



Roj: **STS 3330/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3330**

Id Cendoj: **28079120012019100568**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **1589/2018**

Nº de Resolución: **499/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 499/2019**

Fecha de sentencia: 23/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1589/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

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

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1589/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 499/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1589/2018 interpuesto por Simón , representado por la procuradora Dª Mª Mercedes Nasarre Jiménez, bajo la dirección letrada de Dª Mª Mercedes Octavio de Toledo Saez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 10 de abril de 2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Piedad y Jose Miguel , representados por la procuradora Dª. Yolanda Martínez Chamarro, bajo la dirección letrada de Dª. Eva Mª Parra Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza instruyó Diligencias Previas nº 278/2016 contra **Simón** por un delito de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que en la causa de Procedimiento Abreviado nº 55/2017 dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2018, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en el rollo de apelación nº 12/2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Ha quedado probado, y así se declara, que a primeros del mes de septiembre de 2015, el acusado Simón habló con sus tíos Piedad y Jose Miguel para exponerles las dificultades económicas por las que atravesaba y el problema de financiación que tenía la mercantil Esoen Business School, S.L., gestionada por él, cuyo objeto social era la enseñanza privada no reglada, sociedad que habían constituido en fecha 25 de febrero de 2014, junto con la que hasta dicho mes de septiembre había sido su esposa, Silvia , solicitándoles ayuda para poder continuar con la actividad de la misma e indicándoles que precisaría a tal fin de un préstamo de 20.000 euros, en el que también participarían sus padres, mostrando entonces los referidos tíos su conformidad.

Para iniciar los trámites necesarios a los efectos de pedir el referido préstamo, Piedad y Jose Miguel acudieron el día 17 de septiembre de 2015 al notario D. Juan Carlos Gallardo Aragón para formalizarlo, no obstante lo cual, y por indicación del acusado, dicho notario les tenía preparado un poder que, tras su lectura, firmaron la correspondiente escritura, al igual que los padres de Simón , haciéndolo tras explicarles éste por teléfono, pues no estaba en la notaría, que así evitarían tener que acudir personalmente a la formalización de cada uno de los trámites que fueran precisos, pero sólo en relación con este préstamo que habían aceptado. Aunque, según su tenor, este poder habilitaba al acusado para concertar préstamos en nombre de los poderdantes, o a garantizar, afianzar y avalar cualquier clase de obligaciones de Esoen Business School, S.L., ellos tan solo lo habían concebido en relación con un solo préstamo de 20.000 euros, que es el que habían aceptado y al que se habían comprometido, para el cual fueron requeridos unos días después por el Banco Popular para firmar una información precontractual del préstamo solicitado por el mencionado importe, el cual les fue concedido el día 29 del propio mes de septiembre de 2015.

No obstante, a pesar de haberse fijado en esos 20.000 euros el límite del préstamo, el acusado Simón , haciéndolo valer el citado poder, pero sin contar con el consentimiento, ni conocimiento, de los poderdantes, efectuó en su favor o en el de su empresa varias disposiciones dinerarias que, representando a los poderdantes, obtuvo de los bancos prestamistas, por un importe total de aproximadamente 294.000 euros. Concretamente se obtuvieron así, además de los citados 20.000 euros procedentes del Banco Popular, 21.000 euros de Kutxa Laboral, en fecha 22 de septiembre de 2015, 22.000 euros del Banco Caixa Geral, en fecha 6 de noviembre de 2015, 31.379,03 euros de Deutsche Bank, en fecha 26 de octubre de 2015, 50.000 euros de Caja Rural de Teruel, en fecha 30 de octubre de 2015, y 150.000 euros del Banco Sabadell, en fecha 27 de noviembre de 2015, figurando Piedad y Jose Miguel , al igual que los padres del acusado, como prestatarios en los tres primeros y como fiadores en los otros dos, y constando en éstos Esoen Business School como prestataria.

El dinero abonado por Kutxa Laboral, Banco Popular y Deutsche Bank fue ingresado en la cuenta particular de Simón , en la Banca March, y seguidamente fue transferido, en su mayor parte (concretamente 68.500 euros), a la cuenta que Esoen Business School tenía también en la Banca March, no constando determinado el destino de los 22.000 euros abonados por el Banco Caixa Geral. Y por otra parte, los 50.000 euros prestados por Caja Rural de Teruel se destinaron a atender el saldo negativo que Esoen Business School tenía en una cuenta de la propia entidad, mientras que en relación con los 150.000 euros prestados por del Banco Sabadell, 100.616,12 euros se destinaron a atender el saldo negativo que Esoen Business School tenía en una cuenta de crédito de la propia entidad y se canceló igualmente una deuda que por un importe de 52.030 euros había vencido con anterioridad, concretamente el 20 de agosto de 2015. En todos los casos dejaron de ingresarse de forma inmediata a la concesión de los préstamos las cuotas mensuales de amortización pactadas con los distintos bancos, siendo en el mes de enero de 2016 cuando, tras recibir llamadas de los bancos prestamistas para que abonaran cuotas impagadas, Piedad y Jose Miguel pudieron averiguar todo lo ocurrido, tras acudir a la notaría en la que se había firmado la póliza del préstamo concedido por el Banco Popular, donde fueron



informados de los préstamos de Kutxa Laboral, Banco Caixa Geral y Banco Sabadell, también formalizados allí, y yendo posteriormente a la notaría en la que habían firmado el poder, en la que les informaron de la póliza de préstamo formalizada con Deutsche Bank. >>

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Simón, como autor de un delito continuado de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses y un día a razón de una cuota diaria de 8 €, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del Código Penal para el caso de impago, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar el penado a Piedad y Jose Miguel en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, más intereses legales, según los criterios anteriormente referidos. No ha lugar a declarar la nulidad de los contratos de préstamo suscritos. >>

**TERCERO.-** La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: 1. Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2018, dictada por la secc. 6ª de la AP de Zaragoza en los autos 55/17. >>

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, 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 en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Simón

**Primero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por aplicación indebida del art. 248 CP y 250 CP.

**Segundo.-** Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 74 CP.

**Tercero.-** Por la misma vía del art. 849.1 LECrim, en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

**Cuarto.-** Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del principio de legalidad del art. 25.1 CE y art. 1 CP por imprecisión del tipo del art. 248 y 250 CP.

**Quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 31 CP.

**Sexto.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 120.3 CP.

**Séptimo.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 7.3 LOPJ y art. 238 y 240 LOPJ en relación con el art. 8 y art. 24 de la Ley 18/2011, reguladora del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia (redacción dada por Ley 42/2015).

**Octavo.-** Por infracción de ley del art. 849.2 LECrim por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

**Noveno.-** Por quebrantamiento de forma, fundada en el art. 851.1 LECrim por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia.

**Décimo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.1 y 2 CE, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

**Undécimo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 25 CE.

**Duodécimo.-** Al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 120.3 CE.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 16 de octubre de 2019.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Simón

**PRIMERO.-** Articula el recurrente doce motivos en su recurso, el 1º por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 248 y 250 CP; el 2º por infracción de ley, art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 74 CP; el 3º por la misma vía del art. 849.1 LECrim, en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE; el 4º por infracción de ley, art. 849.1 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del principio de legalidad del art. 25.1 CE y art. 1 CP por imprecisión del tipo del art. 248 y 250 CP; el 5º por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 31 CP; el 6º al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 120.3 CP; el 7º al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 7.3 LOPJ y art. 238 y 240 LOPJ en relación con el art. 8 y art. 24 de la Ley 18/2011, reguladora del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia (redacción dada por Ley 42/2015); el 8º por infracción de ley del art. 849.2 LECrim por error de hecho en la apreciación de las pruebas; el 9º por quebrantamiento de forma, fundada en el art. 851.1 LECrim por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia; el 10º infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.1 y 2 CE, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva; el 11º por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 25 CE; y el 12º al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 120.3 CE.

Por razones sistemáticas y metodológicas debe alterarse el orden de los recursos y empezar por los motivos articulados por infracción de preceptos constitucionales, en particular presunción de inocencia por cuanto su eventual prosperabilidad por ausencia de prueba de cargo conllevaría la absolución del recurrente. A continuación los motivos por quebrantamiento de forma, arts. 850 y 851 LECrim tal como se infiere del art. 901 bis a) y 901 bis b) que otorgan prioridad a aquellos motivos de los que pudiera derivarse la retroacción de las actuaciones, con anulación de la sentencia recurrida para que la Audiencia dicte nueva resolución respetuosa con los derechos del recurrente. Y finalmente los motivos por infracción de ley del art. 849, primero los que denuncian error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 en cuanto postulan modificación del relato fáctico y en este último lugar los de infracción de precepto penal sustantivo del art. 849.1 LECrim en cuanto cuestionan la adecuada subsunción de los hechos probados en aquellos tipos penales.

**SEGUNDO.-** Siendo así analizaremos, en primer lugar, el motivo décimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.1 y 2 CE, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Motivo que debe ser analizado conjuntamente con el motivo tercero que, por la inadecuada vía del art. 849.1 LECrim, denuncia la misma vulneración del principio de presunción de inocencia.

Previamente debemos resaltar - STS 417/2019, de 24 de septiembre- como la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, introdujo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales (o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) en primera instancia, previsión competencial que ya recogía la LOPJ desde la reforma por LO 19/2003, de 22 de diciembre. De tal recurso de apelación conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (o la Sala de apelación de la Audiencia Nacional).

Por ello si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino *un control de legalidad*, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de



la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación*, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación*, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

*Como segunda reflexión*, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala –SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional *cabe la revisión de los juicios de inferencia* que haya alcanzado el Jurado, pero *solo* a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 diciembre 2018, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección las SSTS 151/2014 de 4 marzo y 310/2014 de 27 marzo, recuerdan, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.



En definitiva, no podemos olvidar que el objeto del recurso de casación ya no va a estar dictado por la sentencia recaída en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver -motivar- las cuestiones planteadas sobre la corrección de la primera instancia, en especial la insuficiencia o invalidez de las pruebas y la falta de racionalidad con la que aquellas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnatorio.

**TERCERO.-** Aplicando la doctrina antecedente al caso actual la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior descarta que la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Provincial se haya basado en indicios o conjeturas, sino que se ha basado en pruebas de cargo válidamente obtenidas, destacando las declaraciones de los perjudicados, las de otros testigos como D<sup>a</sup>. Candida , directora del Banco Popular de Zaragoza; D<sup>a</sup>. Carolina , gestora de la Entidad Kutxa Laboral; D<sup>a</sup>. Celsa , empleada del Banco Pichincha. Además profusa documental, entre otras, la acreditativa a la utilización de la misma documentación ante todos los Bancos, las declaraciones de la renta de los perjudicados de los años 2013 y 2014, y sus nóminas de los meses de mayo a agosto de 2015.

También la sentencia de apelación, esto es, la dictada por el TSJ ha valorado la prueba documental consistente en los mensajes de whatsapp aportados por la defensa y que no habían sido tenidos en cuenta por el tribunal de instancia, recogiendo la doctrina de esta Sala recogida en la s. 300/2015, de 19 de mayo, en orden a que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Para concluir que el contenido de los textos no tiene entidad para desvirtuar la concurrencia del engaño, tal como razona en el fundamento jurídico quinto: "no han sido cotejados, no se ha practicado prueba pericial que pudiera acreditar la autenticidad, ni se conoce el texto completo de los mensajes que pudieran haberse intercambiado los interesados, pues lo que tenemos son "pantallazos" de algunos fragmentos de conversaciones. En absoluto, como manifiesta el apelante, se deduce el alegado error "de una prueba documental con virtualidad propia para evidenciarlo, sin necesidad de recurrir a su contraste con otros medios, ni a conjeturas, razonamientos o deducciones". De cualquier modo, la verdad es que el contenido de los textos que se nos ofrecen tampoco tendría entidad para desvirtuar la apreciación de la concurrencia del engaño, obtenida a través de otras pruebas personales y documentales. En especial, del mensaje donde el acusado dice "Oye q cuando vayais al notario aclararos q lo q firmáis son unos poderes para q yo pueda actuar en vuestro nombre en las diferentes entidades bancarias con las q abriremos líneas de liquidez", ni de los otros en los que se hace referencia a documentación (vida laboral, nóminas y carnets) que tienen que entregar en bancos diferentes del Banco Popular, podría deducirse que los perjudicados eran conocedores de las operaciones en las que se estaban involucrando. Podían ser conscientes, como dice la apelante, de los trámites que realizaban, pero no del alcance de los mismos. Es llamativo, además, que el Wasapp cuyo texto acabamos de reproducir está fechado el propio día de la firma del poder y a las 18,46 horas. Otros mensajes en los que la tía expresa su alarma y por el acusado se responde que lo pagará todo, tampoco cuadran con la versión que se nos da en el sentido de que la voluntad de los tíos era endeudarse por encima de los 20.000 euros y con la situación económica en la que se encontraba ESOEN".

Y por último -en contra de lo afirmado por el recurrente- explica en el fundamento jurídico séptimo por qué la sentencia de la Audiencia da más credibilidad a las declaraciones de los perjudicados en el juicio frente a la versión autoexculpatoria del acusado, según la cual sus tíos eran conocedores y, por tanto consentían, que fuera a pedir otros préstamos, aparte del inicial de 20.000 euros, y frente a la versión interesada que dio el testigo propuesto por la defensa D. Emiliano . Razona que comparte plenamente al resultar verosímil que aquellos no tuvieran voluntad alguna de endeudarse más allá de los 20.000 euros, que es lo que permitía su capacidad económica (sus nóminas no superaban conjuntamente los 2.000 euros mensuales) y que desconocían, por la confianza que les merecía su sobrino, que éste tenía la intención de usar el poder que firmaron en la forma en que lo hizo.

En definitiva la Sala ha formado su convicción de la testifical y documental que hemos reseñado.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas,



ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

**CUARTO.-El motivo undécimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 25 CE .**

El desarrollo del motivo en el sentido de que se está condenando al acusado por una acción (u omisión) que no conforme delito alguno, al estar criminalizando un incumplimiento civil, sin existencia de engaño precedente, es propio del motivo por infracción de ley, art. 849.1, que el recurrente articula en primer lugar, sin que ello suponga infracción del art. 25.1 CE: "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento", y de su correspondencia en el art. 1 del CP: "no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración".

**QUINTO.- El motivo duodécimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 120.3 CE .**

El desarrollo del motivo hace referencia al articulado en sexto lugar por la infracción de ley que supone la falta de relación al caso de las consecuencias jurídicas de la intervención de la empresa ESOEN y la falta de análisis de la responsabilidad o no de la empresa, lo que supone, a juicio de la recurrente, infracción legal ( art. 31 CP) que se torna en infracción de precepto constitucional por esa falta de motivación.

Esta Sala considera que la vía más adecuada es la infracción de ley del art. 849.1 LECrim por lo que la vulneración denunciada será analizada en el motivo quinto y sexto.

**SEXTO.- Analizando, a continuación, el motivo noveno por quebrantamiento de forma fundada en el art. 851.1 LECrim al resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados de la sentencia que pudiere afectar al fallo.**

Argumenta que de la lectura de los hechos probados se desprende que los mismos, de haberse cometido, se habrían hecho por cuenta de la empresa, que el Sr. Simón habría actuado en nombre de la misma, que es la mercantil la que hubiera sido la prestataria de los importes, lo que le lleva a plantear como motivo de recurso aparte si existe una contradicción entre los hechos declarados probados y el fallo, entendiendo el motivo que sí, fijado como probados los hechos el silogismo jurídico que ha de hacerse, a falta de fundamentación al respecto de la distinción de responsabilidades concretas en el caso, que incumbía a la acusación, no puede fácilmente deducirse que el autor del delito es el recurrente. Y esta cuestión, a juicio del recurso, supone un quebrantamiento de forma.

El motivo deviene inadmisibile.

Constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26-3, 121/2008, de 26-2). tiene afirmado que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que. por ser antitéticos resultan incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos ( STS. 299/2004 de 4.3).

Así doctrina jurisprudencial reiterada ( SSTS. 1661/2000 de 23.11, 776/2001 de 8.5, 2349/2001 de 12.12, 717/2003 de 21.5, y 299/2004 de 4.3), señala que para que pueda prosperar este motivo de casación son



necesarios los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

La STS 1250/2005, de 28-10, analiza las consecuencias de la contradicción:

"...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causas y determinantes de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

Consecuentemente no tiene cabida en este defecto procesal la supuesta falta de coherencia entre lo que se declara probado y lo que se argumenta para calificar esta afirmación subsumiendo el hecho que se afirma en la norma jurídica.

**SÉPTIMO.-** El motivo octavo al amparo del art. 849.2 LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes sin resultar contradichos por elementos probatorios.

Señala como documentos:

-El poder notarial otorgado por los querellantes que, a su juicio, acredita el conocimiento, la voluntad y el consentimiento para los préstamos y las cantidades que en su nombre se firmarían y les obligarían (folios 31 a 35).

-La pericial económica que hace un estudio de la situación de la empresa, de los elementos de cada préstamo, de su origen y del destino dado a los mismos (folios 42 y ss).

-La documentación que contiene los whatsapp que reflejan las conversaciones de los querellantes con el Sr. Simón y hacen prueba, según el recurrente, del conocimiento de la pluralidad de préstamos (doc. 1,2 y 3 del recurso de apelación).

-La documentación consistente en préstamo de la Caixa Geral firmado por los querellantes que supone contradicción con la declaración de éstos relativas al conocimiento y consentimiento, para un solo préstamo, el del Banco Popular, por importe de 20.000 euros (folios 430 y 431).

Debemos recordar, según doctrina reiterada de esta Sala, por todas SSTs. 918/2008 de 31.12, 452/2011 de 31.5, 95/2012 de 23.2, 483/2012 de 7.6, que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.





Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento ( STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo ( STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008, 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

Por último han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente a la que se impugna.

En el caso presente los documentos que se citan carecen de la necesaria literosuficiencia, al haber sido valorados en la instancia y estar en contradicción con las pruebas tenidas en cuenta para formar su convicción y a las que se ha hecho referencia en el motivo décimo.

Motivos por infracción de ley ( art. 849.1 LECrim).

**OCTAVO.-** El motivo primero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 248 y 250 CP.

La sentencia condena al Sr. Simón por entender concurrentes los requisitos del delito de estafa, según valoración de la prueba y, además, puesto que la solicitud y el afianzamiento de los préstamos lo eran por



un total de 294.000 euros, siendo los compromisos asumidos por los querellantes de 20.000 euros queda cumplida la agravación por la cuantía defraudada.

El recurrente considera que no se puede entender típicamente delictiva la acción por no concurrir los elementos objetivos y subjetivos de la estafa:

1º) porque no existió engaño precedente o concurrente. El poder notarial que se firmó, fue público y válido. Y en todo caso el engaño sería omisivo, no dándose los presupuestos para la concurrencia.

2º) porque, incluso entendiendo que existe engaño, no se puede considerar bastante, al no haberse informado por negligencia de las condiciones y extensión del poder.

3º) porque tampoco existe ánimo de lucro, dado que la refinanciación que perseguía con los préstamos lo que se acredita con el destino de los mismos en la cuenta de ESOEN, no significa ningún enriquecimiento ni de la empresa, ni del Sr. Jose Miguel, que con los préstamos sigue endeudada (ESOEN firmó como prestataria en alguno de los préstamos) y en la mayoría de ellos el recurrente es también prestatario o fiador.

El motivo deviene improsperable.

- En efecto como precisan las SSTS 987/2011, de 5 de octubre; 483/2012, de 7 de junio; 51/2017, de 3 de febrero; y 590/2018, de 26 de noviembre, es cierto que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Por ello, como decíamos en la STS. 16.10.2007, procede en sede teórica recordar la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS. 17.11.97, indica que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001 de 29.10- cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo ( SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000, entre otras).

De otra manera, como dice la STS. 628/2005 de 13.5: "Por tanto, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTS 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede



fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa ( STS 8.5.96).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 de 13.5-. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual ( sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92, 5.3.93 y 16.7.96).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, esta Sala ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible. En ocasiones -precisa la STS. 1341/2005 de 18.11- se designa a esta hipótesis como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

En efecto todo contrato en que el consentimiento de la otra parte se obtiene mediante engaño no es por definición un negocio jurídico, sino un acto antijurídico elemento del delito de estafa. Ningún acto antijurídico puede ser un negocio jurídico, pues o bien sería consecuencia de dolo o bien tendría una causa ilícita, en el sentido de los artículos 1269 y 1274 Código Civil, las SSTS. 329/2008 de 11 junio y 325/2008 del 19 mayo, que precisan como puede decirse que desde una óptica estrictamente civilista resultaría inexacto hablar de "negocio jurídico", porque si el contrato, todo contrato, existe dada la concurrencia del consentimiento, objeto cierto y causa – art. 1261 C. civil– siendo desde la concurrencia de tales elementos, obligatorios, cualquiera que sea su forma –art. 1278 Ccivil–, es claro que no puede hablarse de contrato ni de negocio jurídico en casos como el presente en el que una de las partes no consiente ex inicio en obligarse, podrá existir una "apariencia", pero no un negocio jurídico en sentido propio, y sería esa apariencia el elemento engañoso que daría vida al delito de estafa.

No obstante lo anterior en SSTS 324/2008; 51/2017, de 3 de febrero, decíamos que la estafa puede existir tanto si la ideación criminal que el dolo representa surge en momento anterior al concierto negocial, como si surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato. Ha habido un cambio jurisprudencial basado en la consideración de que no siempre es necesario exigir que el dolo sea antecedente, como condición absoluta de la punibilidad del delito de estafa. De mantener esta posición, impediría tener por típicos ciertos comportamientos en donde el contrato inicialmente es lícito, y no se advierte dolo alguno en el autor. Éste actúa confiado en el contrato, lo mismo que el sujeto pasivo del delito. Es con posterioridad en donde surge la actividad delictiva. En efecto, el agente idea que puede obtener un lucro ilícito, aprovechándose de las circunstancias hasta ese momento desplegadas, y conformando los factores correspondientes para producir el engaño.

También hemos dicho SSTS 229/2007, de 22 de marzo y 691/2016, de 27 de julio, que las relaciones comerciales y en general, los negocios jurídicos, se rigen por el principio general de confianza, no por el contrario (principio de desconfianza), de manera que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de



estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Y también se ha proclamado con reiteración que el engaño no tiene solamente una significación positiva, sino igualmente omisiva, de forma que el deber de proporcionar toda la información que sea debida al caso, en orden a la valoración de los riesgos de las operaciones mercantiles, pertenece a quien posee tal información.

Ordinariamente, en el delito de estafa, el engaño es antecedente a la celebración del contrato, y el sujeto activo del delito conoce de antemano que no podrá cumplir con su prestación, y simulando lo contrario, origina un error en la contraparte, que cumple con su prestación, lo que produce el desplazamiento patrimonial que consuma el delito. La modalidad fraudulenta atribuida es la de los denominados "negocios jurídicos criminalizados", en los que el señuelo o superchería que utiliza el defraudador es el propio contrato, con apariencia de regularidad, a través del cual y previamente el estafador piensa aprovecharse económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento ( STS 684/2004, de 25 de mayo).

Para llegar a trazar la línea de separación de ambas conductas, se han manejado diversas teorías, como el elemento subyacente a referido dolo antecedente, frente a lo imprevisible de la frustración civil que produce un incumplimiento contractual; también se ha tomado en consideración la teoría de la tipicidad, en tanto que el segundo comportamiento se corresponde con la descripción típica que se aloja en el art. 248 del Código Penal; y también podemos explicar la diferencia en lo que hemos de denominar la teoría de la viabilidad de la operación ofrecida a la parte que va a prestar el capital o la suma entregada al artífice del instrumento mediante el cual se construye su captación: si la viabilidad desde el principio es ilusoria por no hallarse construida bajo cimientos sólidos de manera que el dinero invertido no tiene el más mínimo soporte para poder ser devuelto, nos encontraremos con la comisión de un delito de estafa. En caso contrario, aun podríamos hallarnos en sede de un simple incumplimiento contractual.

Pero bien mirado el antecedente en el delito de estafa no es propiamente el engaño inmediatamente anterior al contrato, sino previo al error que produce el desplazamiento patrimonial. Ello podría tener significación en los contratos de tracto único, con inmediata entrega de contraprestaciones recíprocas, pero de modo alguno en los contratos de tracto sucesivo, siempre que el engaño pueda ser puesto en escena en el transcurso de tal relación contractual, exigiendo a la parte contraria el cumplimiento de la suya, bajo cualquier ardid que constituya tal modalidad comisiva, integrante de engaño bastante.

- Es cierto que el concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avispadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura ( STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello -hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31.12- que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.



Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa ( STS. 2464/2001 de 20.12). Ahora bien, debe también señalarse ( SSTS. 1195/2005 de 9.10, 945/2008 de 10.12), que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ( Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filomish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

La sentencia 476/2009 de 7.5, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia 476/2009, nos dice: "Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien -generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.



En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia....

No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aun pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido.

En este punto es cierto que como señalan las SSTS. 95/2012 de 23.2, 581/2009 de 2.6, 368/2007 de 9.5, 1276/2006 de 20.12, 898/2005 de 7.7, y 1227/2004 de 18.10, en los delitos contra el patrimonio -estafa señaladamente- la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

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

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

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

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

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

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

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

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el



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

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

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

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

- Y en cuanto al ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, junto al dolo general de engañar forma la estructura subjetiva del delito de estafa, consistiendo sustancialmente en la intención de obtener, para sí o para otros, un enriquecimiento, beneficio o ventaja patrimonial, no necesariamente equivalente al perjuicio ocasionado.

En efecto el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario, en el delito de estafa el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: la finalidad de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer luego con las ventajas patrimoniales obtenidas contradiciendo la norma del art. 248 CP, STS 1581/2003, de 28 de noviembre.

**NOVENO.**- En el caso que se analiza incólume el relato fáctico, cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim, del mismo se desprende que frente al contenido literal del poder notarial firmado por Piedad y Jose Miguel, tío del recurrente, Simón, que concedía a éste la posibilidad de obtener, en representación de sus poderdantes, préstamos en cuantía ilimitada, el tribunal de instancia primero, y después el de apelación, consideraron que el límite de endeudamiento aceptado por aquellos estaba en 20.000 euros y que el exceso obtenido por el acusado con otros préstamos en entidades bancarias diferentes, hasta 294.000 euros, lo que consiguió sin contar del consentimiento ni conocimiento de los poderdantes que, confiados en la relación de parentesco su sobrino, fueron engañados por éste, que les ocultó su intención de utilizar el poder en distintas solicitudes de préstamos, siendo indiferente, por lo razonado anteriormente, que el beneficiario final de los préstamos fuese la mercantil Esoen Business School, al ser el acusador el gestor y propietario de la misma.

En definitiva el Sr. Simón concertó préstamos, ocultando su existencia a sus titulares, el dinero obtenido lo destinó a las atenciones de su empresa o a las suyas propias, y no tuvo intención alguna de atender pago alguno de las cuotas de los préstamos, como así hizo, lo que motivó a las reclamaciones de las entidades bancarias y los subsiguientes perjuicios de los querellantes.

**DÉCIMO.**- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 74 CP.

Cuestiona en primer lugar, la aplicación simultánea de la agravante de especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva por vulneración del principio non bis in idem.

Y en segundo lugar postula la aplicación de lo que la Sala Segunda denomina "unidad natural de acción".

Con carácter previo debemos resaltar que la apreciación de la continuidad delictiva realizada por la sentencia dictada en instancia por la Audiencia Provincial no fue impugnada por el recurrente al formular el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, siendo por tanto de aplicación la doctrina jurisprudencial ya



expuesta con anterioridad, en el sentido de que al ser la sentencia objeto del recurso de casación la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación y, por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por ello el control casacional se construye, precisamente sobre lo que fue objeto del recurso de apelación ( SSTS 717/2009; de 17 de mayo; 1249/2009, de 9 de diciembre; 417/2019, de 24 de septiembre).

No obstante lo anterior, aunque se analizaran las impugnaciones efectuadas, el motivo no prosperaría.

1º) En efecto respecto a la compatibilidad entre el delito continuado y la agravante del art. 250.1-5ª y la posible vulneración del principio "non bis in idem" al valorarse conjuntamente el delito continuado y la agravación del art. 250.1-5ª, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, SS 8/2008, de 24 de enero; 483/2012, de 7 de junio; 433/2014, de 13 de diciembre; 737/2016, de 5 de octubre; 211/2017, de 29 de marzo; 877/2017, de 13 de diciembre; 152/2018, de 2 de abril, 222/2018, de 10 de mayo; 650/2018, de 14 de diciembre, tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.5 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.1. 5º, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 octubre 2007, acordó:

"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla prevenida, art. 74.1 del CP., queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración".

Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250. 1.5, cuando los delitos, aún inferiores a 50.000 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el 2º; 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.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 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 artículo 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 artículo 74.2 CP. De manera que, si la suma de ese perjuicio es superior a 50.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1. 5º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249.

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 artículo 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 artículo 250.1. 5ª, con la consiguiente elevación de la pena y de otro se valoraría para acudir al artículo 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.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.





Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Con tal criterio interpretativo se pretende que la regla especial establecida en el art. 74.2 para los delitos de naturaleza patrimonial no siempre excluya la simultánea aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1. Tal regla genérica quedaría automáticamente excluida cuando el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación por la continuidad, es decir en aquellos casos en que, por razón del importe total del daño patrimonial, se desplazan del tipo básico al tipo cualificado. En estos casos la aplicación incondicional del art. 74.1 determinaría la vulneración del "non bis in ídem".

Dado que en el caso actual, como señala la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de 18-1-2018, una de las actuaciones llevadas a cabo supuso la defraudación de 150.000 euros, en concreto el préstamo con el Banco de Sabadell de fecha 27-11-2015, no existe vulneración alguna del principio non bis in ídem.

2º) Y en cuanto a la posibilidad de aplicar la "unidad natural de acción" las SSTS 354/2014, de 9 de mayo, y 650/2018, de 14 de diciembre, analizan este supuesto -unidad de acción- problemático en la dogmática penal que parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. ( SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario ( STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera



que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos.

Supuestos de unidad de acción que no pueden extenderse de tal forma lo que constituyen manifiestamente acciones autónomas. En efecto, en el caso que nos ocupa si bien el acusado haciendo valer el poder, además del primer préstamo, realizó a su favor o en el de su empresa, otros cinco más, pero dada la diferencia de fechas: 22-9-2015 (Kutxa Laboral); 26-10-2015 (Deutsche Bank); 30-10-2015 (Caja Rural Teruel); 6-11-2015 (Banco Caixa Geral) y 27-11-2015 (Banco Sabadell), entender que todos se llevaron en unidad de acto, formaría de modo inadmisiblemente el concepto racional y natural de acción y se vaciaría el concepto jurídico del delito continuado.

**UNDÉCIMO.-** El motivo cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por afectar al principio de legalidad del art. 25.1 CE y al art. 3 CP por imprecisión del tipo, art. 248 y 250 CP.

**DUODÉCIMO.-** El motivo tercero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio de presunción de inocencia ya ha sido analizado conjuntamente con el motivo décimo.

El motivo se remite a las alegaciones del motivo primero en cuanto a la atipicidad respecto de los arts. 248 y 250 CP y señala la imprecisión que del tipo se hace del delito de estafa, al no especificarse si se entiende cometido el engaño por acción u omisión. Tampoco en qué concepto jurisprudencial tiene encaje el ánimo de lucro que ha de concurrir puesto que no se dice si se ha enriquecido, si ha obtenido una ventaja económica o cualquier otro concepto que se sabe de aplicación en la estafa, supone además, una infracción del principio de legalidad.

Cuestiones estas ya analizadas en el motivo primero con la consiguiente desestimación del presente.

**DÉCIMO TERCERO.-** El motivo quinto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 31 CP.

Cuestiona que la empresa ESOEN que tiene una participación en los hechos que pudiera ser delictiva, no ha sido investigado, cuando en el momento en que suceden los hechos, al amparo del art. 31 (debe entenderse 31 bis) existe responsabilidad penal de las personas jurídicas con las condenas que para ellas fija el CP en su caso.

Es hecho probado que le Sr. Simón solicita los préstamos para financiar su empresa ESOEN, de la que es gerente. Así las cosas, no ha sido valorada, en virtud del principio acusatorio, la responsabilidad que pudiera devenir de los hechos de ESOEN, pero aunque no haya sido investigada, de los hechos probados se deduce que los actos (u omisiones) se realizan en su nombre y se realizarían en todo caso, sean o no constitutivos de delito, instrumentalmente por el Sr. Simón, como gerente que es de la empresa. Y dándose estos hechos, no cabe hablar de condena del recurrente puesto que no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia en lo que a su persona individual, desligada de la mercantil se refiere.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En primer lugar habría que precisar que en el proceso penal se da un claro y tajante deslinde entre partes acusadoras y acusadas, hasta el punto de que no es lícito a estas últimas ejercitar acciones penales o civiles dirigidas contra las primeras, contra otras partes acusadas o contra terceros, no pudiendo tampoco formular pretensiones casacionales que no tiendan a tutelar derechos propios o personales o a obtener la exoneración o atenuación de su comportamiento, sino a lograr, caso de prosperabilidad, la condena de otras, sean o no acusadas en la instancia, incurriendo quien obra así, por tanto, en una patente falta de legitimación.

El acusado penalmente no se halla legitimado para solicitar la investigación y, en su caso, condena de terceras personas en tal condición, por ser parte pasiva de la causa y estar solo legitimadas para ello las acusaciones o partes activas, quienes en ningún momento dirigieron la acusación contra la persona jurídica ESOEN, ni como responsable penal ni, en su caso, responsable civil subsidiario.

Y en segundo lugar si bien el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a las que se refiere el apartado primero del art. 31 bis CP, en modo alguno la responsabilidad en que hubiera podido incurrir la persona jurídica, de la que el acusado es gerente y propietario, podría afectar a la responsabilidad de quien, como el recurrente, con su intervención material y directa llevó a cabo los hechos que la sentencia declara probados, dado que el art. 31 CP no se presenta como una forma de responsabilidad objetiva, contraria al principio de culpabilidad, sino que lo que persigue es precisamente evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo



el manto de una personalidad jurídica ( SSTS 1828/2002, de 25 de octubre; 368/2004, de 21 de marzo) por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes ( SSTS 207/2005, de 18 de febrero; 816/2006, de 26 de julio; 79/2007, de 7 de febrero).

**DÉCIMO CUARTO.-** El motivo sexto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 120.3 CE.

Insiste el recurrente en que la sentencia no motiva respecto de la cuestión que se relaciona en el art. 31 bis. Tampoco porque se entiende verosímil el testimonio de los querellantes en relación al elemento típico de engaño y en consecuencia la falta de motivación de la condena impuesta.

Cuestiones ya analizadas en motivos precedentes por lo que nos remitimos a lo ya razonado para evitar repeticiones innecesarias.

**DÉCIMO QUINTO.-** El motivo séptimo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 7.3 LOPJ y arts. 238 y 240 LOPJ en relación con el art. 8 y el art. 26.4 Ley 18/2011 reguladora del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la comunicación de la Administración de Justicia (según redacción dada por Ley 42/2015).

Entiende el recurrente producida la vulneración de las referidas normas con incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva dado que el Tribunal Superior de Justicia al examinar y valorar la prueba documental de los whatsapp unidos a la causa, ha vulnerado dicho derecho fundamental de tutela judicial efectiva del recurrente, por no declarar la nulidad de la sentencia de la Audiencia y no retrotraer las actuaciones al momento en que tal prueba debió ser valorada en la sentencia.

Como recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, la vía utilizada no es la adecuada. El motivo por infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley Procesal es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal, en este caso el de apelación, ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente. La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal. Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código Penal.

En todo caso, las alegaciones del recurrente han recibido adecuada respuesta por el Tribunal Superior de Justicia que el Fundamento Tercero de la sentencia rechaza motivadamente la petición de nulidad y retroacción de la causa que ahora se reproduce, puesto que, se dice, está la Sala en disposición de examinar toda la prueba obrante en las actuaciones, por lo que no cabe hablar de nulidad ni de procedencia de retrotraer aquellas para nueva valoración en la instancia, como considera la parte en su escrito. A continuación, tomando en consideración el contenido de los citados Whastapp concluye la sentencia, como se ha dicho más arriba, que los mismos carecen de entidad para desvirtuar el valor probatorio de otras pruebas personales y documentales practicadas en el juicio.

**DÉCIMO SEXTO.-** De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

## FALLO

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

**1º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por **Simón** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 10 de abril de 2018.

**2º) Imponer** las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre



Ana Maria Ferrer Garcia Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ