remitirnos.

El motivo, por ello, no puede prosperar.

DECIMONOVENO.- El décimo motivo del recurso se deduce por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, en concreto del art. 24.2 de la CE conforme autoriza el art. 5.4 LOPJ en lo concerniente al derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Denuncian a lo largo del motivo que la sentencia recurrida carece de fundamentación. Se quejan también de que la existencia de un saldo deudor a favor de Mariscos Gelaimar, Mariscos Sánchez Alfonso y La Bilbaína se ha acreditado con una certificación unilateral de éstos, claramente redactada y aportada por la querellante, que ni está intervenida por fedatario público ni soportada por documental de facturas o pagarés, tampoco un extracto detallado de todos los movimientos, lo que ha impedido al Tribunal y a los acusados comprobar la realidad de los saldos alegados al no aportarse el detalle por los perjudicados.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5 de abril de 1990); que lo reconocido en el art. 24.1



de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquélla en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997).

2. En el supuesto examinado, la resolución recurrida, ofrece a los recurrentes explicación suficiente sobre los motivos que han llevado al Tribunal a estimarles responsables de un delito de estafa. Para ello ha tenido en cuenta todas las pruebas practicadas y tras la valoración de todo ese acervo probatorio, conforme a los criterios de la sana crítica, la lógica y la experiencia, ha dictado la resolución recurrida que no puede tacharse de falta de motivación. En ella se contienen de manera clara los hechos que han quedado probados conforme a la totalidad de la prueba practicada, y los argumentos jurídicos que han llevado a la imposición de la pena fijada. Ello ha permitido a las partes conocer puntualmente y combatir los razonamientos expuestos por la Audiencia, por lo que tampoco existe indefensión alguna derivada de un defecto de motivación.

Por lo demás, las cuestiones suscitadas por los recurrentes en este motivo han sido tratadas en los fundamentos quinto y decimotercero de esta sentencia, por lo que damos ahora por reproducido todo lo que allí se razonó y resolvió en sentido desestimatorio.

VIGÉSIMO.- La estimación en parte de los recursos formulados por D^a Paloma, D. Borja y D. Baltasar conlleva a declarar de oficio las costas de sus recursos. Todo ello de conformidad con las previsiones del 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

1º) Estimar en parte los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D^a Paloma, D. Borja y D. Baltasar, contra la sentencia núm. 194/2019 de 4 de marzo y auto de aclaración de 17 de junio de 2019, dictados por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado número 640/2018, en la causa seguida por delito de estafa y en su virtud **casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia**, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) Declarar de oficio las costas correspondientes a los recursos formulados por D^a Paloma, D. Borja y D. Baltasar.

3º) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3169/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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 Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 9 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto la causa Rollo de Sala número 640/2018, con origen en el Procedimiento Abreviado número 1928/2013, procedente del Juzgado de Instrucción número 5 de Majadahonda, seguida por delito de estafa contra D.^a Paloma , con DNI n.º NUM000 , D. Borja , con DNI NUM001 y D. Baltasar , con DNI NUM002 , la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid , dicto sentencia núm. 194/2019, de 4 de marzo , aclarada mediante auto de fecha 17 de junio de 2019 , que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongán a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados en el séptimo fundamento jurídico de los de la resolución que precede, procede excluir la agravación contemplada en el art. 250.1.4º CP, condenando a Paloma , Borja y Baltasar como autores responsables de un delito continuado de estafa previsto y penado en los arts. 248, 249 y 74 CP.

El marco punitivo del que debe partirse para individualizar la pena por el delito de estafa continuada es de prisión de un año y nueve meses a tres años. Conforme a la previsión señalada en el art. 66.1.6ª CP, ante la ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena puede recorrerse en toda su extensión, atendiendo para ello a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. El Tribunal, teniendo en cuenta "la continuidad delictiva y el perjuicio ocasionado", impuso las penas en su mínima extensión. Por ello, no habiéndose apreciado por la Audiencia circunstancia alguna que deba producir una exasperación de la pena, más allá de las ya expresadas, las cuales ya habían sido tomadas en consideración por el Tribunal para realizar el juicio de tipicidad, procede imponer a los acusados la pena señalada por el tipo penal en su mínima extensión.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso.

FALLO

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

Condenar a Paloma , Borja y Baltasar como autores responsables de un delito continuado de estafa, a la pena individualizada de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Confirmar, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 194/2019, de 4 de marzo, aclarada mediante auto de fecha 17 de junio de 2019, dictada por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala 640/2018.

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

Así se acuerda y firma.