



Roj: **STS 1505/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1505**

Id Cendoj: **28079120012019100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2019**

Nº de Recurso: **433/2018**

Nº de Resolución: **235/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 235/2019**

Fecha de sentencia: 09/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 433/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN TERCERA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 433/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 235/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

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

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 433/2018, interpuesto por D. Melchor representado por el procurador D. Ignacio Argos Linares bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Ana Isabel Cortés García contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante Sección Tercera, de fecha 30 de octubre de 2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 6 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado 37/2017, por delitos de estafa y falsedad en documento mercantil contra Melchor, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección Tercera dictó en el Rollo de Sala 1/2016 sentencia en fecha 30 de octubre de 2017 con los siguientes hechos probados:

"El acusado, Melchor, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, actuando como administrador único de la mercantil AVI AGENTES FINANCIEROS EL CAMPELLO SL dedicada al asesoramiento financiero; guiado por la intención de enriquecerse ilícitamente, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido planeó la manera de enriquecerse ilícitamente a costa de su hermano Patricio y la esposa de éste, Reyes.

Así, el acusado, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido, atribuyéndose la cualidad de agente financiero CITIBANK, a pesar de ser conocedor que le había sido revocada en diciembre de 2003; y aprovechándose de la relación de parentesco y confianza de su hermano Patricio y la esposa de éste, Reyes, logró que éstos el día 27/03/07 pusieran a su disposición en calidad de depositario, 80.000 euros mediante 2 cheques bancarios del Santander de 40.000 euros, en ambos casos, a pagar a AVI AGENTES FINANCIEROS EL CAMPELLO SL, y que suscribieran, cada uno de ellos, en la referida fecha un contrato de depósito remunerado por importe de 40.000 euros, con clausulado similar al bancario, con duración de 12 meses prorrogables por periodos mensuales, haciéndole creer que los mismos se encontraban garantizados y el dinero depositado en CITIBANK, no respondiendo esto a la realidad. Los perjudicados confiados por los pagos de los intereses supuestamente contratados con CITIBANK continuaron interesados en contratar con el acusado.

El 26/06/07, el acusado, aparentando una solvencia económica de la que aprovechándose de la relación de parentesco y confianza con su hermano Patricio y la esposa de éste, Reyes, logró que éstos le prestaran 20.000 euros con la promesa de devolverlos a más tardar el 30/06/08 con un incremento del 10%.

El 15/11/07, el acusado, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido, atribuyéndose la cualidad de agente financiero CITIBANK, a pesar de ser conocedor de que le había sido revocada en diciembre de 2003, logró que su hermano Patricio pusiera a su disposición 40.000 euros (15.000 mediante cheque bancario de Banco Santander, 10.000 euros mediante cheque de Bancaja ambos a pagar a favor de AVI AGENTES FINANCIEROS EL CAMPELLO SL y 15.000 euros en efectivo) y que suscribiera el depósito remunerado por importe de 40.000 euros con clausulado similar al bancario, con duración de 12 meses prorrogables por periodos mensuales, haciéndole creer que el mismo se encontraba garantizado y el dinero depositado en CITIBANK, no respondiendo esto a la realidad.

El 28/03/08, al vencimiento del contrato formalizado un año antes con Reyes, el acusado, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido, atribuyéndose la cualidad de agente financiero CITIBANK, a pesar de ser conocedor que le había sido revocada en diciembre de 2003, abusando nuevamente de la confianza de ésta y haciéndole creer a ésta que el dinero del depósito originario había sido reintegrado en la cuenta de AVI AGENTES FINANCIEROS EL CAMPELLO con el fin de evitar comisiones bancarias, logró que ésta renovara el depósito remunerado por importe de 40.000 euros con clausulado similar al bancario, con duración de 12 meses prorrogables por periodos mensuales, haciéndole creer que el mismo se encontraba garantizado y el dinero depositado en CITIBANK, no respondiendo esto a la realidad, y que además le entregara 5.000 euros más para formalizar un depósito adicional sin recibir ningún contrato.

Los perjudicados recibieron 16.132,52 euros de intereses de los ficticios depósitos contratados. El acusado no ha reintegrado las cantidades recibidas de los perjudicados, que reclaman.

En todas las reuniones y negociaciones se encontraba presente tanto Patricio como su esposa Reyes casados en régimen de sociedad de gananciales".

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que debernos condenar y condenamos al acusado Melchor, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248.1, 249, 250.6 ° Y 7° del Código Penal en concurso medial con un delito de falsedad continuada en documento mercantil del artículo 392 en relación



con el 390.2º del Código Penal , a las penas de cuatro años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo e inhabilitación para el ejercicio de la actividad de asesoramiento financiero por igual tiempo y multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros impagados, debiendo indemnizar el acusado y la mercantil AVI AGENTES FINANCIEROS EL CAMPELLO S.L., como responsables civil directo y subsidiario, a los perjudicados en la cantidad de 128.867,48 euros, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al pago de las costas del proceso.

Abonamos al acusado todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Conforme el artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Protección de datos de carácter personal.- Se advierte expresamente a todas las partes, testigos, peritos y demás personas que sean receptoras de la presente resolución que deben guardar absoluta confidencialidad de todos los datos de carácter personal obrantes en la misma, quedando prohibida la transmisión de dichos actos o su comunicación por cualquier medio o procedimiento de los mismos debiendo ser trasladados para los fines propios de la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en la LO 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección- de Datos de Carácter Personal, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que haya lugar en su caso".

**TERCERO.-** La Audiencia Provincia de Alicante Sección Tercera, dictó auto de fecha 8 de enero de 2018, con los siguientes hechos y parte dispositiva:

"Primero.- En el Rollo de esta Sala nº 1/16, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alicante dimanante de Procedimiento Abreviado núm. 37/2014, se dictó Sentencia en fecha 30 de Octubre de 2017 .

Segundo.- Se presenta escrito por el Procurador Dª Virginia Saura Estruch en nombre y representación de Melchor solicitando la aclaración de la citada resolución y previo traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal con el resultado que obra en autos, quedando las actuaciones para resolver".

"Haber lugar a la aclaración solicitada por el Procurador Dª. Virginia Saura Estruch en nombre y representación de Melchor en relación a la sentencia dictada por esta Sala en fecha 30 de Octubre de 2017 la cual se completa en el sentido expuesto en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes conforme lo establecido en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial haciéndoles saber que contra esta resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo recursos que procedan en su caso, contra la sentencia a la cual se refiere la solicitud".

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Melchor 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.-** La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional fundado en el artículo 852 de la LECrim , y al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional contemplado en el art. 24.2 de la Constitución Española , al considerar que no han quedado acreditados los elementos que configuran el delito de estafa, ya que no hubo engaño, sino un préstamo de dinero a la mercantil AVI AGENTES. SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley, por indebida aplicación del artículo 248.1 , 249 y 74 del Código Penal , al considerar que no concurren los elementos de delito de estafa. TERCERO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 250.1.6 º, 250.1.7 º y 74 del Código Penal . CUARTO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 392 y 390.2 del Código Penal . QUINTO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 268 del Código Penal . SEXTO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del art. 21.6 del Código Penal , al considerar que es de aplicación la atenuante analógica de dilaciones indebidas. SÉPTIMO.- Al amparo de lo establecido en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por existir error en la apreciación de la prueba basado en la contradicción de la Sentencia con documentos obrantes en Autos.



**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 27 de marzo de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR. 1.** En la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, el 30 de octubre de 2017, fue condenado Melchor, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248.1, 249, 250.6º y 7º del Código Penal, en concurso medial con un delito de falsedad continuada en documento mercantil del artículo 392 en relación con el 390.2º del Código Penal, a las penas de cuatro años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio de la actividad de asesoramiento financiero por igual tiempo, multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros impagados, debiendo indemnizar el acusado y la mercantil AVI Agentes Financieros El Campello, S.L., como responsables civil directo y subsidiario, a los perjudicados en la cantidad de 128.867,48 euros, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al pago de las costas del proceso.

**2.** El *factum* de la sentencia recurrida se sintetiza en que el acusado, Melchor, actuando como administrador único de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., dedicada al asesoramiento financiero, guiado por la intención de enriquecerse ilícitamente, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido, planeó la manera de enriquecerse ilícitamente a costa de su hermano Patricio y la esposa de éste, Reyes.

Así, con la intención de incumplir en todo momento lo convenido, atribuyéndose la cualidad de agente financiero Citibank, a pesar de ser conocedor de que le había sido revocada en diciembre de 2003, y aprovechándose de la relación de parentesco y confianza de su hermano Patricio y la esposa de éste, Reyes, logró que éstos el día 27/03/2007 pusieran a su disposición en calidad de depositario, 80.000 euros mediante 2 cheques bancarios del Santander de 40.000 euros, en ambos casos, a pagar a Avi Agentes Financieros El Campello SL, y que suscribieran, cada uno de ellos, en la referida fecha un contrato de depósito remunerado por importe de 40.000 euros, con clausulado similar al bancario, con duración de 12 meses prorrogables por periodos mensuales, haciéndole creer que los mismos se encontraban garantizados y el dinero depositado en CITIBANK, no respondiendo esto a la realidad. Los perjudicados, confiados por los pagos de los intereses supuestamente contratados con Citibank, continuaron interesados en contratar con el acusado.

El acusado perpetró actos similares, y siguiendo el mismo procedimiento, en fechas posteriores que se van reseñando en el *factum* de la sentencia recurrida, actos que serán examinados en el cuerpo de esta resolución, generando un perjuicio total a los acusados cifrados en el fallo en 128.867,48 euros.

En todas las reuniones y negociaciones se encontraba presente tanto Patricio como su esposa Reyes casados en régimen de sociedad de gananciales.

**3.** Contra la referida sentencia recurrió en casación la defensa del acusado, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal.

**PRIMERO. 1.** En el *primer motivo* invoca la defensa, por la vía procesal de los arts. 852 de la LECrim, y 5.4 de la LOPJ, la infracción del art. 24.2 de la Constitución, al considerar que no han quedado acreditados los elementos que configuran el delito de estafa, ya que no hubo engaño sino un préstamo de dinero a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., préstamo al que finalmente no se pudo hacer frente, resultando impagado, por lo que se presentó la reclamación por vía civil, con anterioridad a la denuncia que da origen al presente procedimiento.

Señala la parte recurrente como hecho destacable que el 27 de marzo de 2007, D. Melchor, en nombre y representación de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., suscribe dos contratos, uno con su hermano D. Patricio, y otro con su cuñada Dña. Reyes. Según consta en los documentos quien recibe el dinero es la propia sociedad mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., comprometiéndose a devolverlo en determinado plazo de tiempo, con una remuneración ciertamente elevada (folios 19 y 20).

Aduce después la parte que la prueba pone de manifiesto que no existió engaño previo, antecedente y suficiente a la hora de formalizar los contratos (folios 19, 20, 28 y 30). Y hace hincapié en que en los contratos suscritos D. Melchor comparece en nombre y representación de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., de la que ostenta dicho cargo y facultad representativa. Según consta en los documentos, quien recibe el dinero es la propia sociedad mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., comprometiéndose a devolverlo en determinado plazo de tiempo, con una remuneración ciertamente elevada.



La entrega del dinero figura documentada en los folios 21, 29, 231 y 232, mediante copia de los cheques nominativos a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L.

La remuneración pactada fue abonada a los denunciantes por la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., mediante transferencia mensual, tal y como consta en los resguardos aportados a la causa por los denunciantes y que constan en los folios 221 a 237, y en los que aparece el nombre de la mercantil tanto en la identificación del "ordenante" de la transferencia, como en los datos de "por cuenta de" quien efectúa dicha transferencia.

Prosigue diciendo la defensa que el 21 de febrero de 2009, y ante las dificultades económicas de la mercantil, D. Melchor suscribe un documento, que al margen de suponer claramente la aceptación por parte del acusado de la procedencia de la obligación de devolver el dinero recibido, lo cierto es que dicho reconocimiento de deuda lo hace D. Melchor especificando haber recibido a título personal y en nombre de Avi Agentes Financieros El Campello S.L., determinadas cantidades de dinero, sin que la entidad Citibank aparezca como receptora de importe alguno. Este documento consta aportado al procedimiento por la representación de los denunciantes D. Patricio y Dña. Reyes (folio 97).

Según la parte recurrente, la inexistencia de engaño y de simulación alguna se acredita por las propias reclamaciones judiciales de cantidad formuladas por D. Patricio y Dña. Reyes frente a D. Melchor como consecuencia del impago, reclamaciones que fueron tramitadas como proceso monitorio 2345/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Alicante, del que derivó el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 1195/2010; y el proceso monitorio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alicante, ahora procedimiento sobre Ejecución de Títulos Judiciales 1653/2011 (folios 25, 26, 27, 46, 47, 48 y 49).

De forma que la obligada a la devolución era la sociedad Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., por una parte, y D. Melchor por otra, tal y como conocían y entendían D. Patricio y Dña. Reyes, como se comprueba por las reclamaciones efectuadas por ellos mismos ante los juzgados civiles.

Por tanto, concluye alegando el recurrente, la documental referida pone de manifiesto, que él no orquestó ningún ardid o engaño con la intención de hacer creer a su hermano D. Patricio, ni a su cuñada Dña. Martina, que estaban realizando un depósito bancario con Citibank, sino todo lo contrario, queda patente que el dinero se entregó a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., que los datos de ésta son los que figuran en los recibos de la transferencias, que D. Melchor suscribe reconocimiento de deuda cuando su situación económica se torna nefasta, viéndose impedido para devolver el dinero que se le había prestado y los intereses correspondientes, frente a lo cual su hermano D. Patricio y su cuñada Dña. Martina formulan legítimamente demandas civiles en reclamación de cantidad.

**2.** Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTs 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras).

Pues bien, frente a la versión exculpatoria que acaba de referir la parte recurrente, argumenta la Sala de instancia en el fundamento segundo de la resolución recurrida que ambos querellantes, Reyes y Patricio, hermano del acusado y esposo de aquélla, han declarado con total rotundidad y firmeza que las negociaciones con el acusado para formalizar las operaciones reflejadas en el apartado de hechos probados fueron realizadas conjuntamente por ambos, esto es, tanto por Patricio como por Reyes. Y explicaron en la vista oral que el acusado les dijo a los dos cuando contrataron que eran productos financieros de Citibank, a un plazo fijo y con las garantías del Banco de España. Y precisaron también que llegó a enseñarles la escritura de poderes del Citibank.

Por todo ello, afirmaron que estaban plenamente convencidos de que habían contratado con Citibank. Y si bien al principio cobraron los intereses pactados, cuando dejó de pagar el acusado y le pidieron explicaciones, les dio largas, aduciendo que todo obedecía a problemas del Citibank y que él iba a reclamar directamente, con lo cual ellos ya no se pusieron en contacto con la entidad bancaria.

Los querellantes manifestaron también, según refiere la Audiencia, que tardaron en darse cuenta de la situación debido a que Citibank no tenía oficinas en Alicante, pero descubrieron el engaño a través de un cuñado que también resultó afectado y que se desplazó a Madrid donde en Citibank les dijeron que habían sido engañados.





Precisaron los dos testigos denunciadores que, tras darles el acusado muchas largas, al final les reconoció todo, diciéndoles que nunca sabrían donde estaba su dinero.

En cuanto a la razón por la que los cheques iban a nombre de Agentes Financieros El Campello S.L., los querellantes manifestaron que se hizo así por indicación del acusado. Ellos le sugirieron abrir directamente una cuenta en Citibank y el acusado les respondió que no, pues esa opción impediría el cobro de sus comisiones. Por ello no les extrañó que el recibo de pago de intereses fuese también a nombre de Avi Agentes Financieros El Campello S.L., ni tampoco el contenido del reconocimiento de deuda que suscribió el acusado en el año 2009 obrante al folio 97 de la causa.

La Audiencia incidió también en que la versión de los perjudicados viene avalada por la documental que se acompaña con la querrela -folios 19 y ss. del Tomo I-, en donde consta que el acusado confeccionó como instrumento o medio para perpetrar el engaño unos contratos mercantiles que no se ajustaban a la realidad, a los que denominó "contrato de depósito remunerado". Se atribuyó la cualidad de agente financiero de Citibank, a pesar de ser conocedor que le había sido revocada en diciembre de 2003, y mediante los contratos, con un clausulado similar al bancario, les indujo a creer tanto por los membretes como por los sellos del Citibank que figuraban en ellos que se encontraban garantizados por esa entidad y que el dinero se hallaba depositado en ese banco, circunstancias que realmente no eran ciertas.

3. Por consiguiente, tanto la prueba testifical que se acaba de reseñar como la documentación que la avala evidencian que la Audiencia dispuso de una prueba de cargo sólida, plural y rica en contenido incriminatorio, que, confirmando el juicio de la Audiencia, ha de considerarse holgadamente suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

El motivo no puede, pues, prosperar.

**SEGUNDO . 1.** El **motivo segundo** lo dedica la defensa, bajo la cobertura procesal del número 1º del artículo 849 de la LECrim , a denunciar la indebida aplicación de los artículos 248.1 , 249 y 74 del Código Penal , al entender que no concurren los elementos del **delito de estafa** , dado que el acusado, tanto en nombre propio como en representación de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., tuvo siempre el propósito de cumplir sus obligaciones contractuales con su hermano D. Patricio y su cuñada Dña. Reyes , cuestionando también que concorra la continuidad delictiva.

Tras consignar alguna jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de estafa mediante contrato criminalizado, muestra la defensa su discrepancia de que en este caso el acusado actuara con la intención de incumplir en todo momento lo convenido con los querellantes, alegando al respecto que esa inferencia no es lo que se desprende de la prueba documental.

Para fundamentar su tesis exculpatoria alega, en primer lugar, que en los dos primeros contratos que estipuló, el 27 de marzo de 2007, uno con cada uno de los cónyuges denunciadores, el acusado los suscribió actuando en nombre y representación de la entidad Avi agentes Financieros El Campello, S.L., pues, según consta en los documentos, quien recibe el dinero es esa misma sociedad, comprometiéndose a devolverlo en determinado plazo de tiempo, con una remuneración ciertamente elevada (Folio 19 y 20).

Desde la firma de dichos documentos, la remuneración pactada fue abonada por la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., mediante transferencia mensual, tal y como consta en los resguardos aportados a la causa por los denunciadores y que constan en los folios 221 a 237.

Señala igualmente la defensa que el 15 de noviembre de 2007 el acusado suscribió contrato de préstamo de 40.000 €, cantidad que entrega mediante dos cheques a nombre de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., por importe de 10.000 € y 15.000 €, y la cantidad de 15.000 € en efectivo, pactando un plazo de 12 meses con una remuneración mensual de 11,10% mensual (folios 28 y 29). En virtud de este contrato, los denunciadores reciben las correspondientes transferencias el 15/12/2007, 15/01/2008, 15/02/2008, 25/03/2008, 31/03/2008 y 15/04/2008, 08/09/2008.

También reseña la parte recurrente el contrato suscrito por Dña. Reyes , en fecha 27/03/2007, en el que se acordaba el préstamo de 40.000 €, por plazo de 12 meses, con una remuneración 9,00% mensual, especificando igualmente las transferencias remitidas a favor de aquélla.

Una vez cumplidos los 12 meses pactados, se suscribió la renovación en fecha 27/03/2008, por otro plazo de 12 meses, negociando una remuneración mayor: 11,15% mensual (folio 30).

A continuación señala que la situación económica de D. Melchor y de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., se tornó nefasta, viéndose impedido para devolver el dinero que se le había prestado, motivo por el que D. Melchor , suscribe reconocimiento de deuda en fecha 21 de febrero de 2009 (folio 97).



Tras la firma por el acusado del referido reconocimiento de deuda, en fecha de 25 de mayo de 2009 se realizó una transferencia por importe de 2.500 € y en fecha 5 de agosto siguiente se realiza transferencia por importe de 3.500 €, ambas efectuadas por la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L.

Por otro lado, entiende la parte recurrente que a través de la prueba documental queda evidenciado que tanto D. Patricio como Dña. Reyes eran sobradamente conocedores de que el dinero era prestado a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., no solo por los motivos expuestos hasta el momento, sino también por la circunstancia de que negociaron la remuneración del préstamo, incrementándola pese a que era la misma cantidad y por el mismo tiempo, así como la circunstancia de la flexibilidad en la fecha en que se producen las transferencias, ya que carecen de la puntualidad propia de si se realizaran por una entidad bancaria.

A continuación cita la defensa alguna jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de autoprotección o autotutela de las víctimas de los delitos de estafa como supuesto de falta de diligencia de los perjudicados y de exclusión por tanto de la existencia de engaño, al romperse el nexo propio de la imputación objetiva por inobservancia de los deberes de autotutela primaria.

Esta doctrina la considera aplicable en este caso a los denunciante, ya que según el recurrente eran plenamente conscientes de que el dinero lo entregaban en préstamo a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., y no a la entidad CITIBANK, pues no existe ninguna otra referencia a dicha entidad, ni en los propios cheques mediante los que se hace entrega del dinero, ni en las transferencias recibidas en la cuenta de D. Patricio y Dña. Reyes, las cuales se reciben por orden de Avi Agentes Financieros El Campello S.L., desde el comienzo, incluso decidiendo D. Patricio prestar una nueva cantidad y Dña. Reyes renovar con nuevos intereses cuando vence el que había suscrito.

Acto seguido, cuestiona la defensa que concurren los elementos propios del delito continuado, alegando para ello que en este caso el error es uno solo y no hay sucesivas acciones iguales pero diferenciables y separadas, ni hay un renacimiento del dolo criminal en cada una de ellas, sino sólo un plan criminal, con un único dolo inicial mantenido que provoca el error en el destinatario, quien desenvuelve su perjudicial disposición mediante sucesivas entregas. Hay, pues, según la parte recurrente, una sola estafa y una sola defraudación ejecutada por sucesivas disposiciones realizadas en virtud de un solo estado de error.

2. Las alegaciones del recurrente relativas a la falta de tipicidad de su conducta carecen de toda base argumental y procuran en todo momento apartarse de la narración fáctica de la sentencia recurrida, con la mirada puesta en excluir un comportamiento fraudulento, objetivo que no consigue debido a que el fraude se muestra en todo momento con una claridad meridiana en todos los aspectos debido al testimonio de las dos víctimas y a los datos objetivos en que se sustenta.

En efecto, en primer lugar hay que destacar el hecho de que el acusado utilizara para formalizar los contratos de "depósito remunerado" unos impresos en los que figura en todos ellos el membrete y el sello de la entidad Citibank, firmando además el acusado encima de un sello en el que consta su condición de "agente de Citibank España PP". En el encabezamiento consigna incluso que su número de agente de Citibank es el NUM000.

Tales documentos constituyen un indicio de una consistencia y un peso incuestionable a la hora de avalar la versión de los perjudicados, habida cuenta que toda la formalización y la parafernalia de los contratos evidencian que el acusado actuaba, en efecto, con la apariencia de que detrás de su labor de agente financiero estaba una gran empresa que respondía de la devolución del capital invertido por los denunciante y de los correspondientes intereses. El dato de que en los contratos consignara que intervenía en nombre y representación de Avi Agentes Financieros El Campello S.L., no excluye que también aparentara que lo hacía en su condición de agente financiero de Citibank, nº NUM000, al plasmarlo en el encabezamiento y junto a la firma de los contratos. Máxime si se atiende a las explicaciones que les dio a los denunciante cuando éstos observaron la intervención de Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., en la recepción de los cheques y en los abonos de los intereses.

En el mismo sentido debe resaltarse el hecho de que el acusado en una primera fase abonara a las víctimas los intereses estipulados, ardid que le sirvió para conseguir que sus dos familiares prosiguieran invirtiendo en esa clase de depósitos que producían en apariencia unos intereses notablemente superiores a los que podían conseguir en otras entidades bancarias.

Las alegaciones exculpatorias que recoge en su recurso el acusado, centradas en sostener que las víctimas conocían que el acusado no actuaba en nombre de Citibank sino de la empresa Avi Agentes Financieros El Campello, S.L., para lo cual se aduce que el dinero lo ingresaban los denunciante en esa empresa y era también la misma entidad la que les transfería después los intereses que cobraban los depositante, forma parte de toda la trama planificada por el recurrente. Pues al ser su único objetivo quedarse con el dinero de sus familiares directos, y dado que su actuación no tenía nada que ver con la entidad Citibank, resultaba



imprescindible recibir los depósitos dinerarios a través de otra empresa que controlara personalmente, operando con ella también para abonar los intereses a los dos perjudicados. Esa empresa era la referida Avi Agentes Financieros El Campello.

Tal argucia es claro que generó la extrañeza y la suspicacia en los denunciados, toda vez que, según declararon en la causa, le advirtieron al acusado sobre la anomalía de que el dinero no lo ingresaran en Citibank y sí en otra empresa, que era también la que les acababa abonando a ellos los intereses.

Para tranquilizar a los denunciados y disipar sus recelos y desconfianza los convenció de que solo actuando él directamente como intermediario podía conseguir un interés como el que les estaba proporcionando y obtener también las correspondientes comisiones.

El recurrente siguió con su plan hasta que, una vez que comenzó a incumplir los plazos y a no abonar el principal ni los intereses del dinero depositado, no le quedó más remedio que reconocer la imposibilidad de devolver el dinero, comenzando a hablar de que se hallaba en una situación económica nefasta.

3. Tal como se ha expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que estructuran el **delito continuado de estafa**, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia ( SSTS 220/2010, de 16-2 ; 752/2011, de 26-7 ; y 465/2012, de 1-6 ), son los siguientes: **1)** La utilización de un **engaño previobastante**, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (*primer juicio de imputación objetiva*); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. **2)** El engaño ha de desencadenar el **error** del sujeto pasivo de la acción. **3)** Debe darse también un **acto de disposición** patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. **4)** La conducta engañosa ha de ser ejecutada con **dolo y ánimo de lucro**. **5)** De ella tiene que derivarse un **perjuicio** para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (*nexo causal o naturalístico*) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (*relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva*).

Pues bien, en el caso que se juzga resulta incuestionable que el acusado actuó con un engaño *precedente* que operó como factor desencadenante y causal del desplazamiento patrimonial por parte de los dos sujetos pasivos de la acción delictiva en perjuicio de los mismos, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la conducta del recurrente.

Tampoco es cuestionable aquí que el acusado actuó mediante un ardid o señuelo *bastante* para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

Todos esos requisitos se dieron en la conducta del acusado, según puede percibirse al ponderar la documentación de que se valió para aparentar que estaba actuando como un agente financiero de una gran empresa (Citibank), contingencia que se simulaba mediante un impreso auténtico de la entidad, aderezado de todos los formalismos de una operación normal, por lo que se está sin duda ante una argucia o embuste *bastante*, por su idoneidad y suficiencia para conseguir que los denunciados resultaran engañados e incurrieran en un error que determinó la entrega del dinero en perjuicio propio y beneficio correlativo del acusado.

La parte recurrente alega que los propietarios del dinero actuaron con falta de diligencia al no haber adoptado las medidas de autoprotección o de autotutela del propio patrimonio, al no comprobar las circunstancias que se daban en los contratos de depósito de dinero con el fin de evitar el error, por lo que no podría hablarse de engaño *bastante*.

Se acude así, una vez más, al argumento de la falta de autoprotección de la víctima como factor determinante del resultado defraudatorio, argumento que ya se ha convertido en un *latiguillo* que se utiliza habitualmente para revertir el protagonismo de los hechos y transformar a la víctima de los delitos de estafa en sujeto auto-responsable de la pérdida del patrimonio por su propia torpeza o falta de agudeza.





Sin embargo, ello no es lo que aquí sucede, dado el instrumental documental de que se valió el acusado para engatusar a los denunciados y la dinámica sagaz con la que fue desarrollando su plan defraudatorio, a lo que ha de sumarse la relación familiar directa que tienen las víctimas con el acusado, circunstancia personal que generaba una confianza que contribuía a incrementar el ya de por sí relevante grado de intensidad de la maniobra fraudulenta del ahora impugnante.

Así pues, y como ha recordado esta Sala en otras ocasiones (STS 837/2915, de 26 de noviembre), el riesgo típico dolosamente generado por el acusado en el patrimonio de los denunciados, que se halla comprendido en el caso dentro del ámbito de la protección de la norma penal, se materializó en el resultado, habida cuenta que mediante su conducta engañó a los titulares del patrimonio y consiguió que lo pusieran a su disposición. Ello significa que también concurren los requisitos del segundo juicio de imputación, al ser el riesgo típico dolosamente generado por el acusado el que se materializó en el resultado delictivo mediante un desplazamiento patrimonial que perjudicó a las víctimas y produjo al mismo tiempo un beneficio correlativo para el acusado.

Siendo así, concurren en el caso todos los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, dado que el acusado engañó a los esposos con el señuelo de que entregando un dinero en depósito conseguirían unos considerables intereses, siendo lo cierto que ello constituía una mera artimaña para desposeerles de una importante suma de dinero sin obtener nada a cambio, dinero que obtuvo el acusado con un incuestionable ánimo de lucro.

4. Por último, en lo que concierne a la continuidad delictiva, las objeciones de la parte recurrente orientadas a impedir la aplicación de esa modalidad delictiva carecen de una base razonable, pues no se necesita abundar en excesivos argumentos para constatar que la conducta del acusado no aparece estructurada en una unidad natural de acción, sino en varias acciones fraudulentas realizadas en distintas fechas y por diferentes sumas dinerarias que han de ser concebidas como unidades típicas del delito de estafa, pero que, atendiendo a su componente subjetivo y a su encadenamiento espacio/temporal, deben ser integradas en la unidad jurídica de acción propia del delito continuado ( art. 74 del C. Penal ).

Cuando la parte recurrente arguye que se está ante un único delito sin continuidad delictiva por concurrir un plan criminal con un único dolo inicial mantenido en el tiempo, está admitiendo realmente un supuesto de delito continuado, toda vez que la ejecución de un plan preconcebido fragmentado en una pluralidad de actos que se van espaciando en el tiempo es lo que constituye precisamente la estructuración subjetiva y objetiva del delito continuado, cuya aplicación debe pues ratificarse.

El motivo por tanto no puede prosperar.

**TERCERO . 1.** En el *tercer motivo* , al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la LECrim , se denuncia la indebida aplicación de los arts. 250.1.6º , 250.1.7º y 74 del Código Penal .

La defensa del acusado, después de transcribir las fechas en que los denunciados fueron entregando las sumas correspondientes a los diferentes depósitos de dinero, argumenta que se está ante un supuesto en que las distintas cuantías defraudadas resultan individualmente insuficientes para alcanzar la suma de los 50.000 euros que requiere el art. 250.6.1 para apreciar conjuntamente el delito continuado y el subtipo agravado de cuantía, según se reseña en el Pleno de esta Sala celebrado el 30 de octubre de 2007, en el que se tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250. 1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 €, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP .

El recurrente cita sobre el particular la STS 950/2007, de 13 de noviembre , que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especialidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el art. 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del art. 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial. La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el art. 74.2 CP . De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73.-€, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del art. 249, o en su caso la correspondiente a la falta.



Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del art. 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al art. 250.1.6º, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al art. 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión (...)

En vista de lo cual, considera la parte que habría que aplicar el art. 250.1 del C. Penal en toda su extensión, y no en la mitad superior correspondiente al delito continuado, que no podría operar punitivamente en este caso, una vez que la suma total del perjuicio, 128.000 euros, ya habría exasperado una pena que no puede incrementarse de nuevo al no concurrir episodios individuales que cumplimenten la cuantía agravatoria del art. 250.1.6º (redacción anterior a la reforma de 2010).

Por otro lado, considera la defensa que también se ha producido en la sentencia que se recurre una aplicación errónea del subtipo agravado del nº 7 del artículo 250.1 del Código Penal (redacción anterior a la reforma de 2010), que supone una vulneración del principio *non bis in ídem*. Y ello porque cuando se quiere activar el subtipo de abuso de relaciones personales esta situación debe ser algo diferente y distinto so pena de valorar dos veces una misma situación, lo que supondrá un *bis in ídem*. Por tanto, si las relaciones existentes entre víctima y defraudador se toman en consideración para afirmar el injusto típico como engaño antecedente, causante y bastante, no podrá apreciarse esta situación para la aplicación del subtipo agravado".

Alega la parte que esa situación o doble valoración es lo que se produce en la sentencia que se recurre, dado que concreta el engaño antecedente, causante y bastante en el hecho de "la relación de parentesco y confianza de su hermano D. Patricio y la esposa de éste Dña. Reyes " y luego se vuelve a tener en cuenta, el hecho de que "las víctimas eran hermano y cuñada del acusado" para aplicar el subtipo agravado.

**2. Las tesis impugnativas que se formulan en este motivo por la parte recurrente *no pueden prosperar* ninguna de ellas.**

En primer lugar, en lo que atañe a la infracción del principio *non bis in ídem* por aplicar conjuntamente la agravación de cuantía del art. 250.1.5º del C. Penal (en el momento de los hechos era el art. 250.1.6º) y la exasperación punitiva del delito continuado, es correcta la jurisprudencia que cita en sus alegaciones la defensa, pero no lo es en cambio su aplicación al caso concreto.

En efecto, tal como se plasma en la sentencia recurrida, el primer episodio del delito continuado de estafa, consistente en que cada uno de los denunciados suscribe un contrato de depósito remunerado en la misma fecha del 27 de marzo de 2007 por 40.000 euros en su condición de cónyuges casados, le asiste la razón al Tribunal de instancia cuando arguye que se está ante una defraudación por la cuantía de 80.000 euros, que supera así los 50.000 que requiere el tipo penal.

Ello obedece, aunque el Tribunal de instancia no llegue a especificarlo en su sentencia, a que se está ante una unidad natural de acción, al actuar los dos denunciados en representación de la sociedad de gananciales, obligándose por tanto ambos a que su sociedad matrimonial responda del desembolso que están haciendo por la suma total de 80.000 euros en una misma fecha y en unidad de acto, desembolso al que han sido inducidos fraudulentamente por el acusado, que realiza así su conducta ilícita en unidad natural de acción. De modo que no puede hablarse de dos entregas de dinero separadas en su ejecución y responsabilidad, sino de una entrega de dinero por la misma sociedad de gananciales interviniendo cada uno de los cónyuges para suscribir el depósito remunerado y entregar los cheques correspondientes, dinero del que responden en su totalidad ambos a través de la sociedad matrimonial ganancial.

Esa entrega de dinero, insistimos, es realizada jurídicamente en ese acto inducidos por la conducta fraudulenta del acusado, que en esa fecha de 27 de marzo de 2007 está ejecutando por tanto una conducta en unidad natural de acción, al convencer a ambos cónyuges para que le suscriban en esa misma fecha unos contratos que obligan conjuntamente a ambos como integrantes de la sociedad ganancial.

De otra parte, la pena en su mitad superior también resulta obligada por haberse apreciado el art. 250.1.6º del C. Penal : abuso de las relaciones personales existentes entre las víctimas y el victimario, pues, en contra de lo que se alega en el escrito de recurso, no concurre en este caso un supuesto de *bis in ídem*, como dice la parte recurrente. La tesis que sostiene la defensa, centrada en que la relación familiar ha sido ya tenida en cuenta para que se activara el engaño, lo que impediría su aplicación para imponer el subtipo agravado, nos llevaría a que no pudiera aplicarse en ningún supuesto la agravación del art. 250.1.6º del C. Penal .

En efecto, si el abuso de las relaciones personales debe operar en cualquier caso como supuesto de intensificación del engaño siempre concurriría, según la parte recurrente, un *bis in ídem*, cosa que no es cierta,



ya que esa intensificación es la que permite precisamente operar con el escalón superior del subtipo agravado. Así se explica que la jurisprudencia de esta Sala venga distinguiendo en estos casos una relación personal entre el autor y la víctima previa a la conducta delictiva distinta a la relación jurídica que integra la base fáctica del tipo penal. El quebrantamiento de esa relación personal previa, en nuestro caso familiar, es lo que determina la existencia de un plus de desvalor en la conducta del acusado que legitima la aplicación del subtipo agravado. De ahí que la jurisprudencia considere que la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 6 del artículo 250 del Código Penal debe reservarse para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica se realice la acción desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente (STSS 2232/2001, de 22-11; 368/2007, de 9-5; 547/2010, de 2-6; y 349/2016, de 25-4, entre otras).

En diferentes sentencias de esta Sala se ha aplicado el supuesto del abuso de las relaciones familiares para fundamentar la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal ( SSTS 950/2007, de 13-11 ; 410/2006, de 5-4 ; y 142/2003, de 5-2 , entre otras). La sentencia 677/2002, de 5 de abril , aplica el subtipo agravado en virtud precisamente de la existencia de una relación familiar de cuñados, como sucede en el supuesto que ahora se juzga.

Por lo demás, las sentencias que se citan en el escrito de recurso (343/2014 y 658/2014 ) poco o nada tienen que ver con la cuestión específica que aquí se dirime.

Por último, tampoco la pena de cuatro años de prisión sería incorrecta en el caso de que no se estime que el episodio de 27 de marzo de 2007 no es una unidad natural de acción. Y ello porque, al concurrir en el caso un concurso medial de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y de estafa, lo razonable es imponer una pena en su mitad superior para no aplicar en un concurso medial una pena inferior a la del concurso ideal.

Así las cosas, y por todo lo que se ha venido argumentando, la pena impuesta en la sentencia impugnada no sólo no vulnera el *non bis in ídem* sino que ha de entenderse que es inferior a la que legalmente correspondía aplicar al caso concreto. Y ello porque para calcular la pena del delito de estafa debe partirse de que, a tenor de lo razonado *supra* , concurren los subtipos agravados del art. 250.1.5º y 6º (6º y 7º, en el CP vigente en el momento de los hechos). A ello ha de sumarse el incremento propio de la continuidad delictiva (mitad superior de la horquilla penal de 3 años y medio a 6 años de prisión), y por último ha de computarse la agravación propia del concurso medial del delito continuado de falsedad en documento mercantil con el delito de estafa, que es el más grave, incremento que, en principio, no debiera ser inferior al de un concurso ideal.

Siendo así, el motivo se desestima.

**CUARTO . 1. El motivo cuarto** , planteado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , lo dedica la parte a impugnar la aplicación de los arts. 392 y 390.2 del Código Penal .

Tras consignar los elementos del **delito de falsedad** que viene exigiendo la jurisprudencia de esta Sala, alega la parte que en este caso no concurren los requisitos del delito de falsedad en documento mercantil, ya que a través de la prueba documental se pone de manifiesto que no existió por parte del acusado una conciencia o voluntad en alterar la realidad.

La razón de ello, según la defensa, se centra en que los contratos suscritos por el acusado lo han sido en nombre y representación de la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., siendo la propia sociedad mercantil la que recibe el dinero, al mismo tiempo que se compromete a devolverlo en determinado plazo de tiempo, con una remuneración ciertamente elevada. De modo que la finalidad perseguida por el agente es inocua o carece de toda capacidad lesiva, toda vez que queda patente, por la propia prueba documental, que D. Patricio y Dña. Reyes eran conocedores de que el dinero lo estaban entregando a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L., sin que la mención a la entidad de Citibank realizada en el documento tuviera influencia ni alterara la realidad del negocio suscrito.

**2.** La tesis que mantiene aquí la parte recurrente, centrada en que el acusado actuó sin **dolo falsario** , es claro que no puede acogerse, exclusión que se deriva con claridad de lo que se ha expuesto en los fundamentos precedentes de esta resolución.

El argumento desestimatorio del recurso es de fácil elaboración, dada la concepción del dolo falsario que viene sosteniendo la jurisprudencia. Esta Sala establece al respecto que el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que trastoca la realidad. El dolo falsario se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue o no a causarse. La voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto,



implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es ( SSTS. 1235/2004, de 25-10 ; 900/2006, de 22-9 ; 1015/2009 de 28-10 ; y 476/2016, de 2-6 ).

Pues bien, al examinar el factum de la sentencia recurrida y su motivación ya dimos cuenta, con ocasión de dilucidar la observancia de la presunción de inocencia y la tipicidad de la conducta del acusado, que éste utilizó impresos auténticos de la entidad Citibank para aparentar que actuaba como agente financiero de la misma. Y en esos impresos dejó constancia en su encabezamiento y en la firma de que actuaba en la condición de agente financiero de Citibank España S.A., y que tenía el nº NUM000 , especificando también al pie de los documentos que actuaba "P.P." de esa sociedad.

Así las cosas, es muy difícil sostener a estas alturas del proceso, es decir, ya en la fase de casación, que el acusado actuaba sin conocimiento y voluntad al realizar su actuación falsaria. Tal como dijimos en los fundamentos primero y segundo de esta sentencia, el acusado se hizo pasar espuriamente ante los denunciados como un agente financiero de la referida entidad, circunstancia que, lógicamente, los perjudicados consideraron relevante para formalizar y suscribir la operación, al verse respaldados en su inversión por una firma de solvencia y prestigio.

Todos los argumentos de la parte recurrente deben pues ser vistos y apreciados como pura retórica que se aparta de la realidad subyacente al proceso, al intentar defender una tesis excluyente del elemento subjetivo del delito con respecto a una conducta que irradia dolo en todas sus facetas: la medial (falsedad) y la final (estafa).

Así pues, el motivo resulta inviable.

**QUINTO . 1.** Bajo el **ordinal quinto** , y al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la LECrim , invoca la defensa infracción de ley por aplicación indebida del art. 268 del Código Penal , al considerar que no resulta aplicable la **excusa absolutoria** dado que el dinero provenía de la sociedad ganancial formada por el hermano del acusado y por su cuñada.

Señala la parte que la sentencia que se recurre considera que la excusa absolutoria no resulta aplicable en el caso que nos ocupa debido a que se ha considerado probado que la cuñada del acusado estuvo presente en todas las negociaciones y operaciones reflejadas en la causa y a que el dinero provenía de la sociedad ganancial formada por el hermano del acusado y por su cuñada.

Alega también la defensa que los bienes gananciales se configuran como una masa de bienes y derechos caracterizados por ser una comunidad de tipo germánico en la que ambos cónyuges son los titulares. De esta forma, y mientras se liquida, ambos cónyuges podrán usar los bienes gananciales; en caso de discrepancia podrán pedir medidas de administración y disposición de los mismos.

Y después, citando la sentencia de esta Sala 334/2003, de 5 de marzo , expone el recurrente que la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente Código Penal , equivalente al art. 564 del anterior Código Penal , se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema "per se" dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados.

**2.** En la sentencia recurrida se argumenta para no aplicar la excusa absolutoria que el dinero defraudado provenía de la sociedad ganancial formada por el hermano del acusado y por su cuñada. El dinero por tanto, con la condición jurídica de ganancial, pertenecía a un "extraneus" o persona ajena a la excusa absolutoria, que solo sería aplicable cuando el dinero defraudado fuera privativo del hermano, pero no cuando es de titularidad compartida con la cuñada, una extraña al círculo familiar y de convivencia acotado por el artículo 268 del CP , ya que es un afín de segundo grado.

Para refutar el argumento de la sentencia recurrida acude la defensa del acusado a la cita de una sentencia que, como ya ha sucedido en algún otro apartado del recurso, trata de un supuesto totalmente distinto al que ahora nos ocupa. Pues la sentencia citada (nº 334/2003 ) examina una estafa entre dos cónyuges cuya acción engañosa se produce cuando el matrimonio ya se había reconciliado y reanudado incluso la convivencia hacía ya tiempo, por lo que, a petición incluso del Ministerio Fiscal, se dicta un nuevo fallo absolutorio.

El supuesto por tanto es sustancialmente diferente al que aquí se examina, por lo que la cita está fuera de lugar y en nada contradice o contrarresta el razonamiento de la sentencia ahora recurrida. Debe, pues, mantenerse





la tesis de la Audiencia cuando afirma que al ser cometida la estafa contra la cuñada del acusado, la víctima se ubica fuera del círculo exculpatorio del art. 268 del C. Penal, precepto que no puede operar cuando se menoscaba penalmente el patrimonio de una sociedad de gananciales en la que uno de sus integrantes no queda comprendido dentro del marco de la excusa absolutoria.

El motivo, en consecuencia, resulta inatendible.

**SEXTO . 1.** En el **motivo sexto**, con cita procesal del art. 849.1º de la LECrim, se reivindica la aplicación del art. 21.6ª del Código Penal, al considerar que es de aplicación la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Arguye la parte recurrente que la presente causa tiene su origen en una denuncia interpuesta por D. Patricio y Dña. Reyes el 19 de agosto de 2011, aunque los hechos a que hacen referencia en la denuncia habrían ocurrido en el año 2007. El Juzgado de Instrucción dicta auto acordando incoar Diligencias Previas el 16 de octubre de 2011 y el 16 de noviembre siguiente presta declaración D. Melchor como denunciado. El auto de transformación del procedimiento a la fase intermedia no se dictó hasta el 18 de febrero de 2014 y el auto de apertura juicio oral el 2 de julio de 2015, señalándose la vista del juicio oral el 20 de septiembre de 2017.

Añade la defensa que la causa carece de una complejidad que justifique un plazo de tramitación tan extenso, por lo que no resulta justificada la sustanciación del presente procedimiento en 6 años aproximadamente, estimando por tanto que procede la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

**2.** La **"dilación indebida"** es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y *reaccional* -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008 ; y SSTs 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTs 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3 ).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005 ). Por lo tanto, esa pérdida de derechos derivada del menoscabo del derecho fundamental debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de



culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6 ).

Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" ( SSTS 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España ).

Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa ( SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTS 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1 ).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6<sup>a</sup> las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

**3.** Al descender ya al **caso enjuiciado** , se aprecia en primer lugar que el Tribunal de instancia rechaza la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas por no indicarse en momento alguno las razones concretas que justificarían la estimación de la atenuante pretendida, ya que el mero transcurso del tiempo sin más especificación no lo considera suficiente la Audiencia.

Pues bien, en el presente caso se está ante un procedimiento penal en cuya tramitación desde su incoación hasta la fecha de la sentencia de la Audiencia han transcurrido algo más de seis años. Este plazo no puede considerarse razonable, habida cuenta que se está ante una causa cuya tramitación no resulta en modo alguno compleja. Solo se dirige contra un acusado, los testigos son pocos, no se han practicado pruebas periciales y el grueso de las diligencias relevantes son documentos mercantiles que figuran en las actuaciones.

Siendo así, es claro que la atenuante debió de ser apreciada. Sin embargo, a tenor de lo razonado en el fundamento tercero de esta sentencia, no cabe ya reducir en el caso la pena impuesta por la Audiencia, según se consignará en la segunda sentencia.

Se estima, en consecuencia, el motivo de impugnación, lo que determina la declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 de la LECrim ).

**SÉPTIMO . 1.** En el **motivo séptimo** invoca la defensa, al amparo de lo establecido en el número 2º del artículo 849 de la LECrim , la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en la contradicción de la sentencia recurrida con documentos obrantes en la causa; concretamente, los documentos que figuran en los folios 21, 24, 25, 26, 27, 29, 43, 44, 45, 46, 48, 97, 146, 220 y siguientes (consistentes en los justificantes de los recibos de transferencias recibidas folios 221 a 237), 229, 231, 232.

En la exposición del motivo la parte recurrente reitera de nuevo todos los hechos recogidos en la sentencia recurrida, y a continuación va dando cuenta de la numerosa documentación, tanto contractual como bancaria, en la que se plasman los acuerdos entre las partes y los cheques y transferencias bancarias mediante las que se materializaron los depósitos remunerados y las transferencias acreditativas de los abonos que efectuó el acusado a los denunciados.

Tras la narración de los hechos y la referencia a los documentos que apoyan su tesis exculpatoria, acaba concluyendo la parte que la documental referida pone de relieve que el acusado no orquestó ningún ardid o engaño con la intención de hacer creer a su hermano D. Patricio , ni a su cuñada Dña. Martina , que estaban conviniendo un depósito bancario con Citibank. Más bien todo lo contrario: resultaría patente que el dinero se entregó a la mercantil Avi Agentes Financieros El Campello S.L.; que los datos identificativos de ésta son



los que figuran en los recibos de las transferencias; que el acusado suscribe un reconocimiento de deuda cuando su situación económica se torna nefasta, viéndose impedido para devolver el dinero que se le había prestado y los intereses correspondientes; y que su hermano D. Patricio y su cuñada Dña. Martina , formularon legítimamente demandas civiles en reclamación de cantidad.

2. Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( **art. 849.2º LECrim** ), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento (lo que algunas sentencias califican como la autosuficiencia o literosuficiencia del documento); es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; 207/2012, de 12-3 ; 474/2016, de 2-6 ; y 883/2016, de 23-11 , entre otras).

En este caso resulta, sin embargo, incuestionable que no se dan los requisitos procesales que requiere la jurisprudencia citada para que prospere el error de hecho con base en la prueba documental citada.

En efecto, en primer lugar se aprecia que la parte hace referencia reiterada en la redacción de los motivos que encauza por el art. 849.2º de la LECrim a documentos que por sí mismos no evidencian de forma directa y por su incuestionable e irrefutable poder demostrativo el hecho que se pretende acreditar y que no fue acogido por la Sala de instancia. Ese poder demostrativo inapelable no sólo no queda acreditado de por sí, sino que el propio hecho de que la parte acuda a otras pruebas para avalarlos y que transcriba extensos razonamientos probatorios y conjeturas en el devenir de su recurso para complementarlos, revela que no estamos ante una clase de documentos que cumplimente los parámetros que requiere el art. 849.2º de la LECrim y la jurisprudencia que lo interpreta.

Lo que hace realmente la defensa es reinterpretar y revalorar toda la prueba practicada en la instancia en un sentido contrario al acogido por el Tribunal sentenciador, con el objetivo de inclinar el resultado probatorio a su favor, metodología que nada tiene que ver con la referida norma procesal.

Por último, el material probatorio que utiliza la parte se contradice con pruebas personales y documentales utilizadas por el Tribunal sentenciador. En concreto los alegatos de la parte recurrente contradicen de pleno las declaraciones testificales de las dos víctimas. Y lo mismo debe decirse de los documentos contractuales, de los que se desprenden datos claramente falsos que desvirtúan claramente la versión de la defensa, incumpliendo así otro de los requisitos imprescindibles que requiere esta Sala de Casación para que pueda prosperar la vía procesal que implementa el recurrente.

En vista de lo cual, el motivo ha de decaer.

**OCTAVO.** A tenor de lo argumentado en los fundamentos precedentes se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( 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 PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por la representación de **Melchor** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera, de 30 de octubre de 2017 , que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada, sentencia que queda así parcialmente anulada.

**2º)** Se declaran de oficio las costas del recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde



Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 433/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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 Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

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

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 433/2018 contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera, en el Rollo de Sala 1/2016 dimanante del Procedimiento Abreviado 37/2014 del Juzgado de instrucción 6 de Alicante, seguido por delito de estafa en concurso medial con un delito de falsedad continuada en documento mercantil contra Melchor con DNI NUM001, natural de Caudete (Albacete), nacido el día NUM002 de 1964, hijo de Maximo y de Constanza; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A tenor de lo argumentado en el fundamento sexto de la sentencia de casación, procede apreciar la atenuante simple de dilaciones indebidas. Sin embargo, por las razones que se exponen en el fundamento tercero de la sentencia rescisoria, no procede reducir aquí la pena impuesta por la Audiencia, debiéndose por tanto mantener la pena asignada en la instancia.

#### FALLO

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

**1º) Modificar** la condena dictada contra Melchor por la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de octubre de 2017, en el sentido de apreciar la atenuante de **dilaciones indebidas**, sin que su apreciación tenga en este caso repercusión en la pena impuesta en la sentencia recurrida.

**2º)** Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina