



Roj: **STS 7928/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:7928**

Id Cendoj: **28079120011999102525**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/1999**

Nº de Recurso: **3292/1998**

Nº de Resolución: **1722/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Blas y Víctor , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sra. Rosique Samper y Sr. Velasco Muñoz-Cuellar, respectivamente, y como parte recurrida el Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Barcelona, incoó Diligencias Previas 2280/94, contra Blas y Víctor , por delito de apropiación indebida, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 7 de Abril de 1998 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Unico.- Que el acusado D. Blas , mayor de edad y sin antecedentes penales, era en la fecha de los hechos titular de DIRECCION000 , nombre comercial sin fomra societaria alguna, que por resolución del Subdirector General de Correos de fecha 10 de enero de 1983, fue nombrada Agencia Colaboradora nº NUM000 del Organismo Autónomo Correos y Telegráfos y que, para cumplir el requisito de concesión de Agencia Colaboradora que exige forma jurídica, se solicitó añadiendo la sociedad DIRECCION001 ., en la que figura como socio mayoritario D. Blas , realizando las operaciones mercantiles de contratación y facturación a través de otra empresa DIRECCION002 . y a partir de 1993, en connivencia con Víctor , a través de DIRECCION003 , simple nombre comercial, que desde el mes de julio de 1993 se constituiría en DIRECCION004 ., administrada por este último.- Como Agencia Colaboradora la empresa DIRECCION000 - DIRECCION001 .- estaba autorizada para franquear y recoger correspondencia. No existe contraprestación retributiva por Correos sino el llamado premio por venta. La empresa colaboradora DIRECCION000 - DIRECCION001 .- había obtenido de Correos la prerrogativa de franquear de tres formas, dos de ellas a través de máquinas de franquear y la tercera por medio del llamado franqueo concertado. DIRECCION000 - DIRECCION001 .- poseía unas máquinas que funcionaban con tarjetas previamente adquiridas a Correos y que, una vez insertadas en la máquina, permiten franquear hasta el límite máximo contratado ya que la máquina posee un mecanismo que la bloquea llegado el tope. Otras de las máquinas que poseían funcionan por un sistema de carga, es decir, se fija en el interior de la máquina el tope máximo previamente contratado en Correos que precienta la máquina. Un tercer sistema de máquina que era de sistema de franqueo concertado (la nº NUM001) fue entregada también a nombre de DIRECCION000 - DIRECCION001 .-.- En el año 1992, D. Blas , logró unos beneficios ilícitos de 13.385.792,-ptas, que es la diferencia entre lo comprado en Correos y lo franqueado o facturado, beneficios que supusieron un perjuicio para Correos que realizó los servicios postales correspondientes a esta cantidad creyendo que le habían sido pagados. Esta diferencia entre la cantidad pagada y la franqueada se alcanzó a través de manipulaciones en las máquinas de franquear depositadas a nombre de DIRECCION000 - DIRECCION001 .- en



las siguientes cantidades: Máquina 18.226 comprado 3.800.000,- ptas.- facturado 8.096.563,- ptas.- Máquina 20.656 comprado 3.400.000,- ptas.- facturado 7.056.319,- ptas.- Máquina 21.508 comprado 5.600.000,- ptas.- facturado 7.135.473,- ptas.- Máquina 24.813 comprado 0,- ptas.- facturado 866.113,- ptas.- Máquina 21.585 que figuraba a nombre de la ONCE de Cádiz (folio 59) y, por tanto, no estaba legitimada ni autorizada para ser utilizada por DIRECCION000 .- D. Blas y D. Víctor , mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 1993, actuando en mutua connivencia, y con el nombre de DIRECCION003 , constituida a mediados de julio de 1993 como DIRECCION004 . administrada por el acusado Víctor , lograron unos beneficios ilícitos de 21.509.064,- ptas., que es la diferencia entre lo comprado y lo franqueado o facturado, cantidad que se distribuye de la siguiente manera: Máquina 18.226 comprado 1.000.000,- ptas.- facturado 12.106.884,- ptas.- Máquina 20.656 comprado 600.000,- ptas.- facturado 3.996.033,- ptas.- Máquina 21.508 comprado 0,- ptas.- facturado 7.006.137,- ptas.- Los acusados han obtenido estos beneficios a través de la manipulación de las referidas máquinas franqueadoras en unos casos reutilizando tarjetas agotadas, en otros casos utilizando cartones de características similares a las tarjetas reales y en otros supuestos rompiendo los precintos originales, que en la sucursal de Correos de Cornellá, donde ellos cargaban las máquinas, eran de hierro, manipulando el topo interior máximo, allí fijado por Correos de acuerdo con lo que compraban, haciendo retroceder el mecanismo para poder volver a franquear sin pagar previamente por ello.- Asimismo, los acusados en mutua connivencia obtuvieron la suma de 14.788.674,- ptas. de beneficio irregular a través del llamado franqueo concertado que ellos determinaron en 23.109.054,- ptas. cuando constan facturas por importe de 37.897.728,- ptas.. Esta diferencia, entre el importe declarado en Correos como facturado y lo efectivamente facturado a sus clientes, la consiguieron falsificando un troquel, fotopolímero, con el troquel de España que fue entregado por D. Víctor en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y utilizando troqueles pertenecientes a otras máquinas de franquear.- Correos ha realizado un servicio público de transporte y reparto de correspondencia, sin recibir contraprestación alguna, por un valor de 49.683.430,- ptas., que es el montante del exceso de franqueo emitido a través de las referidas manipulaciones. De esta cantidad se han lucrado ambos acusados puesto que ellos percibieron el dinero de los clientes a los que facturaron por el mencionado importe". (sic)

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los acusados D. Blas y D. Víctor , en concepto de coautores de un delito de continuado de estafa, concurriendo una agravante específica como muy cualificada, precedentemente definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: Para D. Blas las penas de: A) La pena de cuatro años de prisión menor.- B) La pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Para D. Víctor las penas de: A) La pena de cuatro años de prisión menor.- B) La pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Al pago por mitad de las costas procesales y a que, por vía de responsabilidad civil, indemnizen solidariamente a Correos y Telegráfos, a través de la Abogacía del Estado, en lo defraudado, 49.683.430,- ptas.- Para el cumplimiento de la pena impuesta se declara de abono al condenado todo el tiempo que haya estado privado de libertad durante la sustanciación de la causa, siempre que no le hubiera sido de abono de otra". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Blas y Víctor , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- La representación de Víctor formalizó su recurso en base a un UNICO MOTIVO DE CASACION: Al amparo del art. 849.1º de LECrim. viene a denunciar vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La representación de Blas formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.2º de LECrim., entiende que ha existido error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO: Insiste en este motivo en el error en la apreciación de la prueba, ahora derivado de las actas realizadas por los funcionarios de Correos.

TERCERO. Se denuncia a través de este motivo la infracción de los arts. 528 y 529.7ª del C. Penal de 1973.

CUARTO: Al amparo del art. 849.1º se denuncia infracción del art. 12 del C. Penal de 1973.

QUINTO: Por infringir el art. 528 del C. Penal de 1973.

SEXTO: A través de este motivo afirma el recurrente que en el acto del juicio oral no se probó nada.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugnó; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 24 de Noviembre de 1999.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por las representaciones legales de Blas y Víctor , condenados en la sentencia de 7 de Abril de 1998 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona como autores de un delito continuado de estafa, se formalizan sendos recursos de casación que serán estudiados seguida y separadamente.

Segundo.- Recurso de Blas .

Se formaliza a través de seis motivos, y si bien en el escrito de preparación del recurso manifestó que utilizaría el de Infracción de Ley por el cauce del nº 1 del art. 849, sin especificar el número de motivos, con posterioridad, en el escrito de formalización enumera hasta seis motivos sin especificar el cauce evidenciándose una falta de rigor jurídico que no va a impedir su estudio.

Motivos Primero y Segundo, se estudian conjuntamente al ser semejantes las denuncias casacionales efectuadas. De su formalización puede deducirse que el cauce utilizado es el del nº 2 del art. 849, por error en la apreciación de la prueba.

En síntesis se denuncia en el primer motivo un error en relación "...a los documentos que obran en las Diligencias por tratarse de fotocopias....", y en relación al segundo motivo se efectúa idéntica denuncia en relación a las Actas efectuadas por los funcionarios de Correos justificando tal error en que según rezan las propias Actas, los precintos de las máquinas estaban intactos, de donde deriva el recurrente el error porque si estaban intactos los precintos no pudieron ser manipulados.

Las dos denuncias deben decaer por incurrir en la causa de inadmisión del artículo 884-4º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto de conformidad con el art. 855 se debe designar en el momento de la preparación del recurso los particulares del documento o documentos que muestren el error. Nada de eso aparece cumplido en relación al primer motivo, ya que lo único que se contiene en referencia a los documentos en base a los que se denuncia el error es la genérica expresión antes acotada, por lo que se incurre en la causa de inadmisión citada que en este momento procesal opera como causa de desestimación. Lo mismo puede decirse en relación al segundo motivo.

Solo añadir, con el fin de agotar el tema añadir que en relación a las fotocopias acudieron al juicio oral las personas que las redactaron, quienes corroboraron su contenido –Fundamento Jurídico segundo párrafo primero–, y en relación a las Actas, que las manipulaciones se acreditaron por otros medios, siendo por otra parte posible la compatibilidad de mantener los precintos intactos con la existencia de manipulaciones.

Ambos motivos deben ser desestimados.

Tercer Motivo, por el cauce del nº 1 del art. 849 por Infracción de Ley en relación a los artículos 528 y 529-7º del Código Penal del año 1973.

El recurrente alega que no hubo engaño por parte de los recurrentes que le hubiese inducido al Organismo Autónomo de Correos a dar la concesión de franqueo a los recurrentes.

El motivo no respeta los hechos probados, respeto que actúa como presupuesto para la admisión del recurso. Del relato de hechos se deriva que el engaño vertebrador de la estafa no se encontró en la concesión de Agencia Colaboradora a la entidad DIRECCION001 . de la que el recurrente es socio mayoritario, sino que el engaño se encuentra en la diferencia "...entre lo comprado en Correos y lo franqueado o facturado, beneficios que supusieron un perjuicio para Correos que realizó los servicios postales correspondientes a esa cantidad creyendo que le habían sido pagados....". Son frases del factum que el recurrente obvia interesadamente.

El motivo debe ser desestimado.

Cuarto Motivo, por el mismo cauce dirigiéndose la censura casacional a la infracción del art. 12 del Código Penal por estimar que el autor del delito sería en todo caso una persona jurídica y no el recurrente que es persona física.

La persona jurídica es una ficción del derecho que si bien quedaba extramuros del sistema de justicia penal en virtud del principio *societas delinquere non potest*, hoy empieza a estar revisado en algunos ordenamientos como ocurre en el vigente Código Penal francés. En aquellos que como el español siguen siendo tributarios del principio expuesto, se arbitran soluciones para evitar situaciones de impunidad en casos de la instrumentalización de la persona jurídica, y a tal fin se encuentra con el artículo 15 bis del Código de 1973 equivalente al actual artículo 31. En el presente caso el propio recurrente reconoce el carácter instrumental de la sociedad DIRECCION001 . que fue constituida por el recurrente como socio mayoritario con la única



finalidad de acceder a la concesión de Agencia Colaboradora y es obvio que la conducta delictiva fue realizada por el propio recurrente y así se narra en el factum y se justifica de forma cumplida en el Fundamento Jurídico cuarto.

El motivo debe ser desestimado.

Quinto Motivo, por Infracción de Ley sin especificar el cauce, alegando infracción del artículo 528 del Código Penal. Del desarrollo del motivo hay que presumir que el cauce utilizado es el nº 1 del artículo 849 que como ya se ha dicho descansa sobre el respeto a los hechos probados. Una vez más, se incumple este presupuesto por el recurrente en la media que se cuestiona el beneficio irregular a través del franqueo concertado ascendente a 14.788.674 ptas. y dicho cuestionamiento lo es meramente dialéctico, intentando sustituir por la propia e interesada versión de hechos la que efectuó la Sala tras la valoración de todo lo actuado.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto Motivo, tiene el carácter de motivo-resumen y a través de el de forma confusa y desordenada se afirma que nada se ha probado. El nuevo quebrantamiento del respeto a los hechos probados, y a ello unido la absoluta falta de datos que pudieran objetivar un error en la prueba llevan a la desestimación del motivo.

En conclusión procede el rechazo del recurso formalizado por el recurrente Salvado Roca Bueno.

Tercero.- Recurso de Víctor .

A través de un único motivo, y por el cauce del nº 1 del art. 849 LECriminal se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia por vulneración del principio in dubio pro reo.

El planteamiento resulta contradictorio en sí mismo. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia supone tanto como condenar sin pruebas de descargo. El principio in dubio pro reo es principio del sistema penal dirigido al Tribunal que ante la existencia de prueba de cargo y de descargo, si estima que aquella no es lo suficientemente contundente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y se debate en la duda, ha de optarse por la tesis de la absolución. De ello se deriva que tal principio queda extramuros del control casacional, ya que, precisamente el dictado de sentencia condenatoria supone que el Tribunal de instancia no tuvo dudas, y así se objetiva en el presente caso con solo leer la sentencia singularmente en el Fundamento Jurídico cuarto. En realidad lo que pretende el recurrente es sustituir la valoración incriminatoria efectuada por la Sala por la propia e interesada con olvido de que es el Tribunal y no la parte a quien corresponde el enjuiciamiento.

El motivo debe ser desestimado.

Cuarto.- La desestimación de los dos recursos conlleva la imposición a los recurrentes de las costas correspondientes de conformidad con el art. 901 de la LECriminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones legales de Blas y Víctor , contra la sentencia de 7 de Abril de 1998 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, con imposición a los recurrentes de las costas de los recursos correspondientes.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, recurrentes y recurrido y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.