



Roj: **STS 1934/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1934**

Id Cendoj: **28079120012020100339**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **2381/2018**

Nº de Resolución: **109/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 109/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 2381/2018 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 29 Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero Transcrito por: MBP Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2381/2018 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

Sentencia núm. 109/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra. D. Julián Sánchez Melgar D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Andrés Palomo Del Arco D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 11 de marzo de 2020. Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los recurrentes acusados D. Marcelino , D. Maximiliano y de **UBI BANCA, S.P.A., Sucursal en España**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 29, que condenó a los anteriores acusados por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Marco Aurelio Labajo González y bajo la dirección Letrada de D. Andrés Abadía Alpañés respecto del acusado Marcelino ; Procurador D. Javier del Amo Artes y bajo la dirección Letrada de D. Nicolás González Cuellar Serrano respecto del acusado Maximiliano y Ubi Banca S.P.A., Sucursal en España representada por el Procurador D. Álvaro De Luis Otero y bajo la dirección Letrada de Dña. Esther Arabolaza Poncela, y los recurridos Jose Daniel y Agustina representados por el Procurador D. Javier del Amo Artés y bajo la dirección Letrada de D. Tomás Martínez Peña y por la Procuradora Dña. Susana Escudero Gómez y bajo la dirección Letrada de D. Miguel López Díez respecto del recurrido D. Roque . Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el nº 7170 de 2012 contra Marcelino , Maximiliano y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 29, que con fecha 17 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "De la valoración de la prueba practicada, resulta probado y así se declara que primero la entidad FINANCIERA VENETA EFC SA, más tarde ELECTROLUX FACTORING SA y ELECTROLUX FINANCIERA EFC SA y finalmente UBI BANCA INTERNACIONAL S.A, con domicilio social en Madrid, desde primeros de los



años noventa, han venido manteniendo relaciones comerciales plenamente satisfactorias con las mercantiles TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL. Desde 2009, el acusado, D. Maximiliano , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue Presidente de TRATÉCNICA SA y Consejero de HISPACOUNTER SL y era el que administraba ambas empresas de hecho. La acusada, D^a Agustina , mayor de edad y sin antecedentes penales, esposa del acusado anterior, era la Presidenta del Consejo de Administración, Consejera Delegada de HISPACOUNTER SL y fue consejera en el pasado de TRATÉCNICA SA. El acusado, D. Jose Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, hijo de los acusados anteriores, era consejero delegado de ambas sociedades. El acusado, D. Roque , hermano del anterior, fue Director comercial de HISPACOUNTER SL desde el año 2000. El acusado D. Marcelino , mayor de edad y sin antecedentes penales, además de tener el cargo de Secretario de HISPACOUNTER SL, era empleado de las dos sociedades mencionadas, ejerciendo el puesto de Director Financiero de las mismas. TRATÉCNICA SA poseía un 40% de HISPACOUNTER SL y el resto de ésta pertenecía a la sociedad PUNTO 7, de la cual eran socios D. Roque , D^a Agustina , D. Jose Daniel y D. Maximiliano , siendo este último el mayoritario. La relación mercantil establecida entre UBI BANCA INTERNACIONAL SA, por una parte, y las dos sociedades mencionadas, por la otra, derivaba de la que estas dos sociedades habían entablado con FINANCIERA VENETA EFC SA, la cual derivaba de la que anteriormente entablaron con ELECTROLUX FACTORING SA y ELECTROLUX FINANCIERA EFC SA, que se remontaba a unos veinte años atrás, pues UBI BANCA INTERNACIONAL SA continuó con el negocio bancario que explotaron anteriormente las mencionadas entidades. Dicha relación comercial se fue formalizando en contratos suscritos por TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL con la entidad que les proporcionaba financiación, que se iban renovando cada cierto tiempo. En concreto con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, el 23 de octubre de 2008, TRATÉCNICA SA firmo un contrato al que se denominó de "factoring" sin recurso por 1.000.000 de euros y HISPACOUNTER SL firmó un contrato denominado de "factoring" con recurso por 2.000.000 de euros. Años después, el 22 de febrero de 2011, TRATÉCNICA SA firmó con UBI BANCA INTERNACIONAL SA el suplemento I a las condiciones del contrato de 23 de octubre de 2008, estableciéndose un nuevo límite de riesgo de 600.000 euros y HISPACOUNTER SL hizo lo propio, estableciendo el nuevo riesgo en 1.500.000 euros. Por último, el 14 de marzo de 2012 TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL firmaron con UBI BANCA INTERNACIONAL SA un contrato denominado de "factoring" sin recurso por 2.100.000 euros. Si bien se acordaba en los contratos que los deudores de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL, cuyas deudas se pasaban a UBI BANCA INTERNACIONAL SA, debían ser informados de este hecho, en la práctica UBI BANCA INTERNACIONAL SA aceptaba que algunos deudores no lo fueran y que éstos y otros deudores que hubieran sido informados pero prefirieran pagar a sus acreedores directamente, lo hicieran así, debiendo TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL informar de ello a UBI BANCA INTERNACIONAL SA para que en la siguiente liquidación se tuvieran en cuenta esos pagos y se dedujeran de lo que UBI BANCA INTERNACIONAL SA tenía que adelantar a las sociedades. Es decir, en muchos casos (la mayoría) TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL percibían directamente el importe de las facturas de los deudores, si bien UBI BANCA INTERNACIONAL SA ya les había adelantado lo correspondiente a las mismas, por lo que estos cobros directos a deudores eran tenidos en cuenta por UBI BANCA INTERNACIONAL SA en la siguiente liquidación relativa a otros descuentos. La relación entre ambas partes era de total confianza, al no haberse producido incumplimientos por parte de ninguna de ellas a lo largo del tiempo. En cierto momento de la descrita relación comercial, se acordó por ambas partes que en lugar de remitir facturas en soporte original, como requisito para que la financiadora adelantara el pago de los importes de las mismas, TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL deberían enviar por correo electrónico un fichero con los datos necesarios para conocer el detalle de cada factura, nombre del deudor, la fecha y número de la misma, fecha de anticipo, vencimiento e importe a abonar. Cuando UBI BANCA INTERNACIONAL SA recibía un correo con uno de estos ficheros que aportaba datos de varias facturas, entendiendo que las facturas existían y correspondían a deudas reales, llevaba a cabo una liquidación, en la que se tenía en cuenta, en su caso, deudas cobradas directamente por las sociedades relativas a otras facturas incluidas en ficheros que se mandaron anteriormente y ya dieron lugar a transferencias de UBI, así como los gastos y comisiones a aplicar referidos a las facturas del fichero, calculando tras las deducciones que correspondieran, la suma resultante, que era lo que se transfería a la sociedad factorizada, no transfiriéndose, por tanto, el importe nominal de las deudas a las que hacía referencia el fichero en cuestión. En el año 2011 TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL habían llegado a una situación grave e irreversible de insolvencia y conscientes de ello, D. Maximiliano y D. Marcelino , aprovechando la relación comercial que unía a las sociedades con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, decidieron, engañar a ésta a través de los departamentos financieros de las sociedades, mediante el procedimiento consistente en remitir los ficheros conteniendo información sobre deudas de terceros con las sociedades, con información falsa, referida a deudas inexistentes o hinchando las reales, provocando así que UBI BANCA INTERNACIONAL SA realizara transferencias a las sociedades "factorizadas" en la errónea creencia de que se resarciría con arreglo a lo acordado en los contratos, mediante el pago posterior de los supuestos deudores. Transferencias que no hubiera llevado a cabo de no haber sido engañada por TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL. Y ello lo llevaron a cabo los denunciados a sabiendas de que la situación en la que se hallaban en ese momento las dos sociedades no iba a permitir tampoco resarcir a



UBI BANCA INTERNACIONAL SA con dinero procedente de otros activos de las sociedades. Junto a ello, puesto que UBI BANCA INTERNACIONAL SA permitía a las sociedades cobrar directamente de los deudores, tras percibir a través de TRATÉCNICA SA el importe de facturas de deudores reales, lo incorporaron definitivamente a su patrimonio, sin comunicárselo a la entidad bancaria, por una suma global de 61.454,22 euros. Llegado el momento de renovar el contrato de factoring, con la finalidad de crear una imagen de solvencia inexistente y obtener financiación de UBI BANCA INTERNACIONAL SA, tras haberse llevado a cabo una ampliación de capital de ambas mercantiles que no solucionaba el problema financiero de las mismas, se omitió comunicar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA su inminente situación concursal; además de ello, al actualizar la lista de deudores interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA le proporcionaron información inveraz, incluyendo en la misma supuestos deudores con los que ya no se mantenían relaciones comerciales y se remitió a la entidad una información provisional económica también interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA, que contenía datos falsos y daba la apariencia de que las sociedades no sufrían problemas financieros. Esta información que no respondía a la verdadera situación patrimonial y de negocio de las sociedades llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a renovar el contrato de factoring, firmando el día 14 de marzo de 2012 la acusada, D^a Agustina, por indicación de su marido, D. Maximiliano, en nombre y representación de ambas sociedades, un contrato de "factoring" sin recurso en el que figuraba un listado de deudores inveraz. En el desenvolvimiento de este nuevo contrato desde las sociedades factorizadas se siguieron remitiendo ficheros conteniendo los datos de supuestas facturas inexistentes, o ya pagadas, o con importes superiores a los reales, lo que llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a ir abonando a las sociedades las cantidades resultantes de las correspondientes liquidaciones, sin que luego pudiera cobrar de los supuestos deudores los importes de las inexistentes deudas ni de TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL. Los listados conteniendo datos de facturas enviados por TRATÉCNICA, incluyeron como sumas adeudadas a dicha sociedad, las siguientes: - A AUTOGRILL ESPAÑA, S.A., 66.523,04 euros, que no adeudaba dicha empresa, indicándose las facturas: * 00115292 por la suma de 36.482,94 euros, con vencimiento 10/03/12. *00990017 por la suma de 21.8456 euros, con vencimiento el 10/05/2012. *00990363 por la suma de 8.195,10 euros, con vencimiento el 10/05/12. Ninguna de esas facturas se adeudaban por dicha empresa. -A AUTOBAR SPAIN, S.A. 27.326,35 euros, que dicha empresa no adeudaba (además de dicha suma UBI cobró de esa empresa 1.450,97 euros que sí debía la empresa, indicándose las facturas: * 00990436 por la suma de 1.866,76 euros, con vencimiento el 10/05/12. * 00990434 por la suma de 368,16 euros, con vencimiento el 10/05/12.* 00136050 por la suma de 25.091,43 euros, con vencimiento el 10/04/12. - A ACERINOX, S.A 49.412,95 euros, que no adeudaba dicha empresa, indicándose las facturas: * 00115835 por la suma de 3.363 euros, con vencimiento el 30/03/2012. * 00115759 por la suma de 4.071 euros, con vencimiento el 30/03/2012. * 00121008 por la suma de 7.810,10 euros, con vencimiento el 20/03/12. * 00128356 por la suma de 7.028 euros, con vencimiento el 2/07/12. *00128569 por la suma de 27.140,85E euros con vencimiento el 2/07/12. -A BOSCH SISTEMAS DE FRENADO, S.L., 22.849,65 euros, que no adeudaba la empresa, indicándose las facturas: * 00119815 por la suma de 9.201,4 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 00115299 por la suma de 2.188,13 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 00115756 por la suma de 8.264,72 euros, con vencimiento el 05/04/12. * 00128611 por la suma de 3.195,40 euros, con vencimiento el 05/07/12. -A CASBEGA,S.A 51.654,49 euros, que no adeudaba la empresa, indicándose las facturas; * 00990432 por la suma de 9.769,646 euros, con vencimiento el 05/05/12. * 00996154 por la suma de 7.724,78 euros, con vencimiento el 05/05/12. * 00128596 por la suma de 14.390,43 euros, con vencimiento el 30/6/12. * 00128597 por la suma de 19.769,64 euros, con vencimiento el 30/6/12. -A CASTELNOU ENERGÍA, S.L 67.902,38 euros, que no adeudaba la empresa, indicándose las facturas: * 00119801 por la suma de 31.825,6 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 00115296 por la suma de 9.290,78 euros, con vencimiento el 10/03/12. * 09115301 por la suma de 7.788 euros, con vencimiento el 10/03/12. * 00115757 por la suma de 18.998 euros, con vencimiento el 10/04/12. -A GEARBOX DEL PRATS S.A. 66.222,17 euros que no adeudaba la empresa (si bien TRATÉCNICA había cobrado 13.280,5 euros de dicha suma, sin comunicárselo a UBI y sin compensarlo y UBI cobró el 10 de mayo de 2012, otros 21.140,98 euros que si adeudaba la empresa) indicándose las facturas: * 00115524 por la suma de 34.083,020 con vencimiento el 10/04/12. * 00135265 por la suma de 18.858,65 euros, con vencimiento el 10/4/12. * 00000434 por la suma de 13.280,5 euros, con vencimiento el 25/04/12. -A KYB STEERING SPAIN, S.A. 1.376 euros que no adeudaba la empresa porque se los pagó a TRATÉCNICA directamente y ésta no se lo comunicó a UBI, la cual cobró de esta empresa otros 1.158 euros, que sí adeudaba la empresa, indicándose las facturas: * 00115861 por la suma de 1,89 euros con vencimiento el 08/03/12. * 00115666 por 0 euros con vencimiento el 22/02/12. * 00120122 por la suma de 124,56 euros, con vencimiento el 08/04/12. * 00990463 por la suma de 1.249,620 euros con vencimiento: 25/04/12. *00001012 por 0 euros, con vencimiento el 23/05/12. *00001271 por 0 euros, con vencimiento el 7/6/2012. -A VOLKSWAGEN NAVARRA,S.A. 115.670,8 euros que no debía esta empresa, habiendo aplicado a facturas antiguas UBI otros 4.518,5 euros que la empresa sí debía y pagó, indicándose las facturas: * 00115658 por la suma de 49.354,686 euros, con vencimiento el 10/04/12 (51.542). * 00137025 por la suma de 29.125,25 euros, con vencimiento el 10/4/12. * 00120848 por la suma de 37.190,87 euros, con vencimiento el 25/5/12. * 00000759 por la suma de 0 euros, con vencimiento el 29/03/12 (2.331,680). -A TELVENT TRÁFICO Y



TRANSPOR 11.158,18 euros, que esta empresa no adeudaba, indicándose las facturas: * 00119799 por la suma de 3.185,64 euros, con vencimiento el 28/02/12. * 00115804 por la suma de 1.987,14 euros, con vencimiento el 30/03/12. * 00128754 por la suma de 5.985,4 euros con vencimiento el 02/07/12. -A SODEXHO ESPAÑA S.A. 64.546,02 euros que esta empresa no adeudaba, indicándose las siguientes facturas: * 00115301 por la suma de 1.958,4 euros, con vencimiento el 15/03/12. * 00115331 por la suma de 4.242,346 con vencimiento el 15/03/12. * 90115801 por la suma de 14,828,8 euros, con vencimiento el 05/04/12. * 00121096 por la suma de 19.269,46 euros, con vencimiento el 03/04/12. * 00996077 por la suma de 13.045,68 euros, con vencimiento el 05/6/12. * 00128601 por la suma de 4.985,6 euros, con vencimiento el 5/7/12. * 00128602 por la suma de 6.215,8 euros, con vencimiento el 5/7/12. -A SER UNIÓN VENDING,S.A. 71.79811 euros que dicha empresa no adeudaba, de los que 12.438,91 había pagado a TRATÉCNICA directamente, sin que ésta se lo comunicada a UBI, indicando las siguientes facturas: * 00119788 por la suma de 8.911,60 euros con vencimiento el 25/02/12. * 00119789 por la suma de 13.216 euros, con vencimiento el 25/02/12. * 00115326 por la suma de 4.484 euros con vencimiento el 15/03/12. * 00115802 por la suma de 21.154,1 euros con vencimiento el 10/04/12. * 00126077 por la suma de 11.593,5 con vencimiento el 25/04/12. * 00990188 por la suma de 12.438,916 con vencimiento el 25/5/12. * 00126077 por la suma de 11.593,5 euros con vencimiento el 25/04/12. * 00990188 por la suma de 12.438,916 euros, con vencimiento el 25/5/12. - A SEAT, S.A. 2,207 euros, que dicha empresa no adeudaba, habiendo sido cobrado a dicha empresa 33.499,79 euros el 10/05/12 y aplicados a facturas antiguas y 4.649 euros el 25/5/12, también aplicados a facturas antiguas, indicando las facturas: * 00130847 por la suma de 2.2076 euros, con vencimiento el 25/5/12 (18.160,45). * 00000448 por la suma de 0 euros, con vencimiento el 25/4/12 (21.391,45). * 00000447 por la suma de 0 euros, con vencimiento el 25/4/12 (804,296). - A REXAM BEVERAGE CAN IBÉRICA,S.L. 1.340,48 euros, que esta empresa no adeudaba por habérselas pagado a TRATÉCNICA, la cual no informó de ello a UBI, indicando las facturas: * 00120202 por la suma de 382,326 euros, con vencimiento el 27/03/12. * 00120201 por la suma de 759,926 euros, con vencimiento: el 27/03/12. * 00120192 por la suma de 198,24 euros, con vencimiento el 01/04/12. - A PALL ESPAÑA, S.A. 103.170,64 euros que esta empresa no debía, de los que 9.916,72 euros (facturas 5ª y 6ª de las detalladas a continuación) si se debían a TRATÉCNICA y le fueron pagados, sin que ésta le informara de ello a UBI, indicando las siguientes facturas: * 00119816 por la suma de 10.035,6 euros, con vencimiento el 15/03/12. * 00115294 por la suma de 24.794,16 euros, con vencimiento el 05/3/12. * 00115760 por la suma de 19.269,4 euros, con vencimiento el 15/04/12. * 00121011 por la suma de 24.794,166 euros, con vencimiento el 15/4/12. * 00126054 por la suma de 8.264,72 euros, con vencimiento el 15/04/12. * 00990336 por la suma de 1.6520 euros, con vencimiento el 15/04/12. * 00990337 por la suma de 1.652 euros, con vencimiento el 15/04/12. * 00128236 por la suma de 12.708,66 euros, con vencimiento el 15/06/12. - A RENAULT ESPAÑA, S.A. 35.771,33 euros, que dicha empresa no adeudaba, habiendo efectuado pagos de deuda existente a UBI. -A AUTOBAR FINLAND 19.197 euros que no adeudaba dicha empresa, indicando la factura: * 00121001 por la suma de 19.197,4 euros, con vencimiento el 10/04/12. Los listados conteniendo datos de facturas enviados por HISPACOUNTER SL, incluyeron como sumas adeudadas a dicha sociedad, las siguientes: A CASINO DE TAORO, S.A. 44.473,20 euros que dicha empresa no adeudaba, indicándose las facturas: · 00111350 por la suma de 23.364 euros, con vencimiento el 15/02/12. · 00111452 por la suma de 6.962 euros, con vencimiento el 15/03/12. · 00132018 por la suma de 6.962 euros con vencimiento el 15/05/12. · 00124201 por la suma de 7.185,20 euros, con vencimiento el 2/07/12. A DAMAS S.A. 71.697 60 euros, que se desconoce si adeudaba, indicando las siguientes facturas: · 00111385 por la suma de 9.135 euros con vencimiento el 10/03/12. · 00111314 por la suma de 15.575 euros, con vencimiento el 20/03/12. · 00112011 por la suma de 46.987,6 euros, con vencimiento el 10/04/12. -A E.M.T. URBANOS MADRID 32.436,75 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: * 00112004, por la suma de 12.012,4 euros, con vencimiento el 15/03/12. * 00123195 por la suma de 8.239,35 euros, con vencimiento el 15/06/12. * 00123201 por la suma de 12.185 euros, con vencimiento el 15/06/12. -A EL CORTE INGLÉS, S.A 140.291,60 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: * 00111301 por la suma de 23.175,2 euros, con vencimiento el 20/02/12. * 00111302 por la suma de 23.175,2 euros, con vencimiento el 20/02/12. *00111442 por la suma de 21.240,2 euros, con vencimiento el 05/04/12. * 00123001 con la suma de 30.985,4 euros, con vencimiento el 25/04/12. * 00123125 por la suma de 15.575 euros, con vencimiento el 25/05/12. * 00124058 por la suma de 26.140,8 euros, con vencimiento el 05/07/12. A EUSKO TRENBIDEA K PERROC.VASCOS, S.A 18.915,45 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicándose la factura: · 00123052 por la suma de 18.915,45 euros, con vencimiento el 15/5/12. -A IKEA IBÉRICA, S.A. 72.465,10 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: * 00111330 por la suma de 29.985,1 euros, con vencimiento el 20/03/12. * 00111450 por la suma de 21.240 euros, con vencimiento el 20/03/12. * 00123245 por la suma de 21.240 euros, con vencimiento el 20/06/12. -A VISIÓN INNOVATION DIVERSIÓN, S.L. 31.150 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: · 000111384 por la suma de 15.575 euros, con vencimiento el 5/03/12. · 00132015 por la suma de 15.575 euros, con vencimiento el 30/05/12. -A PROSEGUR TRANSPORTES VALORES, S.A. 107.281,48 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: * 00111361 por la suma de 23.4266 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 09111329 por la suma de 13.160 euros, con vencimiento el 20/03/12. * 00111440 por la suma de 31.626,46 euros, con vencimiento el 25/03/12.



* 00127002 por la suma de 15.646,086, con vencimiento el 20/4/12. * 00123107 por la suma de 23.4236, con vencimiento el 20/05/12. -A PROSEGUR CIA SEGURIDAD S.A. 71,751,58 euros, que dicha empresa no adeudaba, indicando las facturas: * 00111360 por la suma de 32.450 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 00127001 por la suma de 15.646,086 euros, con vencimiento el 20/4/12. * 00123110 por la suma de 13.5706 euros, con vencimiento el 20/05/12. * 00124212 por la suma de 10.085,56, con vencimiento el 05/07/12. -A NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L. (ALBA) 42.812,76 euros, que no adeudaba dicha empresa, indicando las siguientes facturas: * 00112006 por la suma de 17.110 euros, con vencimiento el 05/03/12. * 00123180 por la suma de 25.702,76 euros, con vencimiento el 05/6/12. La suma de los importes de supuestas facturas, que no se corresponden con servicio o suministro alguno y que dieron lugar a que UBI BANCA INTERNACIONAL SA adelantara lo pactado a TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL asciende a 1.328.393,68 euros. La suma de los importes de facturas que sí se correspondían con servicios o suministros pero que fueron cobradas por TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL, y a pesar de ello UBI BANCA INTERNACIONAL SA adelantó a dichas sociedades lo pactado, asciende a 61.614,47 euros. Lo cobrado por UBI BANCA INTERNACIONAL SA directamente por ésta a deudores de las sociedades, que la entidad bancaria aplicó a aquellas facturas, asciende a 31.828,70 euros. La suma del importe de todas las facturas cuyos datos se remitieron a UBI BANCA INTERNACIONAL SA asciende a 1.736.318,36 euros. La suma del importe de las facturas cuyos deudores no informaron sobre la realidad o no de la deuda, asciende a 210.601,53 euros. La suma cobrada por UBI directamente a los deudores las facturas anteriores asciende a 118.214,26 euros. Con posterioridad a la firma de marzo de 2012 se remitieron ficheros referentes a facturas, cuyo importe total ascendía a 260.084,60 euros. El día 27 de abril UBI BANCA dejó de conseguir establecer comunicación con los responsables o trabajadores de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL. Esta forma de actuar fue llevada a cabo a través de los empleados de las sociedades, a los que les ordenaba hacerlo D. Marcelino , que actuaba para que las sociedades obtuvieran unas sumas de dinero que no les correspondían en virtud de lo pactado con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, habiendo tomado la decisión de actuar así junto a él D. Maximiliano , que, como principal socio de las dos compañías, era el mayor beneficiario del resultado del engaño. TRATÉCNICA e HISPACOUNTER SL presentaron el 10 y el 25 de abril de 2012 respectivamente, solicitud de concurso voluntario, si bien desde meses antes había sido tomada la decisión de hacerlo, habiendo concluido el concurso de HISPACOUNTER SL con la declaración de culpabilidad de D. Maximiliano . UBI BANCA INTERNACIONAL SA se ha reservado frente a ambas mercantiles el ejercicio de las acciones civiles/mercantiles que le pudieran corresponder. D. Maximiliano fue propietario de la vivienda unifamiliar de tres plantas y más de 300 metros cuadrados en la que residía junto a su mujer hasta el día 3 de mayo de 2012, fecha en la que donó la misma a sus hijos. D. Marcelino reconoció lo relatado como llevado a cabo en el departamento financiero que él dirigía en TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL y conocerlo, aportando documentación relativa a los hechos investigados, reconociéndolo nuevamente en el Juicio Oral. La presente causa se inició por querrela presentada el día 26 de octubre de 2012, admitida a trámite el día 31 de octubre de 2012, habiéndose celebrado el juicio oral los días 6, 10, 11, 12 y 16 de abril de 2018".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: "QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, D. Marcelino y D. Maximiliano , como autores criminalmente responsables de un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA de los artículos 248.1, 250.1 74.1 y 25015° del Código Penal, antes definido, con concurrencia en el caso de D. Marcelino de la circunstancia atenuante análogica de confesión y en el caso de ambos condenados de la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, a la penas: -para D. Marcelino de DOCE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE CINCO MESES, CON CUOTA DE NUEVE EUROS DIARIOS y responsabilidad prevista en el artículo 53 del Código Penal para el caso de impago. -para D. Maximiliano de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE SIETE MESES Y DIEZ, CON CUOTA DE DOCE EUROS DIARIOS y responsabilidad prevista en el artículo 53 del Código Penal para el caso de impago. QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A D. Maximiliano de los delitos de apropiación indebida continuada, insolvencia punible del artículo 260 y 261 del Código Penal e insolvencia punible de los artículos 258 y 257 del Código Penal y a D. Marcelino del delito de apropiación indebida continuada. QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Roque , ALTA TECNOLOGÍA DE INFILTRACIÓN SL, D^a Agustina y D. Jose Daniel de los delitos por los que venían acusados. D. Marcelino Y D. Maximiliano deberán abonar, cada un 1/20 de las costas, declarándose el resto de oficio y sin incluir las de la Acusación Particular. D. Marcelino y D. Maximiliano deberán abonar, en concepto de responsables solidarios a UBI BANCA INTERNACIONAL SA la suma que se determine en ejecución de sentencia a través de un informe pericial, como suma efectivamente transferida por UBI BANCA INTERNACIONAL SA a las sociedades TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, por facturas que no se correspondían con deuda real, añadiendo lo que adelantó la entidad bancaria por las facturas de las empresas TRASBEGA SA y EUSKOTRENDIBEAK FERROC CASCOS SA sin que dicha suma pueda exceder de 1.328.393,68 euros, para lo cual se encargará la elaboración del dictamen, si ello es posible a los peritos, D Ruperto y D. Dolores . Notifíquese esta sentencia a las partes,



haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación. Notifíquese asimismo a los perjudicados y ofendidos por los delitos aunque no sean parte en la causa".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Marcelino, D. Maximiliano y de **Ubi Banca, S.P.A., Sucursal en España**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Marcelino**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en lo que se refiere a la denegación de solicitud de práctica de diligencia de prueba, consistente en aportación de pericial caligráfica y ratificación por perito del informe elaborado. Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 109 y siguientes y 116 del Código Penal, al exigirse una responsabilidad civil que no resulta procedente ni justificada. Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en lo que se refiere a la prueba sobre la autoría de mi representado, fundamentando la Sentencia el relato de hechos probados en una argumentación irracional, ilógica, incongruente y arbitraria, que debe conllevar a la absolución de mi representado. Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 248.1, 250.1, 74.1 y 250.5º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, en relación con el artículo 28.1º del Código Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Maximiliano**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. por infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). Segundo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de los arts. 248.1 y 250.1.5º C.P. Tercero.- Formulado con carácter subsidiario a los dos primeros motivos: al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción del art. 74.1 C.P.

III.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **UBI BANCA S.P.A., SUCURSAL EN ESPAÑA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Infracción de precepto constitucional previsto en el art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. en relación con los arts. 24 y 25 de la C.E. Segundo.- Error en la valoración de la prueba al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 L.E.Cr., basado en documentos que obran en la causa. Tercero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 21.6 del C. Penal, en cuanto a la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión e impugnación subsidiaria de todos los recursos, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida Roque, que se adhirió al recurso de Maximiliano, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de marzo de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación promovido por las representaciones de D. Maximiliano, de D. Marcelino y de "UBI BANCA S.P.A, SUCURSAL EN ESPAÑA" contra la sentencia número 262/18 de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada el 17 de mayo de 2018.

RECURSO DE D. Maximiliano

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Señala el recurrente que "en las fechas que sucedieron los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento, no sólo tenía ya una edad muy avanzada, sino que además sufría una gravísima enfermedad, al tener un tumor cerebral, que provocaba que no pudiera trabajar, ni tomar decisiones de gestión empresarial, incluidas las actuaciones realizadas para la obtención de financiación, que en realidad fueron adoptadas por el Director Financiero, sin su intervención. Así quedó probado en el juicio oral, si bien el tribunal a quo, sin



fundamento racional, ha desconocido la fuerza de convicción de la prueba articulada por la defensa, pese a que objetivamente desvirtuaba la tesis acusatoria".

Sostiene que ello quedó acreditado por las declaraciones en el plenario de mi mandante y de sus hijos coacusados, así como por la declaración de Dr. D. Felipe , médico del Sr. Maximiliano desde el año 1999 que transcribe en los elementos por los que sostiene que no podría conocer esa realidad dolosa que se cita en la sentencia. Añade que "de las declaraciones de los testigos D. Horacio y de D. Demetrio se extrae que mi representado desarrollaba sus funciones con total normalidad. En ambos casos, lo declarado se refiere a hechos previos al periodo en que se ejecutó el supuesto delito" y que " Horacio (asesor laboralista de HISPACOUNTER y TRATÉCNICA entre el año 2007 y el primer trimestre de 2011) declaró que mi representado era una persona normal y coordinada que no tenía ningún tipo de limitación (min 1:39:30 de la grabación de la sesión del juicio oral del día 12 de abril de 2018). Si bien, luego matiza que las conversaciones con el Sr. Maximiliano de las que sacó esas conclusiones se refieren a los años 2008, 2009 y 2010".

Pues bien, planteada la presunción de inocencia, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a



los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).

2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.

3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.

5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente

6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Sin embargo, hay que apuntar que sobre lo que descansa el alegato del recurrente es sobre su capacidad y grado de culpabilidad para conocer y querer lo se desarrolló en el periodo al que se sujeta el ilícito penal que, debe hacerse constar, se lleva a cabo de forma absolutamente consciente y deliberado de llevar a cabo una serie de operaciones a pesar de la conciencia del fraude que se cometía con el perjudicado y el perjuicio económico que se le iba a causar, lo que excluye en su ámbito de la actuación dolosa el alegato del recurrente; pero más aún, por la complejidad del diseño llevado a cabo y las evidencias de la realidad del fraude y de la concurrencia de los elementos de la estafa, sin que la existencia de ese tumor pueda reducir la gravedad de los hechos y la conciencia y voluntad con la que operaba el recurrente en un diseño que era facilitado por la relación de confianza derivada de cómo habían operado hasta la fecha en la que se desarrollan los hechos probados.

Nótese que en el hecho probado se fija que *La relación entre ambas partes era de total confianza, al no haberse producido incumplimientos por parte de ninguna de ellas a lo largo del tiempo, añadiendo que En el año 2011 TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL habían llegado a una situación grave e irreversible de insolvencia y conscientes de ello, D. Maximiliano y D. Marcelino, aprovechando la relación comercial que unía a las sociedades con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, decidieron, engañar a ésta a través de los departamentos financieros de las sociedades, mediante el procedimiento consistente en remitir los ficheros conteniendo información sobre deudas de terceros con las sociedades, con información falsa, referida a deudas inexistentes o hinchando las reales, provocando así que UBI BANCA INTERNACIONAL SA realizara transferencias a las sociedades "factorizadas" en la errónea creencia de que se resarciría con arreglo a lo acordado en los contratos, mediante el pago posterior de los supuestos deudores.*

Transferencias que no hubiera llevado a cabo de no haber sido engañada por TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL. Y ello lo llevaron a cabo los denunciados a sabiendas de que la situación en la que se hallaban en ese



momento las dos sociedades no iba a permitir tampoco resarcir a UBI BANCA INTERNACIONAL SA con dinero procedente de otros activos de las sociedades y que se omitió comunicar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA su inminente situación concursal; además de ello, al actualizar la lista de deudores interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA le proporcionaron información inveraz, incluyendo en la misma supuestos deudores con los que ya no se mantenían relaciones comerciales y se remitió a la entidad una información provisional económica también interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA, que contenía datos falsos y daba la apariencia de que las sociedades no sufrían problemas financieros.

Esta información que no respondía a la verdadera situación patrimonial y de negocio de las sociedades llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a renovar el contrato de factoring, firmando el día 14 de marzo de 2012 la acusada, D^o Agustina , por indicación de su marido, D. Maximiliano , en nombre y representación de ambas sociedades, un contrato de "factoring" sin recurso en el que figuraba un listado de deudores inveraz.

En el desenvolvimiento de este nuevo contrato desde las sociedades factorizadas se siguieron remitiendo ficheros conteniendo los datos de supuestas facturas inexistentes, o ya pagadas, o con importes superiores a los reales, lo que llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a ir abonando a las sociedades las cantidades resultantes de las correspondientes liquidaciones, sin que luego pudiera cobrar de los supuestos deudores los importes de las inexistentes deudas ni de TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL.

Y tras reseñar el quantum de las operaciones llevadas a cabo concluye que:

Esta forma de actuar fue llevada a cabo a través de los empleados de las sociedades, a los que les ordenaba hacerlo D. Marcelino , que actuaba para que las sociedades obtuvieran unas sumas de dinero que no les correspondían en virtud de lo pactado con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, habiendo tomado la decisión de actuar así junto a él D. Maximiliano , que, como principal socio de las dos compañías, era el mayor beneficiario del resultado del engaño.

TRATÉCNICA e HISPACOUNTER SL presentaron el 10 y el 25 de abril de 2012 respectivamente, solicitud de concurso voluntario, si bien desde meses antes había sido tomada la decisión de hacerlo, habiendo concluido el concurso de HISPACOUNTER SL con la declaración de culpabilidad de D. Maximiliano .

Aunque los extremos atinentes a la prueba que se refiere concurrente al recurrente se ubica en el FD nº 10 de la sentencia de instancia es preciso, dado que ambos recurrentes apelan a la vulneración de la presunción de inocencia, fijar las pruebas referenciadas por el Tribunal que implican a ambos recurrentes en su respectivo ámbito de la responsabilidad penal, y así debemos recordar que la valoración de la prueba sobre la que se sustenta el Tribunal descansa, como se coteja en el FD nº 2 de la sentencia, en base a la prueba practicada en el plenario en las siguientes pruebas explicadas con sumo detalle por el tribunal, a saber:

"1.- Los departamentos financieros de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL llevaran a cabo la conducta enjuiciada.

2.- No hay duda de la autenticidad de la documentación aportada consistente en:

a.- Correos relativos a los ficheros.

b.- Liquidaciones de UBI BANCA INTERNACIONAL SA, llevadas a cabo como respuesta a los ficheros recibidos.

c.- Información que las sociedades le transmitían sobre pagos recibidos directamente.

d.- Justificantes de las transferencias que la entidad llevaba a cabo.

e.- Comunicaciones por correo entre UBI BANCA INTERNACIONAL SA y los presuntos deudores de las sociedades.

f.- Informes periciales elaborados por D. Ruperto (folios 1.911 a 1914 y 2938 a 2945) y Da Dolores , (folios 427 reverso a 435), en los cuales se calcula, tras examinar toda la documental mencionada, los importes de las supuestas deudas que TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL comunicaba a UBI BANCA INTERNACIONAL SA para obtener liquidez, así como sumas cobradas directamente por dichas sociedades sin comunicárselo a UBI BANCA INTERNACIONAL SA y sumas cobradas por ésta a los deudores.

Estos peritos revisaron y comprobaron la documentación que enviaban TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL a UBI, las comunicaciones establecidas por UBI con los supuestos deudores y las contestaciones que éstos daban a los requerimientos de pago de las supuestas deudas, y las sumas que transfería en base a ellas a TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL, han quedado probados los importes de las supuestas deudas que TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL comunicaba a UBI BANCA INTERNACIONAL SA para obtener liquidez, las sumas cobradas directamente por dichas sociedades sin comunicárselo a UBI BANCA INTERNACIONAL



SA y las sumas que logró cobrar ésta a algunos deudores, así como la forma de llevar a cabo el engaño descrito en los hechos.

g.- Listados que remitían TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL a UBI, aportando datos de inexistentes deudas con determinadas empresas, con el fin de obtener liquidez.

h.- Liquidaciones que UBI llevaba a cabo a continuación.

i.- Documentos relativos a las transferencias que hacía a las sociedades.

j.- Declaraciones de los acusados y testigos, en concreto los testimonios de los representantes de las empresas cuyas supuestas deudas fueron cedidas a UBI, los cuales han confirmado la inexistencia de cada deuda, por no haber existido nunca o por haber sido satisfecha antes de su cesión".

Razones del operativo desplegado y llevado a cabo.

Explica el Tribunal las razones de por qué se realizaron los hechos probados que concurren en un delito de estafa por el que se condena en razón a:

"1.- Estafa para obtener liquidez.

La declaración de D. Marcelino (que mantuvo lo que ya había declarado en la fase de instrucción) permitió conocer los motivos que llevaron a dos sociedades que habían obtenido financiación en base a un mismo mecanismo durante unos veinte años, cumpliendo con aquello a lo que les obligaban sus compromisos, a engañar a entidad que les financiaba, mediante el procedimiento descrito en los hechos probados, con el fin de obtener liquidez.

2.- Uso de la estafa para compensar la bajada de la facturación por la crisis.

D. Marcelino, empleado de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL hasta junio de 2012, como Director Financiero y que no era socio de las mismas, relató cómo la crisis que atravesaba España acabó por afectar a las empresas, cuya facturación empezó a bajar de forma importante, sin que se adoptaran medidas para paliar la progresiva reducción de beneficios. Este acusado contó cómo, en un principio, cuando había una momentánea falta de liquidez, se decidió obtener financiación de UBI, simplemente remitiendo datos de facturas que sí existían, pero modificando las fechas de vencimiento o incrementando algo los importes, para más tarde, cuando desaparecía el problema de liquidez, compensar lo que habían recibido de UBI que no les correspondía, con supuestos cobros de facturas pagadas directamente por las deudoras, de modo que UBI no detectaba que la deuda no era cómo se había indicado en los listados porque no tenía que cobrársela finalmente a la empresa deudora.

Lo que empezó siendo una forma de obtener liquidez en momentos de escasez puntual, se fue convirtiendo en un modo de actuar habitual.

3.- Autoría de los recurrentes sres. Marcelino y Maximiliano y modus operandi.

A finales del año 2011 D. Marcelino y D. Maximiliano eran conscientes de que TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL se hallaban en una situación grave de insolvencia, ya no se trataba de conseguir adelantos de efectivo que luego se podrían compensar a UBI. D. Maximiliano y D. Marcelino decidieron seguir obteniendo financiación por el procedimiento de enviar ficheros conteniendo datos de facturas inexistentes o ya pagada o con importes superiores a los reales, a fin de que UBI les transfiriera lo correspondiente, deducidas comisiones y gastos, pero sabiendo que las sociedades, con su nivel de negocio, no iban a poder compensar a UBI por ese dinero adelantado y que UBI tampoco podría cobrarse de deudor alguno.

4.- Declaración del sr. Marcelino incriminando al Sr. Maximiliano.

D. Marcelino relató que D. Maximiliano, dueño de los 2 negocios, como socio mayoritario y administrador de hecho de los mismos, le decía que tenía un negocio a punto de cerrarse, que iba a dar una ingente cantidad de dinero y que estaba dispuesto a vender sus inmuebles para cubrir las sumas que estaban percibiendo ilícitamente, de tal modo que no se descubriría el engaño a UBI.

5.- Declaraciones de testigos que actuaron y con sentido incriminatorio.

a.- La descrita forma de obtener financiación, la conocían los empleados del departamento financiero de las sociedades.

b.- Eran los encargados de elaborar los ficheros y remitirlos a UBI.

c.- Habían recibido la orden de proceder de ese modo de D. Marcelino.

d.- Testigo D^a Magdalena, que era la que mandaba ficheros y comunicaba a UBI lo necesario y



e.- Lo declarado por la testigo D^a Mariana , que atendía desde UBI la gestión de los contratos con TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL.

6.- Documental y de las declaraciones de testigos y acusados respecto al ilícito proceder.

a.- Antes de renovar el contrato de "factoring", tras una ampliación de capital de ambas mercantiles, que no solucionaba el problema financiero de las mismas, se omitió comunicar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA su conocida e inminente situación concursal;

b.- Se dio información inveraz en cuanto a los deudores incluyendo algunos con los que ya no se mantenían relaciones comerciales y con ello se logró hacer creer a UBI que la situación patrimonial y de negocio de las sociedades era normal y no entrañaba riesgos financiarlas, llevando a dicho banco a firmar el día 14 de marzo de 2012 un contrato de "factoring" sin recurso en el que figuraba un listado de deudores inveraz.

7.- Relación contractual que vinculaba a las dos sociedades de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel con UBI BANCA INTERNACIONAL SA.

a.- No se discute por las partes que la relación se estableció en 1991, con un contrato de "factoring", que por entonces no era muy usual en España, contrato que se fue renovando en el tiempo y que, dado el buen funcionamiento del mismo, UBI BANCA INTERNACIONAL SA, permitía que no se cumplieran estrictamente las condiciones que se podían leer en sus cláusulas.

b.- También quedó acreditado en el plenario a través de los testimonios de los testigos y de D. Marcelino que en un principio la sociedad que recibía la financiación se obligaba a entregar al banco la factura física del cliente cuya deuda, aún no vencida, "cedía" al banco, el cual transfería a la sociedad la suma resultante de deducir del importe total de la factura, los gastos y comisiones correspondientes, pactados en el contrato. La sociedad se obligaba, asimismo, a comunicar al deudor en cuestión ese contrato con UBI, así como que deberían abonar la deuda a UBI a su vencimiento.

c.- En la fecha de los hechos denunciados la relación contractual entre las sociedades TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL y UBI había cambiado.

c.-1.- Por un lado, ya no había entrega de facturas físicas, únicamente se remitían ficheros que contenían los datos necesarios sobre las mismas.

c.- 2.- Por otro lado, las partes, al margen de la letra del contrato, estaban de acuerdo en que TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL podían cobrar directamente de los clientes, comunicándose a UBI, cuando el pago se produjera, con el fin de que se descontara la suma cobrada por la sociedad, de la liquidación correspondiente a la siguiente remesa de datos de facturas que enviara la sociedad.

c.-3.- UBI no comprobaba si las empresas a las que había facturado la sociedad habían sido informadas del contrato de "factoring". TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL no informaban a todos sus clientes y los que no deseaban pagar a UBI, podían pagar directamente a la sociedad acreedora.

c.-4.- La relación contractual entre UBI y las dos sociedades se desarrolla del modo descrito con el consentimiento de ambas partes y así lo confirmaron los testigos empleados de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL y de UBI que conocían la mecánica seguida".

Pues bien, y respecto al propio recurrente podemos sintetizar y resumir de forma ordenada los elementos de prueba en los que se basa el Tribunal en su FD n^o 10 para descartar este alegato del recurrente, motivando de forma racional, gráfica y contundente la conciencia y voluntad de éste acerca de cómo estaba actuando y el dolo inherente a su conducta, que no queda desarticulado con el alegato expuesto, ya que, como se expone, respecto al recurrente Maximiliano lo argumenta el Tribunal en el FD n^o 10, al señalar que:

"Su defensa sostiene que éste no se ocupaba desde 1995 de la gestión de la empresa, pero iba por allí a ver prototipos, pues le interesaban, dada su titulación profesional; que fue diagnosticado por el Dr Felipe de un tumor en el cerebro de 3 Comunidad de Madrid en septiembre de 2012, si bien debía haberse formado tiempo antes; y que carecía del dominio del hecho, pue era D. Marcelino el que llevaba las sociedades, tras haberse ganado la confianza de su jefe.

No obstante, este Tribunal considera acreditado plenamente que D. Maximiliano no sólo conocía lo que se estaba llevando a cabo en el seno de sus sociedades para solventar los problemas de liquidez, sino que dio la orden para que se actuara de este modo, sin perjuicio de a quién se le ocurrió la mecánica empleada. Para llegar a esta conclusión se han valorados los siguientes indicios:

1.- La declaración de D. Marcelino , el cual, tanto en la fase de instrucción, como en el plenario, dio una versión de los hechos absolutamente coherente y razonable que explicaba el devenir de la relación comercial



mantenida por las dos sociedades con UBI y que se ha visto confirmada por la documental y por la prueba testifical en cuanto al ilícito procedimiento de obtener financiación llevado a cabo. Es más, ni un solo dato aportado por D. Marcelino se ha visto contradicho por pruebas objetivas.

D. Marcelino no era socio de TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, siendo D. Maximiliano el directo beneficiado o perjudicado por la situación financiera de las mismas. La conducta delictiva tenía como objeto conseguir financiación para las mencionadas sociedades, sin que se haya ni tan siquiera insinuado por ninguna de las defensas que con la arriesgadísima forma de proceder de los departamentos financieros de las sociedades, D. Marcelino hubiera obtenido un beneficio personal distinto a alargar unos meses su condición de empleado. D. Maximiliano como socio mayoritario de las sociedades era el principal beneficiario de la estafa, poseía el dominio del hecho, resultando inverosímil que su empleado se atreviera a cometer un hecho de tal envergadura y gravedad penal sin su consentimiento.

2.- Han reconocido los acusados y los testigos, empleados de las sociedades, que D. Maximiliano acudía de forma regular a la sede de las sociedades y se entrevistaba con D. Marcelino, el cual, según declaró el propio D. Maximiliano en el plenario, le daba cuenta.

De las declaraciones de la mujer e hijos del acusado, prestadas en fase de instrucción y en el plenario, se infiere que éste era el que dirigía sus negocios. Así:

a.- D^a Agustina declaró en el plenario que lo que había contado en el Juzgado de Instrucción era la verdad, que su marido le dijo que le iba a nombrar presidente y D. Marcelino le acompañó y ello fue porque su marido quería jubilarse. Reconoció que le leían lo que firmaba, pero aseguró que no entendía lo que le leían. Contó que su marido un día le dijo que todo se había hundido, pero que no recordaba cuándo le dijo eso. Fue preguntada por sus manifestaciones del Juzgado de Instrucción, en el cual declaró que ella hacía lo que le decía su marido, que era el que le leía los contratos que firmaba y que era el que le decía lo que tenía que ir a firmar. También manifestó que creía que quién llevaba la empresa era su marido, aunque había una persona que llevaba la parte financiera. Finalmente, preguntada por su propio letrado sobre quién mandaba en las sociedades, contestó tajantemente que su marido. Esta afirmación resulta del todo incompatible con la tesis que mantiene la defensa de D. Maximiliano, en cuanto a que éste padecía desde los últimos meses de 2011 una notoria incapacidad para gestionar las sociedades como había estado haciendo hasta hacía unos años. Si hubiera sido así, con toda seguridad la acusada lo habría relatado en su primera declaración, pues a nadie se le escapa que si a un hombre incapacitado para tomar decisiones se le acusa de un delito grave que consiste en tomar decisiones ilícitas, resulta conveniente poner de manifiesto la imposibilidad de que dicha persona hubiera cometido tal delito. Del mismo modo que, si hubiera sido así, D. Maximiliano hubiera declarado en ese sentido desde el primer momento.

b.- D. Roque declaró en el plenario que el que dirigía las sociedades era D. Marcelino, que trataba muy mal a su padre y le manejaba a su antojo, si bien preguntado acerca de los motivos que le llevaron a no contar tal cosa en el Juzgado de Instrucción, en sus dos declaraciones, una como testigo, obrante a los folios 1039 y siguientes de la causa, que se interrumpió para citar al testigo en calidad de imputado y otra, ya en esta última calidad, folios 1106 y siguientes, se limitó a decir que no se le preguntó sobre ello. En la segunda declaración, que prestó el 13 de diciembre de 2012, manifestó que era D. Marcelino el que le daba órdenes y que no sabía que su padre inflaba facturas; que dejó de trabajar en HISPACOUNTER SL porque estaba harto de cómo se estaban haciendo las cosas; que su padre nunca le informó ni a él ni a sus hermanos de la mecánica de gestión de las empresas. Resulta muy significativo que este acusado en ningún momento mencionara que su padre tampoco sabía nada de la forma de financiarse de las sociedades y que era el Director Financiero el que hacía todo a espaldas de la familia y maltrataba a su padre, que era un pelele. Y resulta significativo porque cuando declaró D. Roque, su padre estaba imputado desde hacía más de un mes, como presunto autor de los delitos que se denunciaron por UBI BANCA INTERNACIONAL SA y sin duda padre e hijo habrían tenido oportunidad de hablar de lo ocurrido. La impresión que se obtiene de esta declaración es que D. Maximiliano no contó a su hijo que desconocía lo que las sociedades llevaron a cabo para obtener liquidez a costa de UBI BANCA INTERNACIONAL SA. Si efectivamente D. Maximiliano no hubiera tenido participación en el delito es incomprensible que no les contara tal cosa a sus hijos y a su mujer en cuanto conoció la querrela.

c.- D. Jose Daniel declaró en el Juzgado de Instrucción el 4 de diciembre de 2012 y en el plenario, pero mientras que en su primera declaración manifestó que hasta dónde él sabía el máximo responsable de la empresa era su padre (sin mencionar que D. Marcelino hubiera actuado sin consentimiento de ese máximo responsable), en el plenario declaró que D. Marcelino actuaba de forma imperiosa en la dirección y que quería matizar respecto a su anterior declaración que cada vez dirigía más. Una vez más cuesta entender que si su padre le hubiera contado que él no sabía nada de lo que el Director Financiero llevó a cabo, D. Jose Daniel no contase precisamente eso en su primera declaración, pues ello era esencial para apoyar la inocencia de su padre.



d.- D. Maximiliano estuvo firmando desde mayo de 2011 los listados de facturas que se enviaban a UBI. El acusado manifestó al respecto que firmaba sin conocer que había facturas falsas y que lo hacía porque así lo exigía UBI y es posible que efectivamente D. Marcelino le hubiera hecho creer que la razón de pedirle esas firmas era esa, pero lo cierto es que D. Maximiliano conocía la situación financiera de la empresa en aquellas fechas, la falta de clientes y de créditos suficientes para sostener la misma y conocía perfectamente el contrato que vinculaba a las sociedades con UBI, de tal manera que al aceptar firmar esos listados, que él sabía y veía que eran listados de facturas pendientes de cobro por las sociedades que se mandaban a UBI para que esta adelantara sus importes, D. Maximiliano estaba dejando constancia de que era plenamente consciente del engaño que regularmente se llevaba a cabo con UBI, habida cuenta que conocía que las sociedades ya no tenían semejante volumen de negocio y semejante número de facturas pendientes de cobro, por lo que sabía, igualmente, que aquellos listados no se correspondían con la realidad y que eran la forma de conseguir que UBI adelantara efectivo, creyendo que iba a poder cobrar aquellas sumas adelantadas porque los deudores de las mismas pagarían a la fecha de vencimiento que se le indicaba a UBI. Es decir, D. Maximiliano conocía que para obtener dinero de UBI había que contar a ésta que existían deudas pendientes de cobro y conocía, igualmente, que sus sociedades no habían facturado aquello que se incluía en los listados que le pasaban a firmar.

e.- La defensa de D. Maximiliano, D^a Agustina y D. Jose Daniel presentó en el Juzgado de Instrucción n° 47 de Madrid el 5 de diciembre de 2017, un documento supuestamente firmado por D. Marcelino el 5 de mayo de 2011, solicitando una reconstrucción de los autos, aduciéndose que había sido presentado anteriormente, el 22 de febrero de 2013 y no se hallaba en la causa. En dicho documento, que D. Marcelino no reconoce haber elaborado ni firmado, se lee: "Estimado Pedro, de acuerdo con lo comentado, te adjunto a continuación el documento que me ha transmitido Ubi Banca y que tendrás que firmar en lo sucesivo para poder continuar accediendo a la financiación vía póliza de crédito que tenemos acordada con ellos. En línea con lo que nos vienen solicitando, requieren que el aspecto formal de la financiación parezca un descuento de facturas. Me han comentado que esto no debería suponer ningún problema para nosotros, ya que no vamos a tener obligaciones adicionales y podremos acceder a la financiación de la póliza sin problemas, pero que a ellos les resulta fundamental a efectos internos y de riesgo. Yo me encargaré de confeccionar este documento, mandártelo para que lo firmes y hacérselo llegar a Ubi Banca".

No hay duda de que no es posible considerar auténtico el documento anterior, ante la falta de reconocimiento del mismo por parte de su presunto autor, pero por lo anteriormente expuesto, aunque el documento existiera realmente, de él no se desprende en modo alguno que D. Maximiliano desconociera la estafa que se venía realizando, lo único que se desprendería es que D. Marcelino quería que constara de algún modo que D. Maximiliano no era ajeno al delito, para evitar, precisamente lo que ha ocurrido, que se tratara de cargar sobre él toda la responsabilidad del hecho.

3.- En cuanto a D. Maximiliano, en el plenario manifestó no recordar su declaración de instrucción y creer que en 2011 ya estaba jubilado, si bien iba a la empresa y se encargaba de los productos.

a.- Explicó que mantenía una buena relación con D. Marcelino, que era el factótum de la compañía y se veían con frecuencia cuando él iba a la compañía, así como que D. Marcelino le daba cuenta en esas ocasiones. Conocía que las sociedades se financiaban con UBI.

b.- La empresa fue yendo a peor y él siempre creyó que podía salvarse. Sobre la renovación del contrato de "factoring" de febrero, se lo dijo el director financiero. Firmaba los listados para UBI porque lo pedía UBI.

c.- Se le exhibieron los documentos obrantes a los folios 927 a 992 y reconoció su firma. Si bien negó ser el autor de la idea original de mandar listados con datos falsos a UBI, cuando se le preguntó si D. Marcelino le dijo que había que dejar de hacer tal cosa, se limitó a manifestar que no lo recordaba, afirmando en cierto momento que no conocía la mecánica al detalle. Reconoció que aprobaba con su mujer e hijo las cuentas anuales que preparaba D. Marcelino y que no recordaba que le dijera a D. Marcelino que había que estar callados, que no le sonaba eso, siendo significativo que no negó haberlo dicho. La declaración de este acusado fue llamativa en cuanto a que fue el único que no atribuyó a D. Marcelino una actitud imperiosa, irrespetuosa con él, ni que le ocultara lo que ocurría en las sociedades. La impresión que dio D. Maximiliano al declarar fue la de no querer acusar a su director financiero de haber cometido el delito por su propia decisión y sin que lo supiera el acusado.

d.- Por más que no reconoció expresamente que conocía lo que se estaba haciendo para financiar a las sociedades, no confirmó expresamente en ningún momento la tesis de su defensa y de las del resto de la familia en cuanto a que D. Marcelino fuera un empleado infiel que por su propio interés en no perder su trabajo, le había engañado cometiendo un grave delito económico para posteriormente acusarle en falso en un procedimiento penal.



e.- Si fuera cierto que D. Marcelino hubiera actuado de una forma tan reproachable, resultaría más que natural esperar que D. Maximiliano se mostrara desde el inicio de la causa indignado con su empleado y denunciara con vehemencia su deslealtad hacia él y hacia sus hijos. Nada de eso se percibió en la forma en la que D. Maximiliano habló de D. Marcelino en el plenario.

f.- Por otro lado, D. Maximiliano reconoció despachar frecuentemente con D. Marcelino y que éste le mantenía al día del negocio y ni tan siquiera afirmó que se hubiera desentendido del mismo y únicamente fuera por la empresa a ver los prototipos o que su estado de salud le impedía enterarse de lo que ocurría por aquella época.

g.- En el Juzgado de Instrucción D. Maximiliano declaró que conocía que tenían un contrato con UBI, una póliza de crédito, que cada vez que necesitaban dinero hacían un formulario y lo remitían a la sociedad y esta ponía a su disposición el dinero. Insistió en no calificar de "factoring" el contrato que les unía a UBI.

h.- En cuanto a su mujer afirmó que sólo hacía lo que él le decía, resultando también esclarecedor que no dijera que era D. Marcelino el que le daba las indicaciones a su mujer.

i.- Respecto a las funciones de D. Marcelino afirmó que era el Director Financiero y a veces negociaba con las empresas las condiciones del préstamo y las relaciones con UBI las llevaba un auxiliar administrativo. Negó conocer que se remitieran facturas a UBI (lo cierto es que no se remitían al menos en el periodo de los hechos).

j.- Manifestó que devolvían el dinero a UBI cuando tenían efectivo y cuando los clientes pagaban transferían el dinero a UBI.

k.- Manifestó no tener conciencia de haber estafado a UBI, pero sí de que le debía dinero.

l.- Reconoció tener algún conocimiento de contabilidad y conocer lo que es un contrato de "factoring", así como que su formación de economista le venía de lo que se aprende en la vida diaria, pero que él no llevaba la administración.

ll.- Ni manifestó haber sido engañado por D. Marcelino, ni se mostró sorprendido de lo que se relataba en la querrela, simplemente se defendió calificando de crédito la relación con UBI y considerando que había incurrido en un incumplimiento contractual, al no devolver el dinero recibido.

m.- Tampoco alegó nada en cuanto a haber estado incapacitado para detectar lo que ocurría en su empresa en los últimos tiempos y que D. Marcelino hubiera cambiado sus funciones asumiendo el control total de las sociedades.

4.- *Dolo y conocimiento de lo actuado.*

D. Maximiliano era un ingeniero industrial, con conocimientos financieros, que llevaba veinte años administrando sus dos sociedades, utilizando el mismo sistema de obtención de crédito y que conoce las cuentas de las sociedades que el mismo aprueba cada año, así como la marcha general del negocio, al que acude con regularidad, entrevistándose con su Director Financiero, siendo la persona que da las indicaciones a su mujer cada vez que ésta, como representante de las sociedades que era, tenía que firmar algún documento o contrato, incluidos los contratos denominados de "factoring" que se firmaban periódicamente con UBI o con las empresas que antecedieron a ésta y que, según su mujer, él mismo le leía.

En enero de 2012, ante la evidencia de la lamentable situación financiera de sus sociedades, acudió a un despacho para que se preparara el concurso de las mismas y pese a ello decidió renovar el contrato de financiación con UVI, en marzo de 2012, a través del cual sabe que va a seguir obteniendo la financiación de las sociedades, que ya padecen una insolvencia irreversible, por la cual ya se ha tomado de la decisión de declararlas en concurso y, plenamente consciente de que UVI no renovaría contrato alguno de conocer la situación real de las sociedades, dispuso que se le ocultase la situación real.

Los hechos enjuiciados en esta causa se cometen en los últimos meses del año 2011 y los primeros de 2012, durante todo ese periodo D. Maximiliano conocía sin duda alguna que sus dos sociedades se hallaban en una situación crítica financiera y que ninguna entidad bancaria les concedería crédito de saber el estado real de sus cuentas o en base a sus deudores reales. D. Maximiliano no se había alejado de sus negocios y recibía información de su marcha de forma constante, siendo evidente que sabía que la financiación que se estaba obteniendo a través de UBI, en base al contrato de "factoring" se estaba consiguiendo a base de engañar a dicha entidad cada vez que se le comunicaban datos de supuestas facturas pendientes de cobro. Por más que D. Maximiliano pudiera no conocer el detalle de los clientes y deudas sobre los que se informaba falsamente a UBI, sí sabía, porque así lo ha declarado, que se mandaban listados de facturas porque UBI necesitaba cerciorarse de que no corrían riesgo al adelantar pagos a TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL y, puesto que D. Maximiliano conocía que las sociedades ya no tenían apenas volumen de negocio, es evidente que



sabía que la información que se trasladaba a UBI para que ésta creyera que sus abonos de dinero le serían devueltos, era falsa.

Ello explica que este acusado no haya declarado en ningún momento que fue engañado por D. Marcelino o que él nunca hubiera apoyado la forma que se eligió para mantener la liquidez de las sociedades. D. Maximiliano decidió actuar así, tal vez esperando que la situación se arreglara y no se descubriera el engaño si salía bien algún negocio que tenía en mente o vendía algún inmueble.

5.- No fue D. Marcelino el que contrató los servicios de un despacho de abogados para recibir asesoramiento sobre la forma de proceder, debido a la insolvencia de las empresas, sino que fue D. Maximiliano , el cual, después de haber puesto en manos de dicho despacho el asunto, le indicó a su mujer que firmara la renovación del contrato con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, en la forma explicitada en los hechos de esta sentencia (así lo declaró D^a Jose Daniel). No hay duda que D. Maximiliano , en marzo de 2012 seguía tomando decisiones trascendentes para las sociedades, sin que fuera el Director Financiero el que lo hacía sin dar cuenta a su jefe, como se ha pretendido por las defensas de los miembros de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel .

En resumen, ha quedado acreditado que D. Maximiliano no se mantenían ajeno a la marcha del negocio, que la seguía de forma constante, despachando con D. Marcelino , el cual le tenía al corriente de la situación y conocía los contratos que su mujer iba firmando con UBI, habiendo leído los mismos a su mujer y siendo plenamente consciente de que consistían en lo que se ha expuesto en los hechos probados de esta sentencia y que, por tanto, para recibir transferencias de UBI era necesario previamente remitir información sobre deudas de los clientes de TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL.

Dada la situación que atravesaban los negocios, D. Maximiliano sabía que si a UBI se le facilitaba información real de los créditos que las sociedades tenían contra sus clientes, no se alcanzaría suficiente financiación como para poder seguir manteniendo activas las empresas, atender al pago de los sueldos de los trabajadores y pagar los gastos corrientes, por lo que decidió y aceptó que se engañara a la entidad que había venido financiándoles para seguir obteniendo financiación como si el negocio funcionara de forma semejante a como lo había hecho en los tiempos de bonanza.

6.- *No se acredita incapacidad mental.*

La pretendida incapacidad mental de D. Maximiliano para tomar decisiones como la expuesta no sólo no se ha acreditado, a través de la declaración de su médico y de la documental médica aportada, sino que se ve palmariamente contradicha por las siguientes evidencias:

a- De llevar un tiempo el acusado sin control de sus negocios debido a que "chocheaba", como se pretende por la defensa, él mismo y todos los miembros de su familia en sus primeras declaraciones lo habrían puesto de manifiesto, por no hablar de que cualquier defensa hubiera aportado inmediatamente un informe médico que lo avalara, tratándose de un hecho que tan obviamente exculpaba al investigado, cuya conveniencia de poner de manifiesto era evidente, no solo para cualquier profesional del derecho, sino para cualquier persona sin conocimientos jurídicos.

b- El propio D. Maximiliano reconoce que iba a la empresa con frecuencia (probablemente a diario) que se preocupaba de los prototipos, que despachaba con D. Marcelino y éste le daba cuenta, que conocía que UBI financiaba a las sociedades a través de los contratos que se firmaban periódicamente. D^a Agustina declaró que su marido era el que mandaba en sus sociedades y el que le indicaba cuándo tenía que firmar algún documento o contrato y se los leía antes de hacerlo.

c- D. Jose Daniel declaró en el Juzgado de Instrucción que su padre necesitaba un trabajador y por eso entró en TRATÉCNICA SA y que el máximo responsable de la empresa, hasta donde él sabía era su padre, sin mencionar que éste tuviera problemas en los últimos tiempos.

d- Los trabajadores del departamento financiero de las sociedades, que conocían con exactitud lo que se estaba llevando a cabo, pues lo ejecutaban ellos, difícilmente hubieran aceptado el enorme riesgo que suponía actuar de ese modo, simplemente porque así lo ordenaba el Director Financiero. Difícilmente hubieran aceptado hacer lo que se les indicó si hubieran tenido sospechas de que el dueño de la empresa, su empleador, se hallaba incapacitado y no conocía ni aprobaba el ilícito procedimiento de financiación que la empresa utilizaba.

e- El testigo, D. Horacio , contratado como abogado para llevar los temas laborales de las sociedades, manifestó que en una ocasión, en 2010, respecto al despido de una empleada llamada IRENE, llamó a la empresa para preguntar qué hacer en la conciliación y el que le resolvió la duda fue D. Maximiliano , no D. Marcelino . También habló directamente con D. Maximiliano por un asunto que se llevó en Barcelona en 2009 y se perdió, pidiéndole explicaciones al respecto el mencionado Sr. Maximiliano . La impresión del testigo era



que quién llevaba la empresa era D. Maximiliano y que estaba normal. Que él habló con dicho acusado varias veces para recibir instrucciones y otras veces habló con el Sr Marcelino . En cuanto a sus propios honorarios, la única vez que tuvo que discutir sobre los mismos, lo hizo directamente con D. Maximiliano .

f.- El testigo D. Demetrio , auditor de TRATÉCNICA SA desde 1990 hasta 2011, contó que se relacionaba con D. Marcelino , pero en ocasiones trataba con D. Maximiliano , al cual le comentaba cuestiones. La situación a finales de 2011 parecía irreversible y la propiedad de la empresa ya no apostaba por sacarla adelante. Hizo la memoria de 2011 a finales de este año y principios del siguiente. Entre 2010 y 2.011 se produce un cambio en los fondos de la sociedad de 2.100.000 euros positivos a 208.000 euros negativos, lo que tuvo su origen, en parte en la desactivación de créditos fiscales para que no apareciera un activo ficticio, así como en el trato que se dio a unos créditos dudosos. Mantenía una comunicación fluida con la empresa.

g- El administrador concursal de TRATÉCNICA SA, el testigo D. Everardo , explicó que mediante el "papel pelota" se había logrado retrasar que fuera apreciable la situación de la sociedad, de modo que se retrasó el momento de la insolvencia y ello generó más insolvencia. A finales de 2011 la sociedad ya era insolvente. Él solicitó la declaración de culpable, en base a lo llevado a cabo para retrasar la percepción de la insolvencia, pero fue declarado fortuito y ha recurrido dicha decisión.

h- El doctor D. Felipe , declaró que en septiembre de 2012, por vez primera, fue consultado por D. Maximiliano por sufrir un deterioro cognitivo, siendo los síntomas que caminaba mal, se quedaba dormido, sufría pérdida de memoria y razonamientos extraños. Le fue diagnosticado un tumor benigno que ocupaba un espacio importante, de 3X2 centímetros y en abril de 2013 sufrió una caída, siendo intervenido en abril de 2014, extrayéndose parte del tumor y colocándosele una válvula para disminuir la presión. El tumor era de crecimiento lento, así que el testigo consideraba que debió haber aparecido unos seis años atrás. Fue la familia la que notó los trastornos, considerando el testigo que meses antes de septiembre de 2012 ya debía tener algún síntoma. Aunque el testigo dejó claro que comprendía las cosas y discernía entre el bien y el mal, considero que podía firmar cosas sin leerlas o sin escuchar.

i- Parece evidente que los síntomas no eran muy alarmantes hasta que D. Maximiliano acudió en septiembre de 2012 a ser examinado y que, a pesar de que se le descubrió un tumor, como el descrito, ello no le impidió seguir llevando a cabo una vida normal después de ese momento, pues el testigo en ningún momento relató que D. Maximiliano tuviera problemas que le impidieran comprender lo que ocurría en su entorno o decidir y, sin duda, muchos menos problemas tendría un año antes, puesto que su familia no consideró necesario llevarle al médico, habiéndose producido los hechos en los últimos meses de 2011 y primeros de 2012".

En consecuencia, queda evidenciado con el resultado de la práctica de la prueba y la correcta y coherente motivación del Tribunal que hemos diseccionado en aquellos elementos probatorios que conducen a concluir, como acertadamente motiva el Tribunal, a que el recurrente era consciente de lo que hacía, y que, aunque pudiera existir el proceso que sostiene, era plenamente consciente de lo que se estaba haciendo y de la concurrencia del dolo determinante de la estafa. Las pruebas que de forma ordenada articula el Tribunal en orden al diseño operativo desplegado a cabo conducen a la determinación de la existencia de prueba bastante y de cargo como para mantener y sostener la conciencia y voluntad del recurrente acerca de su actuación consciente y dolosa en orden a la ideación del modus operandi diseñado al objetivo del fraude que se consuma, como se argumenta de forma sólida por el Tribunal y que justifica por las acciones del recurrente su capacidad, no viciada, de conocer, querer y decidir lo que se llevó a cabo con el pretendido fin del engaño bastante que se produjo en el perjudicado, como consta probado.

Resulta , cuanto menos sorprendente, que bajo el "paraguas" de la crisis económica que asoló al país en la época de los hechos se lleven a cabo operaciones de defraudación para obtener liquidez de modo falsario y fraudulento y se mantengan durante el periodo de tiempo que consta probado. Con ello, los recurrentes quieren cobertura ante la crisis económica, pero ante otros empresarios que puedan estar en su misma situación y a los que perjudican realmente, y que pueden sentirse perjudicados por la propia crisis económica, pero, también, por la inmoral e ilícita conducta de quien pretende "cargar" su crisis económica a terceros y hacerles perjudicados doblemente. Las acciones desplegadas tienen doble reproche: moral y penal.

Además, frente al alegato incidente en el desconocimiento o falta de dolo de su actuación y que lo llevado a cabo desde TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL no tenía relevancia penal, porque la relación mercantil que se estableció con UBI no era un auténtico "factoring" y en lo que D. Maximiliano había incurrido, mostrándose éste expresamente responsable de ello, era en un incumplimiento contractual, asumiendo la deuda que había contraído con UBI señala el Tribunal que:

"Hasta el día 13 de diciembre de 2012, con ocasión del recurso contra el sobreseimiento de la causa respecto a D. Marcelino , la defensa de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel no introduce en la causa la tesis de que D. Marcelino cometió los hechos sin conocimiento del resto de los acusados.



Resulta más que obvio que ese desconocimiento, tan trascendente de ser cierto, se habría puesto de manifiesto desde la primera declaración de cada miembro de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel . Si no fue así es porque D. Maximiliano conocía lo que se llevó a cabo. De hecho el resto de los miembros de la familia sí basaron sus respectivas defensas en su personal desconocimiento de lo que se hizo desde las sociedades para obtener financiación.

Por todo lo expuesto, como ya se adelantó, este Tribunal considera plenamente acreditada la participación en concepto de autor de D. Maximiliano en los hechos que se han declarado probados anteriormente, sin que para ello sea necesario que conociera el detalle de las concretas deudas que se exageraban, se inventaban o se cobraban directamente, sin comunicarlo a UBI".

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 248 y 250 CP.

Sostiene el recurrente que "La existencia de engaño bastante es un requisito del delito de estafa previsto por el art. 248.1 CP. Dicho requisito típico no concurre en los hechos objeto de enjuiciamiento, pues el Banco renunció a obtener la cesión de facturas prevista por el contrato de factoring que vinculaba a las partes y permitió las disposiciones de la cuenta de crédito por las sociedades TRATÉCNICA e HISPACOUNTER previa remisión de simples listados de referencias de facturas, infringiendo así su deber de autotutela primario".

Pues bien, debemos rechazar el alegato del recurrente de que no existía engaño bastante, por cuanto de la abundante prueba expuesta y reseñada por el Tribunal resulta palmario que la concurrencia del engaño bastante resulta obvia.

Esta Sala del Tribunal Supremo ya ha hecho referencia, entre la doctrina jurisprudencial, sentencia 37/2013 de 30 Ene. 2013, Rec. 428/2012 que:

"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".

Se destaca en esta sentencia 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 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".

No debe entenderse que en el caso ahora analizado existiera una "autopuesta en peligro" por el hecho de la confianza depositada en la recurrente por los socios, ya que ello lo que integra es una agravación, precisamente, por ese abuso de las relaciones personales que da lugar a que estos no sospecharan de ella en las operaciones y documentos que presentaba a la firma, por cuanto creían en su honestidad y corrección, hasta que un examen detallado de las operaciones llevadas a cabo durante el periodo en el que se suceden los hechos da lugar a detectar los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo por la recurrente. Ciertamente y verdad es que, como luego destacaremos, los excesos de confianza pueden dar lugar a situaciones como la aquí ocurrida,



o, también, no disponer de un programa de *compliance* normativo en la empresa que hubiera evitado estos hechos durante largo tiempo.

Este último es un tema interesante que irá surgiendo en el desarrollo de esta filosofía de exigir a las empresas implantar estos modelos de *compliance* para evitar la denominada "*autopuesta en peligro*" que pueda suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos para realizar funciones como la aquí desplegada, puedan encontrar facilidades para llevar a cabo estas conductas de falsedad en documentos mercantiles y estafas en concurso medial. No disponer de estos modelos de *compliance* lo que genera en los casos de la delincuencia ad extra de directivos y empleados ex art. 31 bis CP es su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el "engaño bastante" a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotegerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa.

Así pues, la ausencia de un *compliance ad intra* en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss CP desde el punto de vista ad extra tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan "el debido control" entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el *compliance ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el *compliance ad intra* en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales".

En consecuencia, de la misma manera que en esta sentencia antes citada de la Sala se apuntaba que la alegada "*autopuesta en peligro*" de no existir fuertes mecanismos de control que puedan detectar y poder controlar y evitar estos fraudes que se cometen con frecuencia no exonera de responsabilidad hay que insistir en que el defecto en el cumplimiento normativo de detección de situaciones fraudulentas en las que las empresas pueden ser víctimas de estafas, como en este caso ocurrió, no supone una especie de "pasaporte" que permita a quienes diseñen y orquesten un mecanismo orientado al fraude que sean exonerados de responsabilidad, porque cosa distinta es la necesidad de mentalizar al sector empresarial que active los protocolos de detección de las estafas basadas en la confianza previa en relaciones contractuales anteriores sin el componente del fraude, y otra que estas conductas probadas engañosas queden impunes.

No puede configurarse la ausencia de mecanismos de protección, o el exceso de confianza en las relaciones contractuales, como un "cheque en blanco" para la ejecución de delitos patrimoniales. Y menos aun cuando la confianza está generada, como aquí ocurrió, en las relaciones previas en las que no se habían dado los hechos de estafa en las relaciones comerciales, lo que denota un "aprovechamiento" de esa confianza en la relación inter partes que, en cualquier caso, viene a ser terreno abonado para facilitar la estafa, y sin que el "relajamiento" de las condiciones de control en las operaciones lleve consigo la anulación de los elementos del tipo penal de la estafa. Decir lo contrario determinaría la impunidad de quienes mantienen contratos cumplidos para generar confianza y que en un determinado momento inician el *modus operandi* basado en el engaño bastante, aunque guiados por ese fortalecimiento en esa relación por la confianza guiada por el "previo cumplimiento".



Pero la inexistencia de lo que podríamos denominar "*coraza protectora ante las estafas*" que puede generar el *compliance ad extra* en estos casos puede conllevar la exoneración de responsabilidad. Lo denominamos *compliance ad extra*, por cuanto supone la implementación de medidas de autoprotección empresarial ante la delincuencia que se origina desde fuera de la empresa hacia la perjudicada, o, también, desde la propia empresa hacia fuera, lo que, a su vez, es lo que genera responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe un adecuado programa de cumplimiento normativo debidamente implementado ex art. 31 bis CP.

No obstante, en el presente caso se trató de una delincuencia *ad extra* de la empresa perjudicada que actuó sobre la misma basada en la confianza generada, y que ante el carácter bastante del engaño no pudieron actuar los mecanismos en la empresa de detección del fraude que se había generado, por medio del *modus operandi* descrito con claridad en el hecho probado generador de la estafa perpetrada. No puede, pues, imputarse, a la mercantil perjudicada que no perfeccionara mejor sus mecanismos de diligencia en la detección del fraude como vehículo conductor determinante de una exoneración de responsabilidad penal que se demanda, ya que la ausencia de estos mecanismos de control y la reiteración de este iter delictivo que se repite con frecuencia lo que debe llevar al sector empresarial es a acentuar y potenciar estos mecanismos de control interno y externo de estas conductas, pero no a facilitar la impunidad de quienes las cometan.

Por ello, se explica con detalle en la sentencia en el FD nº 5 el proceder engañoso del recurrente y el Sr. Marcelino que les incrimina de forma contundente con la prueba practicada y la concurrencia del engaño bastante.

Recogemos de forma ordenada y sistemática la contundente argumentación del Tribunal que gira en el FD nº 5 en orden a:

"1.- Se niega la estafa.

Se alega que en los años 2010, 2011 y 2012 se actuó de aquella manera con la esperanza de que las sociedades se recuperaran y no causaran perjuicio a UBI y que señal de ello es que se hicieran las ampliaciones de capital poco antes de la última renovación del contrato de "factoring".

2.- La declaración del Sr. Marcelino que evidencia la estafa y fraude consiguiente a UBI sin que esta lo pudiera detectar.

a.- Lo cierto es que parece probable que sea cierto lo que contó D. Marcelino en cuanto a que ya antes del lapso temporal objeto de este juicio, para obtener liquidez puntualmente se venía "engañando" a UBI con los ficheros que se le enviaban, pero a través de las liquidaciones y compensaciones con supuestas facturas cobradas directamente por las sociedades, UBI no detectaba las irregularidades, porque al final recibía todas las sumas que le correspondía.

b.- Ello es verosímil porque las deudas se pagan en ocasiones antes del vencimiento, en otras con cierto retraso y siendo lo habitual que la que cobrara al cliente fuera la sociedad "factorizada", la simple comunicación sobre dicho cobro a UBI permitía a ésta descontarlo de los adelantos que tenía que hacer y le impedía conocer si realmente la factura supuestamente cobrada por la sociedad existía y era de la suma y fecha de vencimiento indicadas en el fichero. Mientras la situación de las sociedades permitió ir trampeando de este modo, el engaño no se descubrió y tampoco llegó a causar un perjuicio patrimonial.

3.- El acto de engaño con desplazamiento patrimonial existía en cualquier caso.

Ahora bien, aunque al mantener esa forma de actuar cuando la situación era ya claramente de insolvencia, se hubiera tenido la esperanza de que algo revertiera la situación, ello no supone que no concurra el elemento subjetivo del delito de estafa, pues lo, que requiere es que se engañe a la víctima con la finalidad de conducirla a realizar un acto de disposición patrimonial, que sin mediar el engaño, no hubiera realizado.

4.- La conducta no era lícita porque no lo descubriera UBI.

El deseo o la remota esperanza de que una vez consumado el delito se pueda evitar que la víctima lo descubra, devolviéndole el dinero que salió de su patrimonio, no convierte en lícita la conducta. En cualquier caso, no existe en este caso duda alguna de que desde antes del periodo que es objeto de este juicio, la situación de las sociedades ya era irreversible.

a.-1.- Así lo declaró el testigo, D. Demetrio, auditor de TRATÉCNICA SA al explicar cómo la sociedad pasó de tener unos fondos propios de 1.900.000 euros positivos en 2010 a 208.000 euros negativos en 2011 a pesar de la ampliación de capital de 180.000 euros.

b.- Que realmente ese cambio fue debido a que se ajustaron las cifras eliminando unos créditos dudosos y unos créditos fiscales para que dejara de aparecer un activo ficticio.



- c.- El testigo afirmó que a finales de 2011 ya no se apostaba por la sociedad.
- d.- El administrador concursal de TRATÉCNICA SA, D. Everardo dejó claro que usando "papel pelota", la sociedad se dedicó a retrasar el momento de que fuera perceptible en las cuentas la situación de insolvencia, que ya padecía la sociedad en 2011.
- e.- En enero de 2012 ya se contrató un despacho para que diseñara el modo más conveniente de declarar a las sociedades en concurso, lo que denota que tenía que hacer meses que la situación era inasumible.
- f.- En cuanto a las ampliaciones de capital, resulta notorio que eran del todo insuficientes para resolver el problema de las sociedades, por lo que no resulta descabellado pensar que se trataba de un intento reforzar la impresión de solvencia ante UBI, que, como declaró el testigo D. Luis Angel, les reclamó una información provisional económica a fecha septiembre, recibiendo una falseada que solo daba pérdidas en una suma ridícula.
- 5.- Había error forzado por los recurrentes determinante de la estafa
- a.- La defensa de D. Maximiliano alegó, como sustento a su pretensión de inexistencia del delito de estafa, que el Banco no sufrió error, y ello lo argumentó afirmando que no adquiría ningún derecho de crédito, no había *traditio* y sabía que muchas multinacionales no admiten la cesión de facturas, de lo que el Letrado deducía que el banco sabía que no se cedían los créditos.
- b.- El letrado se refirió en apoyo de este argumento al documento obrante al folio 1050 de la causa, consistente en unos correos, de los cuales uno lleva fecha 14 de abril de 2011, y se lo dirige D^a Mariana de UBI a D^a Magdalena, diciéndole "te envío relación que nos envió Renault. Me espero a que me digas algo para cobrar". Ese mensaje contesta a uno del día anterior en el que Da Magdalena le pide a Mariana que le envíe la relación que les había enviado Renault a UBI, "en relación a lo que hemos hablado de Renault". En un correo posterior, de fecha 27 de abril, Magdalena le dice a Da Mariana que había reclamado el pago a Renault una vez más y que si veía que no, que se lo dedujera UBI en una liquidación.
- c.- De estos correos se desprende que UBI consentía con este cliente (como siempre ha reconocido esta empresa) que fuera TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL la que reclamara el pago y cobrara del mismo, pero también se desprende que UBI desconocía totalmente la inexistencia de la deuda y que D^a Magdalena iba dando largas, afirmaba estar reclamando a Renault y abonaba el terreno para decirle algún tiempo después a UBI que le descontaran el importe de aquella factura o facturas de una liquidación, con alguna excusa.
- d.- En el seno de una relación mercantil como la que se ha probado existía entre UBI y las sociedades de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel no resulta necesario que se produjera una auténtica cesión del crédito en el sentido civil de la palabra para que pueda hablarse de un delito de estafa.
- e.- Lo que las partes tenían concertado, por más que no coincidiera con los estrictos términos del contrato escrito de "factoring" era claro:
- e.-1.- UBI se obligaba a adelantar el importe de las facturas pendientes de pago a las sociedades TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL y
- e.-2.- Luego UBI cobraría bien a través de la sociedad acreedora, bien directamente de la deudora.
- e.-3.- Ambas partes estaban de acuerdo en que se procediera de este modo y obligadas a cumplir su parte, que en el caso de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL consistía en remitir información veraz a UBI sobre deudas pendientes de pago, cuyo importe deseaba que le adelantara UBI.
- e.-4.- Tanto si el crédito se cedía como si no, lo medular del contrato era informar verazmente a UBI de las deudas en base a cuya existencia ésta iba a llevar a cabo el acto de disposición patrimonial.
- 6.- El engaño en cuanto a la realidad de la deuda es "bastante" y provoca el acto de disposición patrimonial.
- a.- Que los términos del contrato eran los que se han expuesto reiteradamente se desprende:
- a.-1.- De lo declarado por D. Marcelino .
- a.-2.- Por los empleados del departamento financiero de las dos sociedades y
- a.-3.- Por los empleados de UBI
- a.-4.- Pero también se desprende de los términos del contrato y de su finalidad (que indiscutiblemente era la obtención de financiación a través del adelanto del pago de deudas aplazadas de los clientes de las sociedades) y



a.-5.- Del modo en el que se ha ido desarrollando a través del tiempo la relación comercial, que también se plasma en los correos aportados a la causa.

a.-6.- El hecho de que las sociedades, para cobrar los adelantos, tuvieran que remitir ficheros con todos los datos que aparecen en las facturas pendientes de pago, hace evidente que la obligación básica de las sociedades para obtener financiación era ofrecer esa información veraz sobre sus deudores, sin que fuera esencial que estos pagaran a UBI o a la sociedad inicialmente acreedora.

7.- El engaño al aportar datos falsos para obtener el dinero es evidente.

8.- El contrato de "factoring", actualmente se utiliza profusamente en España, carece de regulación sustantiva completa. Se ha venido considerando un contrato atípico del cual se ocupó el Anteproyecto de la Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014.

La cesión de los créditos al factor es un elemento característico de este tipo de contrato, pero no es la causa del mismo, sino el medio habitualmente elegido para conseguir el resultado económico perseguido con el mismo. En ocasiones se admite el "factoring" de créditos ya nacidos y no vencidos, aunque generalmente se hace respecto a créditos futuros derivados de la actividad comercial del cliente.

9.- Hay estafa se quiera llamar como se desee al contrato existente. La conducta enjuiciada presenta los elementos del tipo de la estafa, al margen de la naturaleza jurídica que quiera atribuirse al concreto vínculo contractual existente entre UBI y las sociedades TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL.

10.- Hay engaño "bastante" y el déficit de autotutela primario que se alega no determina la inexistencia de estafa. El "principio de autotutela".

Se alega que al no haberse aplicado por UBI los estándares de prudencia exigibles no hay estafa.

a.- Relación de confianza durante mucho tiempo.

En el caso que nos ocupa, el engaño se perfeña en el seno de una relación de confianza basada en unos 20 años de cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales, se mantiene de forma aparente la misma forma de proceder que en la época en la que no se producía el engaño.

b.- La información se daba, pero era falsa con tendencia engañosa para el fraude.

Pese a que la víctima toma medidas para tratar de eliminar riesgos de incumplimiento de la relación contractual, las sociedades le dan la información que les es requerida, faltando clamorosamente a la verdad y ocultando la situación de insolvencia, cuyo conocimiento por parte de UBI hubieran dado lugar al cese de dicha confianza y de la relación contractual.

c.- No exigibilidad a UBI de una conducta distinta a la que adoptó.

No era exigible a UBI, dado que no se había producido irregularidad alguna en los veinte años de desenvolvimiento de la relación mercantil, que procediera a contactar con cada deudor de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL y comprobara, antes del vencimiento, si las deudas cuya existencia afirmaban dichas sociedades eran reales y estaban pendientes de pago.

d.- Se detecta y se toman medidas.

1.- En cuanto se produjeron disfunciones claras, que no se solucionaban como lo habían venido haciendo hasta el momento, UBI trató de poner solución al problema, cuya verdadera naturaleza no conocía, consultando, ya sí, a los deudores y descubriendo el engaño.

2.- Como reiteradamente se oyó en el plenario, no exigir la remisión de facturas originales en papel, no supone negligencia alguna por parte de UBI BANCA INTERNACIONAL SA.

3.- La sociedad que facturaba en este caso era la factorizada, así que podía "fabricar" cuantas facturas necesitara para apoyar su engaño, sin que UBI BANCA INTERNACIONAL SA, con la posesión de esos documentos fuera a poder percibir nada que le permitiera sospechar.

4.- La sentencia del Tribunal Supremo invocada por la defensa de D. Maximiliano, nº 135/2015, trata la cuestión de forma muy ilustrativa, al exponer: "En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza. La atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no pueden perturbar esa atmósfera, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal. La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta inaplicable al supuesto ahora contemplado que guarda disimilitudes esenciales con los analizados en el ramillete de precedentes de esta Sala que el recurso trae a colación transcribiendo largos fragmentos.



5.- Una cosa es la maniobra engañosa burda y absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica) y otra extraer del tipo de estafa perjuicios ocasionados mediante engaños dirigidos a quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial.

6.- La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción. Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que sólo se podrán relajar una vez comprobada y acreditada su buena fe.

7.- 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.

8.- 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.

9.- Cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial.

10.- De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

11.- Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.

Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente y no bastante para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa".

Con ello, se destacan una serie de circunstancias que abocan a la desestimación del motivo que se sostiene contrario a la existencia del engaño bastante, ya que:

a.- La acción de TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL consistía en remitir información inveraz a UBI sobre deudas pendientes de pago, cuyo importe deseara que le adelantara UBI.

b.- Tanto si el crédito se cedía como si no, lo medular del contrato era informar inverazmente a UBI de las deudas en base a cuya existencia ésta iba a llevar a cabo el acto de disposición patrimonial.

c.- El engaño en cuanto a la realidad de la deuda es "bastante" y provoca el acto de disposición patrimonial.

d.- El hecho de que las sociedades, para cobrar los adelantos, tuvieran que remitir ficheros con todos los datos que aparecen en las facturas pendientes de pago, hace evidente que la obligación básica de las sociedades para obtener financiación era ofrecer esa información sobre sus deudores, sin que fuera esencial que estos pagaran a UBI o a la sociedad inicialmente acreedora.

e.- El engaño al aportar datos falsos para obtener el dinero es evidente.

f.- Como reiteradamente se oyó en el plenario, no exigir la remisión de facturas originares en papel, no supone negligencia alguna por parte de UBI BANCA INTERNACIONAL SA. La sociedad que facturaba en este caso era la factorizada, así que podía "fabricar" cuantas facturas necesitara para apoyar su engaño, sin que UBI BANCA INTERNACIONAL SA, con la posesión de esos documentos fuera a poder percibir nada que le permitiera sospechar".

La realidad de los elementos de la estafa era evidente y ha sido explicada de forma concluyente por el Tribunal.

Así, como ya ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 y posterior de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 262/2019



de 24 May. 2019, Rec. 1924/2017 sobre los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos civiles criminalizados, se pueden citar los siguientes:

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.
2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.
3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.
4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.
5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.
6. Propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento.

Esta sala del Tribunal Supremo refleja, en su sentencia de 11 de diciembre de 2000 que «el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento, versando el contrato sobre un negocio vacío que oculta la realidad de un atentado contra el patrimonio ajeno».

Nos movemos en el elemento puramente subjetivo del conocimiento e intención clara del sujeto de no cumplir con las estipulaciones marcadas en el contrato con la otra parte, y ello aunque haya iniciado, incluso, el cumplimiento de lo pactado entre las partes, ya que, si lo que pretendía era no cumplir definitivamente, no excluye la comisión del delito de estafa el hecho de que el sujeto haya dado inicio al cumplimiento de su prestación y posteriormente cese en este cumplimiento cuando era ésta su idea inicial.

O, como apunta el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su Auto 834/2016, de 28 de abril: en el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe, desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos. Esta doctrina es la conocida como la de los contratos civiles o mercantiles criminalizados.

De este manera, el negocio criminalizado que en este caso se cometió por ambos recurrentes sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, y así consta probado en este caso, y a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. Hay dolo más engaño y encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno (en el mismo sentido las de 12 de mayo de 1998 y 17 de septiembre de 1999).

En este sentido, el dolo no conlleva per se la concurrencia del ilícito penal, ya que en el marco del derecho civil es definido como vicio del consentimiento (arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Por ello, por sí sólo no constituye ese engaño requerido por el tipo de la estafa, es decir, la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado o perjudicados, haciéndoles creer y aceptar lo que no es verdadero.

El delito de estafa hace preciso que concurra por parte del sujeto activo un medio engañoso de cualquier tipo que induzca a la víctima, por la vía del error, a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación, que persigue desde el inicio ese fin lucrativo; sus elementos son, por tanto, engaño, ánimo de lucro, perjuicio y relación causal (SSTS 16 de junio y 16 de octubre de 1992, 18 de octubre de 1993, 15 de junio de 1995 y 31 de enero de 1996, entre otras).

El medio engañoso ha sido debidamente explicado por el Tribunal en la secuencia antes descrita en el FD nº 5 expuesto de forma sistemática.

Se exige, al mismo tiempo, un específico dolo que abarque esa voluntad en el sujeto de que, cuando realiza la actividad contractual con la parte perjudicada, no vaya a ejecutar la parte el contrato que al mismo le compete, unido ello a cualquier medio de engaño que lleve a la otra parte a aceptarlo por la vía de la creencia de que se va a producir ese cumplimiento que se le ofrece. El dolo por sí mismo entendido supondría aisladamente



la existencia de un vicio en el consentimiento que tendría sus consecuencias en la órbita del derecho civil, pero que, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, no es aceptado para entender que ese incumplimiento del contrato tiene efectos y sanciones penales.

Existe en este caso idoneidad del engaño para entender cometido un delito.

Esta Sala del Tribunal Supremo recoge, en sus sentencias de 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000, que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

También declaramos a estos efectos, en la sentencia de 24 de marzo de 1999, que «no se estiman suficientes los artificios engañosos si el sujeto pasivo de los mismos hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño y si tal actividad de comprobación lo era exigible por su calificación empresarial».

Del mismo modo, se añade en la sentencia de 21 de septiembre de 1998 que «no se trata de afirmar por el Tribunal que existe un derecho al engaño, a modo del pretendido dolo bueno, sino de limitar el derecho penal a sus justos términos no convirtiéndolo en un instrumento de protección penal de aquéllos que no se protegen a sí mismos o de quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado».

Y por el último, aunque se alegue la "posibilidad de detectar la estafa" el modus operandi descrito, las relaciones previas de confianza basadas en el cumplimiento no hacían girar la vista al perjudicado hacia la duda de que toda la información que se le enviaba era inveraz, como así se ha declarado probado.

Pues bien, además de lo expuesto anteriormente en cuanto a la concurrencia de los elementos determinantes de la estafa es preciso añadir que el Tribunal incide de forma motivada en el FD nº 3 de las circunstancias que le llevan a esa convicción y que agrupamos en los siguientes extremos, a saber:

"1.- Notoriedad de la insolvencia de las sociedades.

En el acto del Juicio Oral se hizo mucho hincapié en la fecha de la firma del último contrato de "factoring", 14 de marzo de 2.012, debido a que:

a.- Antes de dicha firma, ya era notoria la insolvencia de las sociedades.

b.- Ya estaba decidido que se declararan en concurso y

c.- Se decidió dar información falsa a UBI sobre la situación financiera de la empresa y los deudores que la misma tenía para lograr que UBI renovara el "factoring", permitiendo a ambas sociedades ir obteniendo importantes sumas de dinero que no respondían a deudas de clientes.

d.- No hay duda de que la firma de ese contrato se obtuvo mediante un *engaño bastante* y que las sumas que fue transfiriendo UBI a las sociedades después de dicha fecha, se debieron en gran parte a ese engaño.

e.- Engaño que era suficiente porque la confianza de UBI en las dos sociedades estaba plenamente justificada tras una relación de veinte años de cumplimiento de sus obligaciones por parte de las sociedades "factorizadas".

f.- UBI solicitó información y un listado de deudores actualizado, rechazó de entre ellos algunos que no le resultaban fiables y estudió las cuentas falseadas que se le enviaron desde las dos sociedades.

g.- Prueba sobre ello: Así lo han declarado los testigos empleados de UBI y consta documentalmente.

h.- El hecho de que los contratos previos se firmaran sin empleo de engaño por parte de las sociedades, no significa que antes de la firma de marzo de 2012, no se viniera cometiendo un delito continuado de estafa.

1.- Cada vez que TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL enviaban a UBI un fichero conteniendo datos relativos a deudas no reales, engañaban al banco, llevándole a error, haciéndole creer que podría cobrar las sumas supuestamente facturadas por las sociedades cuando las abonaran sus deudores al vencimiento, y ello llevaba a UBI a realizar el acto de disposición patrimonial consistente en transferir a las sociedades la suma obtenida después de restar a los importes de las facturas los gastos y comisiones y, si procedía, lo que TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL comunicaban a UBI que habían cobrado directamente del deudor por alguna factura que ya había incluida en ficheros anteriores enviados a UBI, por la que UBI ya había transferido lo pactado a la sociedad.

2.- La presentación de las facturas, con la inclusión de la cláusula de cesión pactada, ocultando al banco que las mismas no suponían garantía alguna del crédito, constituía el engaño o argucia dirigido a conseguir la financiación, destacándose que la presentación de las facturas se hacía con la maliciosa intención de inducir al banco al abono de cantidades de dinero que de otro modo no hubiera concedido a la sociedad y con la



"conciencia por parte de dichos acusados de que tales facturas no eran sino una apariencia engañosa de futura solvencia, sin constituir como decíamos verdadera garantía de pago del crédito".

Del mismo modo, en el FD nº 4 se añaden otros considerandos con respecto a la aplicación de los arts. 248 y 250 CP.

"1.- Actitud determinante de la estafa:

Enviar los ficheros conteniendo datos sobre deudas no reales, en el desenvolvimiento de la relación contractual entre las sociedades de la familia Maximiliano Roque Jose Daniel y UBI y se relatan de forma que permite conocer cuál es el objeto, de la estafa.

2.- Perjuicio de UBI entrega de dinero estafado por factura supuesta e irreal y gastos y comisiones por "factoring".

a.- Lo que UBI adelantaba de cada supuesta factura era el dinero estafado.

b.- También entra dentro de ese concepto lo que cobraba en calidad de gastos y comisiones derivadas del contrato de "factoring", pues obviamente UBI, adelantaba (o creía que adelantaba) las sumas que las sociedades le decían que les eran debidas por sus clientes, con el fin de obtener una remuneración por dicho servicio y dicha remuneración a la que tenía derecho y que por contrato se obligaba a pagar la sociedad factorizada, así como los gastos asumidos por UBI, entran dentro del perjuicio que sufría UBI por causa del engaño y constituyen actos de disposición patrimonial llevados a cabo a causa del engaño.

c.- Gastos y comisiones:

c.-1.- En cuanto a los gastos, porque de saber que las deudas no existían no se hubieran realizado y

c.-2.- En cuanto a las comisiones, porque de saber UBI que las deudas no existían, no hubieran prestado el servicio bancario que estaba prestando, que, indudablemente, tiene un valor económico, en este caso, el pactado por las partes.

3.- No conocimiento de UBI de la situación real. Había engaño.

Sugiere la defensa que UBI decidió regalar más de un millón de euros a las sociedades de los Maximiliano Roque Jose Daniel, a sabiendas de que no podrían devolver esa suma, al conocer que las sociedades ya no tenían negocio suficiente para generar ingresos que les permitiera seguir adelante con su actividad, pagar a sus trabajadores, etc.

a.- UBI ignoraba la realidad subyacente a las operaciones que le proponían los recurrentes y que entrañaban la estafa real.

a.-1.- Si UBI hubiera sabido que las supuestas deudas cuyo pago adelantaba no existían, en ningún caso hubiera adelantado ese pago.

a.-2.- Del mismo modo que no hubiera renovado el "factoring" en marzo de 2012, de haber sabido la situación preconcursal de las sociedades, por ser evidente que un riesgo de semejante entidad no lo asumiría banco alguno.

b.- Se detecta el fraude. UBI no conocía lo que estaba ocurriendo en realidad. Entendía que eran operaciones mercantiles reales en relación empresa-entidad que adelanta el dinero.

b.-1.- Cuando UBI detecta que el dinero adelantado no le es devuelto en el plazo habitual, acude en primer lugar a TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL para que le expliquen lo ocurrido y al no obtener explicación, acude a los supuestos deudores de las sociedades, comprobando la inexistencia de los créditos que creía haber adquirido.

b.-2.- Que UBI consintiera en que los deudores pagaran directamente a las sociedades factorizadas y que considerara normal que a veces se produjeran retrasos en los pagos o errores en los ficheros enviados, no indica ni evidencia en modo alguno que UBI supiera que TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL inventaban deudas para obtener efectivo. Resulta impensable que una entidad dedicada a financiar empresas asumiera un riesgo semejante".

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 74.1 CP.

Se alega por el recurrente que "se trata de un único hecho natural que constituye un único delito porque todos los actos se dirigen a la misma entidad financiera, durante un corto espacio de tiempo. Añade que en los



hechos probados no se recoge ningún acto individual de defraudación que exceda de 50.000 euros, por lo que ha existido doble sanción por el mismo hecho al aplicar el delito continuado".

Se añade que *si se hubiera reparado el perjuicio por mi mandante hubiera contado entonces también con dos atenuantes, que hubieran supuesto -por obvias razones de no discriminación en la individualización de las penas- esa misma rebaja en dos grados.*

Con respecto a esta segunda cuestión hay que añadir que el Tribunal argumenta en el FD nº 13º que "Se impone la pena de prisión en la extensión de dos años y la de multa en la extensión de siete meses y diez días, habida cuenta, una vez más la cuantía de lo estafado y el hecho de que, siendo este acusado el beneficiado por el delito, no ha reparado en modo alguno el perjuicio, ni consta que dedicara de su propio patrimonio bien alguno a aminorarlo, pese a que hasta el 3 de abril de 2012 era propietario, junto a su mujer de la vivienda unifamiliar de tres plantas y más de 300 metros cuadrados, que en dicha fecha donaron a sus hijos (folios 2.808 y siguientes de la causa)".

No puede, por ello, postularse rebaja penal cuando tal reparación no se ha efectuado y ampararse en una hipotética rebaja si se hubiera llevado a cabo, o, al menos, una consignación aproximada del perjuicio estimado, aunque la fijación final se haya fijado para ejecución de sentencia, estableciendo el Tribunal las bases para ello en la sentencia.

Con respecto al motivo referente a la continuidad desarrolla el Tribunal en el FD nº 7 la mención a la continuidad delictiva apuntando que:

"1.- Delito continuado.

a.- La continuidad delictiva debe apreciarse cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, lo que de forma clara ocurre en este caso.

b.- La defensa de D. Maximiliano adujo en su informe que en la conducta enjuiciada no se daba una unidad natural de acción, que se financiaban las sociedades cuando había un problema puntual de solvencia y se trataría de un único delito y que solo se produjo una lesión, no muchas acciones.

c.- Lo cierto es que si bien en una época anterior, que no es la que es objeto de este juicio, pudo haberse obtenido de forma puntual financiación, sin que UBI detectara el engaño, porque se cubría con un nuevo engaño, al informársele (cuando las sociedades lograban liquidez) de supuestos pagos de deudores a descontar, en el periodo por el que se denunció a los acusados, se había establecido una forma de operar no puntual, sino decididamente regular, consistente en ir engañando a UBI con cada listado, a fin de obtener una entrada de efectivo, aprovechando la ocasión que proporcionaba el contrato firmado entre la sociedad en cuestión y UBI, que constituía el soporte sobre el que se apoyaba el procedimiento empleado para ir cometiendo cada estafa.

d.- Se trata de distintas conductas, llevadas a cabo en distintas fechas, aprovechando idéntica ocasión.

e.- Entre las singulares estafas que integraron el delito continuado, al menos una de ellas lo fue por una suma superior a 50.000 euros.

En concreto, el listado que recibió UBI incluyendo facturas de GEARBOX y de VOLKSWAGEN, que llevaron a que UBI abonara a TRATÉCNICA SA la suma de 119.026,28 euros, en una transferencia de fecha 27 de diciembre de 2011.

En dicho listado se incluyeron las facturas:

-Factura de GEARBOX de 26/12/11 nº 00115574 con vencimiento 10/4/12, por importe de 55.224 euros.

-Factura de SEAT de 26/12/11, nº 00115146, con vencimiento 10/4/12, por importe de 14.267,50 euros.

-Factura de VOLKSWAGEN de 26/11/12, nº 00115658, con vencimiento 10/4/12, por importe de 51.547,40 euros.

Aunque la liquidación correspondiente a estas tres facturas diera lugar a una transferencia de 119.026,28 euros, lo cierto es que en cuanto a GEARBOX, UBI cobró el 10/5/12 a dicha empresa 21.140,98 euros, aun restando esa suma de la suma facturada, restan 34.083,02 euros.

En cuanto a la factura de SEAT, no consta entre las falsas y respecto a VOLKSWAGEN, la deuda "cedida" fue de 49.354,68 euros y UBI cobro de dicha empresa 4.518,5 euros, que restados de los 49.354,68 euros, arrojan la suma de 44.836,18 euros, por lo que en el mejor de los casos, el engaño fue sobre la suma de 78.919,2 euros.



Por lo tanto, en uno solo de los delitos de estafa que conforman el delito continuado, el remitir el listado que contenía las tres supuestas deudas mencionadas, se logró estafar a UBI 78.919,2 euros, suma que, incluso descontando comisiones y demás, excede claramente de 50.000 euros.

Ello es relevante, pues si ninguna de las estafas individualizadas que dan lugar al delito continuado hubiera excedido de la suma citada, habrá que estar a la doctrina del Tribunal Supremo, que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre de 2.007 recoge en los siguientes términos: "...El delito continuado 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 primera del artículo 74-1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración...". Este Acuerdo supone que tratándose de una apropiación indebida en la que la totalidad del perjuicio supera los 50.000 euros, sin que ninguna de las apropiaciones aisladamente consideradas llegue o supere esa cantidad, habrá de aplicarse la penalidad del artículo 250.1.5º del Código Penal, a la vista de la gravedad de la defraudación y, además, tratándose de delito patrimonial continuado, la pena se impondrá en atención a la totalidad del perjuicio causado pero sin aplicar la agravación vinculante del artículo 74.1 del mencionado texto legal, porque de lo contrario se estaría valorando dos veces un mismo dato para aplicar el artículo 250.1.5º y para imponer la agravación vinculante del artículo 74.1 del Código Penal.

Sin embargo, constatándose que sí se excedió la suma de 50.000 euros en uno solo de los ilícitos, será procedente aplicar las agravaciones previstas en el artículo 250.1.5º y en el artículo 74.1 del Código Penal".

Con ello, debe descartarse la oposición realizada al concurrir la operación llevada a cabo con la transferencia realizada que lo está en relación con las facturas de información inveraz, y aunque descontando lo que se pudo cobrar de las que sí respondían a posible cobro el quantum estafado de esa transferencia de adelanto está por encima de los 50.000 euros que hace operativa la agravante aplicada del art. 250.1.5º CP en continuidad delictiva.

Por ello, en cuanto a la queja por la apreciación de la continuidad delictiva hay que destacar que, como ya señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 262/2019 de 24 May. 2019, Rec. 1924/2017, es preciso recordar que la doctrina destaca que existen distintos supuestos:

- 1.- Unidad natural de acción.
- 2.- Unidad típica de acción o unidad jurídica de acción.
- 3.- Delito continuado.

Se nutren de la cualidad de conformar un único delito, y a los que han de resultar ajenos el instituto de la conexión, y su reverso la desconexión procesal, así como la pluralidad procesal tanto real como potencial, tanto de origen como de destino.

Al respecto de estas categorías (unidad natural de acción, unidad jurídica de acción y delito continuado), caracterizadas por conformar un único delito, refiere una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 91/2016) que:

1.- Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico.

2.- En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Así, la jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.

3.- En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.

4.- Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción.

En cuanto a los presupuestos que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha venido exigiendo tradicionalmente para la apreciación del delito continuado, se significan los siguientes:



- a) Una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes, pues, de resolver en el mismo proceso.
- b) Dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio que requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos delictivos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para practicarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarlos, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Por lo que, en suma, es el elemento básico y fundamental del delito del art. 74 del CP que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad de precepto penal violado, o al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de semejanza del tipo, se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.
- e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad. Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos.

En el presente caso la continuidad delictiva es evidente en cuanto a la pluralidad de hechos diferenciables que se relacionan con sumo detalle en el relato de hechos probados, habiéndose explicado en el FD nº 7 y en los hechos probados la reiteración delictiva en los adelantos reclamados por la entrega de justificantes que amparaban el fraude real llevado a cabo.

Con respecto a la agravación del art. 250.1.5º CP decir que esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 192/2019 de 9 Abr. 2019, Rec. 10632/2018 señala al respecto que:

"Debe recordarse que (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 611/2011 de 9 Jun. 2011, Rec. 2561/2010) en los casos de aplicación del subtipo agravado por la cuantía de lo defraudado existe compatibilidad con delito continuado (art. 74.1 CP) que no vulnera el ne bis in idem, según doctrina del Pleno no jurisdiccional de 30 Oct. 2007, cuando partiendo de la continuidad delictiva, alguna de las defraudaciones aisladamente consideradas excede 50.000 euros. Y como se cita en esta sentencia operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art. 250.1.6º cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; 662/2008, de 14-10; y 973/2009, de 6-10). (50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010).

De igual modo hemos recordado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 656/2013 de 22 Jul. 2013, Rec. 2149/2012, y también en la más reciente de esta Sala nº 162/2018, de 5 de Abril, que "Debe evitarse, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial (Sentencia 76/2013, de 31 de Enero o 173/2013, de 28 de febrero), que la apreciación de la continuidad delictiva, en supuestos de acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito continuado, como sucede en el caso actual, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio si es dicha acumulación la que determina la aplicación del tipo agravado por el valor de la defraudación y se aplica, además, la agravación punitiva del párrafo primero del art. 74 por la continuidad.

Es decir, en estos casos la continuidad produciría un doble efecto: en primer lugar, la traslación del delito sancionado del tipo básico al agravado, por efecto de la acumulación prevista en el párrafo segundo del art. 74. Y, en segundo lugar, la aplicación sobre este marco punitivo, ya agravado, de la norma que impone la pena en la mitad superior (art. 74, párrafo primero).

En el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 esta Sala proclamó lo siguiente: "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 primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Con este acuerdo, que recoge la doctrina jurisprudencial ya consolidada, se ha pretendido un doble objetivo, como se señala en las STS 997/2007, de 21 de noviembre, 564/2007, de 25 de junio y 173/2013, de 28 de febrero. En primer lugar resolver las dudas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. El hecho es que en esta categoría de delitos se aplica además una regla especial establecida en el art. 74.2º del CP que en algunas resoluciones ha llevado a sostener la exclusión de la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1º del mismo texto legal.



No existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1º del CP. De ahí la importancia del acuerdo adoptado en el mencionado Pleno, con arreglo al cual, el delito continuado de naturaleza patrimonial también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de aplicar al delito patrimonial las razones de política criminal que justifican la norma del art. 74.1º del CP (STS 284/2008, 26 de junio, 199/2008, de 25 de abril y 997/2007, de 21 de noviembre).

En segundo lugar, el acuerdo referido obliga a la exclusión del efecto agravatorio del art. 74. 1º en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho.

En las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP. Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1º del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado (o de la falta al delito).

En estos supuestos, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1º del CP, determinaría la vulneración de la prohibición constitucional del "bis in idem".

Pero esta exclusión no es aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a 50.000 euros, que por sí sola ya determina la aplicación del subtipo agravado por aplicación del número quinto del art. 250.1. En consecuencia, no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del art. 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas (STS 997/2007, de 21 de noviembre y 173/2013, de 28 de febrero, entre otras)".

Así pueden darse los siguientes supuestos, claramente diferenciables:

- a) Continuidad delictiva, sin cualificación (verbigracia: tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una).
- b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo).
- c) Continuidad delictiva y cualificaciones. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 50.000 euros cada uno, o uno al menos que exceda.

Dentro de esta modalidad puede ocurrir:

- 1) que las distintas cuantías, objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (vg.: 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno).
- 2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (verbigracia: cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno).

De todas las hipótesis contempladas, solo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.5 CP".

En el presente caso está correctamente aplicada la continuidad y la agravación, como bien ha explicado el Tribunal en el FD nº 7 y la constancia de la transferencia relacionada con el libramiento de las facturas relacionadas, fijando el Tribunal para acreditar esa agravación, relacionada con su constatación en los hechos probados por la mención de las facturas libradas que:

Aunque la liquidación correspondiente a estas tres facturas diera lugar a una transferencia de 119.026,28 euros, lo cierto es que en cuanto a GEARBOX, UBI cobró el 10/5/12 a dicha empresa 21.140,98 euros, aun restando esa suma de la suma facturada, restan 34.083,02 euros.

En cuanto a la factura de SEAT, no consta entre las falsas y respecto a VOLKSWAGEN, la deuda "cedida" fue de 49.354,68 euros y UBI cobro de dicha empresa 4.518,5 euros, que restados de los 49.354,68 euros, arrojan la suma de 44.836,18 euros, por lo que en el mejor de los casos, el engaño fue sobre la suma de 78.919,2 euros.



Por lo tanto, en uno solo de los delitos de estafa que conforman el delito continuado, el remitir el listado que contenía las tres supuestas deudas mencionadas, se logró estafar a UBI 78.919,2 euros, suma que, incluso descontando comisiones y demás, excede claramente de 50.000 euros".

El motivo se desestima.

RECURSO DE D. Marcelino

QUINTO.- 1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

El recurrente se queja de la inadmisión de prueba que propuso al comienzo del plenario, consistente en pericial caligráfica sobre un documento al parecer manuscrito que atribuye a D. Maximiliano . El documento que refiere el recurrente señala que consta que:

"En mi condición de Presidente de Tratecnica SA, miembro del Consejo de Administración de Hispacounter SL y persona de referencia en el control de ambas sociedades, por la presente te comunico, en nombre de ambas compañías el compromiso de mantenerte indemne de cualquier responsabilidad que te pudiera ser exigida en cualquier jurisdicción, en cuanto que como empleado, te has limitado a cumplir mis instrucciones provenientes de los órganos de administración".

Con respecto a esta cuestión refleja la sentencia del Tribunal que "Merece especial mención la que planteó la defensa de D. Marcelino , consistente en proponer como prueba un informe pericial caligráfico realizado sobre un documento supuestamente firmado por D. Maximiliano , así como la deposición en el plenario del perito que lo había elaborado. Los motivos que llevaron al Tribunal a inadmitir dicha prueba, fueron, en síntesis, que el documento no obra en la causa, ni se aportó por la parte en el Juicio Oral, de manera que lo que se trataba de aportar era un informe sobre la autenticidad de una firma plasmada en un documento, cuya existencia es alegada por el perito y la parte que lo propone, pero que ni el Tribunal ni el resto de las partes pudieron, por sí mismos, comprobar".

Sin embargo, la cuestión debe reconducirse al carácter de "no relevante" de la prueba propuesta al inicio del juicio por la vía del art. 786.2 LECRIM, ya que aunque exista el derecho a proponer pericial caligráfica al inicio de las sesiones llevando al perito también lo es que el objeto de la pericia no es trascendente al objeto del análisis ex post del alegato efectuado a la sentencia dictada y a la prueba que en ella se ha valorado adecuadamente como se desarrolla en la extensa y motivada sentencia del Tribunal. Pero nótese, sobre todo, que el contenido del documento no puede ser admitido por la expresa constancia que un coautor expresa y refiere a otro que no tendrá "responsabilidad penal" de lo que pudiere hacer en el desenvolvimiento de sus conductas en la empresa, lo que es absolutamente anómalo y de sentido desestimatorio, ya que un coautor no puede tener el carácter o cargo para "exonerar" de responsabilidad a otro con el mecanismo simple de recogerlo o expresarlo en un documento. De tal modo, los ilícitos penales y su comisión no se desenvuelven en la exclusión por un coautor frente a otros, en cuanto que alguno de ellos tenga la capacidad exoneradora de retirar la culpabilidad en las conductas de otros partícipes en el delito, ya que si la conducta de éstos es antijurídica, culpable y punible deberá responder por ello penalmente, en su caso, siendo los Tribunales, y no un coautor, quienes decidan si hay conducta antijurídica, culpable y punible. Resulta sorprendente que se elabore un documento de "exoneración de responsabilidades", en este caso penales y que se sostenga alegarlo con eficacia en el proceso penal, cuando es irrelevante a efectos exoneratorios.

Por ello, señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 307/2019 de 12 Jun. 2019, Rec. 931/2018 que, entre otros requisitos concurrentes en los supuestos de alegato de denegación indebida de prueba debe concurrir que:

"a.- La prueba debe ser entendida como "relevante".

Señala la doctrina que la relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia. No obstante, aun pertinente una diligencia de prueba, cabe la denegación de una prueba propuesta cuando sea innecesaria, si la prueba producida ha alcanzado una fuerza de convicción que no pueda ser conmovida en forma alguna por las declaraciones del testigo ausente.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer



la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

b.- Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.

Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim . cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

c.- La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016, "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

En ningún caso la denegación de prueba es trascendente en su inadmisión analizado el juicio ex post a la sentencia. Y ello, por no tener virtualidad un alegato exoneratorio de "todo lo que pueda ocurrir" asumiendo el firmante de un documento las responsabilidades que se deriven, lo que ya denota la extrañeza de un documento que no es habitual en las prácticas comerciales de exonerar de responsabilidad al colaborador en la práctica de una conducta a la que más tarde se le deriva responsabilidad penal.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 109 y siguientes CP.

Se alega por el recurrente que se le ha condenado a una responsabilidad civil cuando la perjudicada no la solicitaba, por lo que debe entenderse que renunciaba a exigírsela.

En materia de responsabilidad civil hay que precisar que el Tribunal recoge en el FD nº 12 que:

"El perjudicado en esta causa es UBI BANCA INTERNACIONAL SA para quién el Ministerio Fiscal ha solicitado la indemnización, pues no modificó sus conclusiones en este punto, sin perjuicio de las acciones que pueda emprender UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA contra UBI BANCA INTERNACIONAL SA en el caso de que esta última llegue a cobrar total o parcialmente la indemnización fijada en esta sentencia.

Puesto que no existe una relación de causalidad entre el delito enjuiciado y el perjuicio que haya podido sufrir UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, como consecuencia de la adquisición del negocio que le transmitió UBI BANCA INTERNACIONAL SA, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo que se desprende de su sentencia 724/2015, ya analizada, teniendo en cuenta que la posible asunción de perjuicio económico no deriva de obligación alguna, sino de un negocio libremente pactado, no cabe conceder a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA la cualidad de Acusación Particular en esta causa.

En esta sentencia ya se han expuesto los motivos por los que este Tribunal considera que el perjuicio sufrido por UBI BANCA INTERNACIONAL SA ascendió al menos a 1.328.393,68 euros, sin embargo, la única reclamación civil que puede ser tenida en cuenta en este juicio es la formulada por el Ministerio Fiscal, el cual, al modificar sus conclusiones, interesó que se indemnizara a UBI BANCA INTERNACIONAL SA en la suma que se determine en ejecución de sentencia por los peritos, D. Ruperto y D. Dolores como suma efectivamente transferida por UBI a las sociedades TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, añadiendo a la suma lo que se adelantó por las facturas de las empresas TRASBEGA SA y EUSKOTRENDEBEAK PERROC CASCOS SA. Puesto que la suma así determinada no va a exceder del perjuicio sufrido por UBI BANCA INTERNACIONAL SA y por aplicación del principio rogatorio que rige en cuando a la reclamación civil, procede conceder dicha indemnización en esta sentencia".



No puede concederse una exoneración de la responsabilidad civil en este caso habida cuenta que hay postulación de la fiscalía y no hay expresa renuncia del perjudicado.

En efecto, como ya expusimos en la sentencia de esta Sala 63/2019 de 26 Mar. 2019, Rec. 2263/2017 "Para que sea operativa una renuncia de indemnización debe ser esta expresa, no tácita. Solo la renuncia expresa del perjudicado veta al Fiscal para reclamar una responsabilidad civil y en este caso, esto no se ha producido".

Señala en este punto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1126/2006 de 15 Nov. 2006, Rec. 10241/2006 que:

"Una cosa es que la ausencia de personación del perjudicado en la causa penal no suponga que renuncia a la indemnización e, incluso, que la renuncia se haya de efectuar de forma expresa y terminante, como establece el artículo 110 del texto legal, y otra bien distinta y determinante que, en cualquier caso, deba existir siempre una pretensión formulada por perjudicado o Fiscal, para poder ofrecer al Tribunal la posibilidad de pronunciarse".

Señala, también, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 252/2017 de 6 Abr. 2017, Rec. 1382/2016 que:

"Olvida que, si bien aquellos principios imponen no dar más de lo que ha sido pedido, en este caso se reconoce que no se dio más de lo pedido por el Ministerio Fiscal. De ahí que la cuestión a debatir sea la de la legitimación del Ministerio Fiscal para formular tal pretensión indemnizatoria. Al respecto debemos señalar que el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al Ministerio Fiscal a entablar, juntamente con la penal, la acción civil y ello con independencia de que "haya o no en el proceso acusador particular".

La única excepción prevista es la de que el "ofendido renunciare EXPRESAMENTE su derecho". Es evidente que el mayor o menor acierto de ese ofendido actuando en el proceso, no supone renuncia expresa a ser indemnizado en ninguna medida. Ni en la cuantía ni en las personas que deban indemnizarle.

No cabe admitir que se vulnera el derecho de defensa al incluir a esos ofendidos entre los que deben ser indemnizados. Ejercitada la acción civil por el Ministerio Fiscal ninguna otra defensa sería concebible por el mero hecho de que el número de los que formulan esa misma petición sea mayor".

Hay que recordar que el Artículo 108 LECRIM señala que: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables. Y el artículo 112 LECRIM señala que: Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar".

Recordemos, como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1125/2011 de 2 Nov. 2011, Rec. 972/2011 que "la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil".

Pero es solo la renuncia del perjudicado la que extingue la acción civil, que, desde ese momento, no podían ya ser ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS 13/2009 de 20-1).

Por ello, y pese al alegato del recurrente de que no puede operar la expresa renuncia del perjudicado, como incide la sentencia antes citada, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108, que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo en el art. 110 en que es menester de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en el presente caso por una mera referencia al concepto concreto que reclama.

Consta en la sentencia recurrida en los antecedentes de hecho que: "En cuanto a la responsabilidad civil el Ministerio Fiscal solicitó la condena de los acusados a indemnizar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA la suma que se determine en ejecución de sentencia por los peritos, D Ruperto y D. Dolores como suma efectivamente transferida por UBI a las sociedades TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, añadiendo a la suma lo que se adelantó por las facturas de las empresas TRASBEGA SA y EUSKOTRENDIBEAK FERROC CASCOS SA. Dicha cantidad deberá ser incrementada con el interés de la Ley de Enjuiciamiento Civil." La condena instada en materia de responsabilidad civil lo es a ambos. No hay renuncia del perjudicado de carácter expreso, y, sobre todo, cuando quien formuló inicialmente el escrito de acusación particular BANCA INTERNACIONAL SA, no compareció al juicio, pero ni hizo renuncia expresa por escrito a la responsabilidad civil con respecto al actual recurrente, señalándose en los antecedentes de hecho que era esta "la que había calificado los hechos en la



fase intermedia, aunque sí lo hizo UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA solicitando como cuestión previa que se le tuviera por parte en el lugar de UBI BANCA INTERNACIONAL SA".

Nótese que este tema se trata en la sentencia en el FD nº 1 al reseñar que: "Se desprende la procedencia de rechazar la cuestión previa formulada por UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, no accediendo a la sucesión procesal que pretendía, de tal modo que, con arreglo al principio acusatorio que rige en nuestro derecho penal, no habiendo comparecido la ofendida y legitimada para ejercitar la acción penal, UBI BANCA INTERNACIONAL SA al acto del Juicio Oral, procede absolver a D. Roque y ALTA TECNOLOGÍA DE INFILTRACIÓN SL, que habían sido acusados únicamente por dicha parte y limitar el objeto del enjuiciamiento a los delitos continuados de estafa y apropiación indebida por los que formula acusación el Ministerio Fiscal, única acusación válida en este juicio". Con ello, la acusación formalmente válida fue la expuesta por el Ministerio Fiscal en la línea ya expuesta.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 3.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Señala el recurrente que no ha existido prueba suficiente sobre su autoría en relación con los hechos y que no existe prueba que acredite, más bien lo contrario, que D. Marcelino conocía que no se podría resarcir económicamente del daño causado con la mecánica criminal ideada por D. Maximiliano , a Ubi Banca. Cuestiona el proceso motivador de la sentencia en cuanto a la documental y testifical valorada en la sentencia.

Pues bien, como ya señalamos en el FD nº 2 de la presente resolución debemos recordar que la valoración de la prueba sobre la que se sustenta el Tribunal descansa, como se coteja en el FD nº 2 de la sentencia, en base a la prueba practicada en el plenario en las pruebas explicadas con sumo detalle por el Tribunal y que hemos expuesto en este FD nº 2, también, de nuestra sentencia y en la que consta, como sostiene la impugnación del Ministerio Fiscal, el propio reconocimiento que lleva a cabo el recurrente y la manifestación incriminatoria que lleva a cabo, que recoge el Tribunal en su motivación. Y a ello nos referimos a la hora de desestimar el alegato de la vulneración de la presunción de inocencia, ante la constatación de la abundante prueba de cargo expuesta por el Tribunal con un adecuado proceso motivador.

A estos efectos es preciso destacar, también, a mayor abundamiento, que en cuanto al recurrente la motivación de la sentencia es clara y rotunda en cuanto se explicitan argumentos que de forma individualizada, podemos desglosar y organizar en los siguientes considerandos, ya que lo desarrolla el Tribunal en el FD nº 9 señalando que:

Marcelino :

"Su participación en el delito en concepto de autor no plantea dudas.

Este acusado, ha reconocido que consciente de la situación financiera de la empresa, estuvo de acuerdo en obtener liquidez de la forma descrita en los hechos probados de esta sentencia, dando las órdenes necesarias a los empleados de las sociedades competentes para redactar los correos conteniendo información engañosa, así como renegociando periódicamente las condiciones del "factoring" y acudiendo a la firma del último contrato, al cual precedió el engaño previo ya relatado y plenamente conocido por el acusado.

Sorprendentemente la defensa de D. Marcelino alegó en su informe final que no había quedado probado que este acusado conociera que las remesas no se correspondían a deudas reales.

Ese conocimiento lo ha venido reconociendo sin ambages el Sr. Marcelino , de hecho, ha relatado que para tener un respaldo por parte de su jefe, le presentaba los listados de supuestas facturas que se iban a remitir a UBI, en los que se señalaban las facturas falsas con una F y las auténticas con una V, para que D. Maximiliano los firmara y constara que conocía la operativa y la aprobara factura a factura.

El hecho de que fuera el departamento de contabilidad de las sociedades, el que, dado su conocimiento de cada cliente y de la relación con UBI, eligieran las concretas facturas a inflar, decidieran cuáles inventar y cuáles pasar a UBI después de haber sido pagadas, no exime de responsabilidad a quién daba la orden de hacer dicha selección y conocía esa forma de conseguir financiación, por haberla decidido con el administrador de hecho de las sociedades.

Se alegó, asimismo, por la defensa de D. Marcelino que éste no tenía ánimo de lucro. Únicamente cabe recordar que el ánimo de lucro propio de los delitos patrimoniales no necesariamente tiene que ser de un lucro equivalente al perjuicio provocado y pueden cometerse con la finalidad de entregar lo obtenido a un tercero, sin que ello suponga que el autor carecía de ánimo de lucro.

En el caso de D. Marcelino, la conducta beneficiaba a las sociedades, en cuanto lograban liquidez para atender sus pagos, entre ellos los salarios, en los que se incluía el suyo, y tal vez para que los socios obtuvieran algún rendimiento (si bien esto último no ha quedado probado) pero esa intención de que las sociedades para las que trabajaba se beneficiaran económicamente y pudieran cumplir con sus obligaciones, ya constituye el ánimo de lucro exigido por el tipo penal.

Tampoco resulta trascendente que el engaño y el procedimiento empleado para obtener la financiación pudiera haberse realizado sin la intervención del Director Financiero, lo cierto es que éste intervino de forma protagonista, al dar las indicaciones a sus subordinados sobre la forma de actuar, con pleno conocimiento de lo que se estaba haciendo para obtener ilícitamente financiación.

Por lo expuesto, D. Marcelino debe responder como responsable criminalmente en concepto de autor del delito continuado de estafa ya descrito, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 28 del Código Penal, por la realización directa y voluntaria de los hechos".

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 4.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 248 y 250 en relación con el 28.1º CP.

El recurrente argumenta que el responsable de todo fue D. Maximiliano, que era quien tenía dominio del hecho, y que él solo seguía instrucciones y que en todo caso cuestiona su intervención como autor apelando a su diferencia con la complicidad.

Se ha fijado en el fundamento precedente la adecuada explicación del Tribunal acerca de que "su participación en el delito en concepto de autor no plantea dudas. Este acusado, ha reconocido que consciente de la situación financiera de la empresa, estuvo de acuerdo en obtener liquidez de la forma descrita en los hechos probados de esta sentencia, dando las órdenes necesarias a los empleados de las sociedades competentes para redactar los correos conteniendo información engañosa, así como renegociando periódicamente las condiciones del "factoring" y acudiendo a la firma del último contrato, al cual precedió el engaño previo ya relatado y plenamente conocido por el acusado".

Dado que el motivo alegado se ubica en la subsunción de los hechos probados en el tipo penal hay que recordar que consta en los hechos probados que:

"...En el año 2011 TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL habían llegado a una situación grave e irreversible de insolvencia y conscientes de ello, D. Maximiliano y D. Marcelino, aprovechando la relación comercial que unía a las sociedades con UBI BANCA INTERNACIONAL SA, decidieron, engañar a ésta a través de los departamentos financieros de las sociedades, mediante el procedimiento consistente en remitir los ficheros conteniendo información sobre deudas de terceros con las sociedades, con información falsa, referida a deudas inexistentes o hinchando las reales, provocando así que UBI BANCA INTERNACIONAL SA realizara transferencias a las sociedades "factorizadas" en la errónea creencia de que se resarciría con arreglo a lo acordado en los contratos, mediante el pago posterior de los supuestos deudores.

Transferencias que no hubiera llevado a cabo de no haber sido engañada por TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL. Y ello lo llevaron a cabo los denunciados a sabiendas de que la situación en la que se hallaban en ese momento las dos sociedades no iba a permitir tampoco resarcir a UBI BANCA INTERNACIONAL SA con dinero procedente de otros activos de las sociedades.

Junto a ello, puesto que UBI BANCA INTERNACIONAL SA permitía a las sociedades cobrar directamente de los deudores, tras percibir a través de TRATÉCNICA SA el importe de facturas de deudores reales, lo incorporaron definitivamente a su patrimonio, sin comunicárselo a la entidad bancaria, por una suma global de 61.454,22 euros.

Llegado el momento de renovar el contrato de factoring, con la finalidad de crear una imagen de solvencia inexistente y obtener financiación de UBI BANCA INTERNACIONAL SA, tras haberse llevado a cabo una ampliación de capital de ambas mercantiles que no solucionaba el problema financiero de las mismas, se omitió comunicar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA su inminente situación concursal; además de ello, al actualizar la lista de deudores interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA le proporcionaron información inveraz, incluyendo en la misma supuestos deudores con los que ya no se mantenían relaciones comerciales y se remitió a la entidad una información provisional económica también interesada por UBI BANCA INTERNACIONAL SA, que contenía datos falsos y daba la apariencia de que las sociedades no sufrían problemas financieros.

Esta información que no respondía a la verdadera situación patrimonial y de negocio de las sociedades llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a renovar el contrato de factoring, firmando el día 14 de marzo de 2012 la



acusada, D^o Agustina , por indicación de su marido, D. Maximiliano , en nombre y representación de ambas sociedades, un contrato de "factoring" sin recurso en el que figuraba un listado de deudores inveraz.

En el desenvolvimiento de este nuevo contrato desde las sociedades factorizadas se siguieron remitiendo ficheros conteniendo los datos de supuestas facturas inexistentes, o ya pagadas, o con importes superiores a los reales, lo que llevó a UBI BANCA INTERNACIONAL SA a ir abonando a las sociedades las cantidades resultantes de las correspondientes liquidaciones, sin que luego pudiera cobrar de los supuestos deudores los importes de las inexistentes deudas ni de TRATÉCNICA SA o HISPACOUNTER SL...".

Del mismo modo, se ha explicado en el FD n^o 3 antecedente la concurrencia de los elementos que ha tenido en cuenta el Tribunal para estimar concurrente el delito de estafa en su modalidad de continuidad delictiva y la intervención necesaria y no accesoria del recurrente, ya que ni es válido un documento por el que el anterior recurrente exima de responsabilidad alguna al actual recurrente por carecer de capacidad para llevarlo a cabo si esta conducta es constitutiva de delito, pero, además, el proceder del recurrente no es superfluo o colateral, sino que su conducta es esencial para la perfección del iter delictivo.

El recurrente pretende alterar la esencia del motivo alegado por la vía de la infracción de ley que afecta solo al aspecto jurídico, no al fáctico, y pretende revisar de nuevo todo el proceso valorativo de la prueba llevado a cabo por el Tribunal detallando en su motivo las pruebas que le llevan a entender que no es autor, y que, en su caso, debe degradarse a la complicidad, señalando que se trata "de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible".

No puede, pues extenderse y ubicarse la única responsabilidad en el anterior recurrente, ya que la posición del presente era necesaria y adecuada para la realización de los hechos, pues era quien conocía a los clientes y las cantidades que se facturaban, de forma que era quien podía confeccionar listados de facturas creíbles aunque no respondieran a la realidad, por lo que tenía dominio del hecho, al igual que el anterior recurrente.

Recoge la sentencia en el FD n^o 10 que:

"1.- Maximiliano acudía de forma regular a la sede de las sociedades y se entrevistaba con D. Marcelino , el cual, según declaró el propio D. Maximiliano en el plenario, *le daba cuenta*".

2.- Roque declaró en el plenario que el que dirigía las sociedades era D. Marcelino .

3.- Jose Daniel declaró en el Juzgado de Instrucción el 4 de diciembre de 2012 y en el plenario, pero mientras que en su primera declaración manifestó que hasta dónde él sabía el máximo responsable de la empresa era su padre (sin mencionar que D. Marcelino hubiera actuado sin consentimiento de ese máximo responsable), en el plenario declaró que D. Marcelino actuaba de forma imperiosa en la dirección y que quería matizar respecto a su anterior declaración que cada vez dirigía más.

4.- Maximiliano estuvo firmando desde mayo de 2011 los listados de facturas que se enviaban a UBI. El acusado manifestó al respecto que firmaba sin conocer que había facturas falsas y que lo hacía porque así lo exigía UBI y es posible que efectivamente D. Marcelino le hubiera hecho creer que la razón de pedirle esas firmas era esa.

5.- Maximiliano , explicó en el plenario que mantenía una buena relación con D. Marcelino , que era el factótum de la compañía y se veían con frecuencia cuando él iba a la compañía...aunque la impresión que dio D. Maximiliano al declarar fue la de no querer acusar a su director financiero de haber cometido el delito por su propia decisión y sin que lo supiera el acusado. ... Por otro lado, D. Maximiliano reconoció despachar frecuentemente con D. Marcelino .

6.- El hecho de que fuera el departamento de contabilidad de las sociedades, el que, dado su conocimiento de cada cliente y de la relación con UBI, eligieran las concretas facturas a inflar, decidieran cuáles inventar y cuáles pasar a UBI después de haber sido pagadas, no exime de responsabilidad a quién daba la orden de hacer dicha selección y conocía esa forma de conseguir financiación, por haberla decidido con el administrador de hecho de las sociedades.

7.- Intervino de forma protagonista, al dar las indicaciones a sus subordinados sobre la forma de actuar, con pleno conocimiento de lo que se estaba haciendo para obtener ilícitamente financiación. Por lo expuesto, D. Marcelino debe responder como responsable criminalmente en concepto de autor del delito continuado de estafa ya descrito, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1^o del artículo 28 del Código Penal, por la realización directa y voluntaria de los hechos.

La constancia en los hechos probados de la "coparticipación relevante" en el iter ideado y ejecutado por ambos de la actuación fraudulenta declarada probada impide considerar al recurrente como cómplice en su caso.

El motivo se desestima.

RECURSO DE "UBI BANCA S.P.A, SUCURSAL EN ESPAÑA"

NOVENO.- 1.-Infracción de precepto constitucional previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 24 y 25 de la constitución.

Carencia de legitimación para recurrir en casación. "UBI BANCA S.P.A, SUCURSAL EN ESPAÑA" ha presentado recurso de casación, pero no es parte en el procedimiento ya que la sentencia, como en el mismo recurso se reconoce, no ha admitido su personación, ni como acusación particular, ni como actora civil por no ser víctima ni perjudicada.

Se refiere por la recurrente que "la resolución de instancia fija que UBI BANCA S.P.A SUCURSAL EN ESPAÑA, no está legitimada para ejercer la acusación particular en el acto del juicio oral, considerando que tal apartamiento del proceso, integra denegación arbitraria del derecho de acceso a la jurisdicción que ha causado (y causará) un irreparable perjuicio y una irreparable indefensión. Tal apartamiento ha conllevado no poder ejercer la acción penal ni tampoco a tener a UBI BANCA S.P.A SUCURSAL EN ESPAÑA como actor civil, denegándole en consecuencia, el cobro de la indemnización declarada en sentencia, que lo ha sido a favor de UBI BANCA INTERNATIONAL, S.A, única a la que la sentencia considera perjudicada y ofendida por el delito condenado, pero que contrariamente a lo manifestado en la sentencia, tanto ésta como la SUCURSAL EN ESPAÑA, carecían ya de personalidad jurídica tanto en el acto del juicio oral como en el momento del dictado de la sentencia, por haber desaparecido ambas dos, motivo por el cual se planteó y reiteró como cuestión previa, la sucesión procesal a favor de la Sucursal en España de UBI BANCA S.P.A., que ha sido denegada en la sentencia ahora recurrida".

Se cuestiona por el Ministerio Fiscal con acierto que la recurrente no es parte en el procedimiento ya que la sentencia, como en el mismo recurso se reconoce, no ha admitido su personación, ni como acusación particular ni como actora civil por no ser víctima ni perjudicada, y, en consecuencia, carece de legitimación para interponer recurso de casación.

Lo que se postula por el recurrente es admitir la posibilidad de la sucesión procesal por parte de la Sucursal en España de UBI BANCA S.P.A y con ello el ejercicio de la acción penal y civil cuando ésta fue ya ejercitada por LA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UBI BANCA INTERNATIONAL, S.A con la interposición en el año 2012 de la correspondiente querella.

Se reconoce por el recurrente que justo el día antes del juicio celebrado el 6 de abril de 2018, es decir, el **5 de abril de 2018** "se presentó un escrito al que se acompañaba abundante documentación, ante la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con traslado al resto de las partes personadas, consistente en escrituras públicas notariales debidamente apostilladas y traducidas al idioma español con traducción jurada, que acreditaban sin lugar a ningún género de duda, la TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN UNIVERSAL de todos los derechos, obligaciones, activos y pasivos, gestionados hasta la fecha o relacionados con la totalidad de las actividades desarrolladas a través de la Sucursal de UBI BANCA INTERNATIONAL,S.A pasando a ser por dicha transmisión, su única titular UBI BANCA, S.p.A."

Se reconoce, además, que "La cancelación de la hoja registral de la SUCURSAL EN ESPAÑA, equivale al certificado de defunción de la persona física, pasando de forma simultánea a partir de esa **fecha 1 de abril de 2017** , UBI BANCA S.P.A, a ser la titular de todos los activos y pasivos gestionados hasta esa fecha o relacionados con las actividades desarrolladas a través de la Sucursal en España de UBI BANCA INTERNATIONAL, S.A así como a gestionar dichos activos y pasivos y negocio en su conjunto (también respondiendo de las deudas de ésta), a través de la Sucursal en España de UBI BANCA S.P.A."

Se añade que:

"Dicha constitución de la Sucursal en España de UBI BANCA S.P.A, se llevó a cabo 2 de marzo de 2017, para absorber precisamente el negocio de la anterior Sucursal, como se desprende de las actuaciones, entre otros del documento nº 2 aportado junto con nuestro escrito de 5 de abril de 2018, consistente en la escritura notarial de constitución de la sucursal en España de fecha 2 de marzo de 2017, con efectos desde el día 1 de abril de 2017, fecha en la que se transmitió el negocio de la Sucursal en España de UBI INTERNATIONAL, S.A en la Sucursal de UBI BANCA S.P.A".

Pues bien, trata la sentencia de instancia en dos FD, en los nº 1 y 14 este tema atinente a la invalidez de ser tenido por parte al recurrente.

Y, así, en el FD nº 1 señala que:



"UBI BANCA SPA, SUCURSAL EN ESPAÑA interesó, como cuestión previa, que se le tuviera por parte de esta causa en el lugar que había ocupado UBI BANCA INTERNACIONAL SA, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse transmitido el objeto litigioso desde ésta última entidad a la primera, siendo muy relevante que en ningún momento pretendió que se hubiera producido una sucesión de empresas, sino simplemente una transmisión del objeto litigioso, consistente en el negocio bancario que UBI BANCA INTERNACIONAL SA tenía en España y fue transmitido durante la causa a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA.

Frente a esta pretensión, la defensa de D. Maximiliano, a cuyas alegaciones se adhirieron las demás, se mostró disconforme, considerando que no procedía acceder a tal sucesión procesal, habida cuenta que la acción penal no es transmisible y que entre UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA y UBI BANCA INTERNACIONAL SA no se había producido una sucesión de empresas, sino que ésta última era la sucursal en España de una entidad italiana que había adquirido la sucursal española de UBI BANCA INTERNACIONAL SA. En su informe final la mencionada defensa afirmó, en apoyo de su pretensión, que UBI BANCA INTERNACIONAL SA sigue existiendo en la actualidad, en contra de lo alegado por la Acusación Particular y que dicha entidad cedió su negocio en España, como rama de actividad, a UNIONE DE BANCA ITALIANA SP.

Puesto que la cuestión no se planteó hasta el inicio del Juicio Oral, se acordó decidir sobre la misma en sentencia, advirtiendo a las partes que si la decisión era contraria a acceder a la sucesión procesal, UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA sería excluida del procedimiento y con ello la acusación que hubiera formalizado en el plenario decaería.

Del análisis de la documentación aportada por la representación de UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA se desprende que el 20 de abril de 2017 se formalizó en Escritura Pública en España una operación mercantil extranjera de "transmisión de negocio y cierre de sucursal en España", compareciendo ante el Notario de una parte dos apoderados de la sociedad UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA, (UBI Banca), con domicilio social en Italia y de otra parte, un apoderado de UBI BANCA INTERNACIONAL SA, (UBI Internacional) con domicilio en Luxemburgo.

Se expone en la escritura que la sociedad italiana comenzó a realizar en España desde el 1 de abril de 2017 actividades bancarias a través de su sucursal española registrada como UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA, Sucursal en España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

Se expone, igualmente, que UBI Internacional realizó hasta el 31 de marzo de 2017 actividades bancarias en España a través de su sucursal española registrada como UBI BANCA INTERNACIONAL SA, Sucursal en España. En el contexto de una reorganización y reestructuración societaria del Grupo "UBI Banca" en España, Italia y Luxemburgo, entre otros países, UBI Internacional y UBI Banca (esta última titular del 99,99% de las acciones de UBI Internacional) acordaron transmitir la rama de actividad correspondiente al negocio de la Sucursal de UBI Internacional a UBI Banca (la "operación").

Como resultado de la operación, el negocio de la sucursal en España de UBI Internacional se ha integrado en la sucursal de UBI Banca, pasando el 1 de abril ésta a operar y dejando de hacerlo la primera. Con arreglo a la legislación luxemburguesa se acordó sujetar la transmisión al régimen de escisiones, lo que supone que la transmisión conlleva la sucesión universal a UBI Banca de todos los activos y pasivos correspondientes a la sucursal de UBI Internacional.

El 6 de diciembre de 2016 el Consejo de Administración de UBI Internacional aprobó el cierre de la sucursal de UBI Internacional.

El 20 de diciembre de 2016 se suscribió por UBI Internacional y UBI Banca el Proyecto Conjunto de Transmisión.

Tras el cumplimiento de la condición suspensiva establecida entre las partes, el día 1 de abril fue fijado como fecha de efectividad de la transmisión. La sucursal en España de UBI Internacional se cerró en la fecha mencionada.

En la Escritura Pública de 20 de abril de 2017 las partes manifiestan que como consecuencia de la Operación se transmiten por parte de UBI Internacional a UBI Banca todos los derechos, obligaciones, activos y pasivos gestionados por, o relacionados con las actividades desarrolladas a través de la sucursal de UBI Internacional hasta el 1 de abril de 2017, con arreglo al régimen de transmisión por sucesión universal automática regulado en la Ley luxemburguesa. El precio de compra fue de -280.000 euros, precio pagado por UBI Internacional, la vendedora, a favor de UBI Banca, la compradora.

De lo expuesto se desprende que la defensa de D. Maximiliano acierta al afirmar que UBI Internacional, que es la querellante y la Acusación Particular de este procedimiento, no se ha extinguido en modo alguno, en contra de lo que afirmó la Letrada de UBI Banca, si bien lo cierto es que ésta no solicitó que se apreciara la sucesión



procesal basada en una sucesión de empresas, sino en la transmisión del objeto litigioso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como consta en el escrito presentado en nombre de dicha entidad el día anterior al inicio del Juicio Oral.

En el ámbito civil son los artículos 1535 y 1536 del Código Civil los que se refieren a la cesión de créditos litigiosos, mientras que procesalmente la cuestión se regula en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual se refiere al objeto litigioso, es decir lo que sea objeto del juicio.

El apartado 1 del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: "Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente." Más adelante este artículo dispone: "No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvenición, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa".

El mismo precepto prevé en su apartado segundo que resolverá el Tribunal por auto cuando la otra parte manifieste su oposición.

El artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene encaje en nuestro procedimiento penal. Dicho precepto parte de la transmisibilidad de los créditos litigiosos que regula el Código Civil en los artículos 1535 y 1536, no existiendo un precepto análogo en nuestro Código Penal, ni en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establezca que en determinados delitos o en todos, es posible transmitir la condición de ofendido por el mismo, que es la condición que legitima para ejercitar la acción penal.

Resulta necesario distinguir entre la figura del ofendido por el delito y la del perjudicado por el mismo. Si un sujeto agrede a otro, lesionándole y éste es asistido en un Centro Sanitario como consecuencia de la agresión, sufriendo gastos dicho Centro, éste únicamente podrá ser considerado perjudicado por el delito y actuar como actor civil en la causa penal, siendo el agredido (auténtico ofendido por el hecho ilícito) el que estará legitimado para ejercer la Acusación Particular.

La condición de ofendido por el delito no se transmite y únicamente, en el caso de fallecimiento está prevista la sucesión procesal en la jurisdicción penal, supuesto al que cabe equiparar la sucesión en el ámbito empresarial, que requiere que una compañía desaparezca, ocupando su lugar otra. Pero, como ya se ha indicado, no es ese el motivo invocado por la Letrada de UBI Banca para solicitar que se le permita en esta causa ejercer la Acusación Particular, sino que invoca expresamente la transmisión del objeto litigioso prevista en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Conviene recordar que una "sucesión procesal" es un cambio que se produce en la posición original de una parte cuando durante la pendencia de un procedimiento, se sustituye ésta por otra y dicho cambio tiene como posibles causas: el fallecimiento del titular originario (artículo 16 Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); la transmisión inter vivos del objeto litigioso del pleito (artículo 17 Ley de Enjuiciamiento Civil); y la sucesión en casos de intervención provocada (artículo 18 LEC).

De forma muy tajante la defensa de D. Maximiliano proclamó la imposibilidad de aceptar la sucesión procesal propuesta por UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, por no ser transmisible la acción penal, sin invocar resolución alguna que hubiera rechazado de plano la posibilidad de una sucesión procesal en un procedimiento penal, puesto que a juicio del letrado la cuestión era meridianamente clara y no era necesario abordarla con más empeño.

Acudió el letrado, no obstante, al artículo 109 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de explicar su tesis. El artículo en cuestión se refiere al derecho a ejercitar la acción penal, previendo que sean las víctimas del delito y que si éstas hubieran fallecido o desaparecido por razón del delito, una serie de allegados de las mismas, además del derecho a ejercer dicha acción de ciertas asociaciones y administraciones locales.

De cualquier modo, la cuestión suscitada en este caso, en el cual la acción penal ya fue ejercitada correctamente por el ofendido por el delito, con la interposición de la querrela, se contrae a si es posible que, una vez ejercitada la acción que provocó la incoación del procedimiento penal, pueda suceder a quién ejercitó la acción penal otro sujeto, por haberse colocado en la posición del primero respecto a los intereses que legitimaron a aquel para ser parte acusadora en el procedimiento.

El artículo 109 bis no tiene por objeto limitar los titulares de la acción penal, sino regular los derechos de las víctimas y de otros perjudicados por los delitos cometidos contra éstas. De hecho, como dispone el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley." Distinto es quién está legitimado para constituirse como parte acusadora en el procedimiento.



Ahora bien, la sucesión procesal prevista en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil trae causa del artículo 1.112 del Código Civil, en cuanto éste permite que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación sean transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario y es al adquirente del objeto litigioso al que la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga la facultad para solicitar que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente en el pleito pendiente, sin que el transmitente pueda solicitar que se le tenga por aportado del procedimiento, debiendo ser aprobada judicialmente la solicitud del adquirente.

En el ámbito civil la transmisibilidad del objeto litigioso no plantea problemas, pero no ocurre lo mismo en el ámbito del derecho penal, en el cual el objeto litigioso no se aviene bien con la transmisión. Sin duda, ello es claro en el caso de los delitos que atacan bienes jurídicos eminentemente personales, como la vida, la intimidad, la libertad sexual o la salud. En el caso de los delitos patrimoniales, es cierto que, cuando se produce un perjuicio de esta clase, se genera una deuda del responsable penal frente al perjudicado, que no siempre es el ofendido por el delito. Lo que pretende la Acusación Particular es que tratemos la transmisión del crédito del perjudicado por el delito como si de una transmisión del objeto litigioso del procedimiento penal se tratara, permitiendo que el adquirente de dicho crédito, no solo pueda ejercitar su acción civil contra el deudor en el procedimiento penal, en calidad de actor civil, sino que pueda suceder al acusador particular, ejerciendo la acción penal que éste tenía, acudiéndose al mecanismo de la Ley de Enjuiciamiento Civil previsto para los casos en los que se transmite el objeto litigioso, pero sin respetar estrictamente su regulación.

Ahora bien, una cosa es ser el perjudicado por el delito y otra adquirir el crédito que nació en el patrimonio del perjudicado por el delito. En este último caso, no nos hallamos ante un perjudicado por el delito, sin perjuicio de que pueda admitirse la posibilidad de ejercitar dicho crédito civil en la jurisdicción penal, como mero actor civil.

... Es posible que con la cesión de derechos y de negocio que UBI Internacional y UBI Banca llevaron a cabo, ésta última haya podido adquirir el derecho a cobrar la deuda que TRATÉCNICA SA y HISPACOUNTER SL tenían frente a UBI BANCA INTERNACIONAL SA, pero ello no significa que UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA se haya visto perjudicada por el delito ni legitima a UBI Banca para ejercitar acciones penales, sucediendo a la ofendida por el mismo.

El cambio de perjudicado es precisamente lo que se produce en el caso de las aseguradoras que abonan la indemnización correspondiente al perjuicio causado por el delito o en el caso del Estado que asume el pago de las indemnizaciones de un hecho ilícito penalmente.

... El perjuicio que pueda haber sufrido la entidad que adquiere el negocio en el seno del cual se cometió el delito, no fue directamente causado por el delito, habiendo asumido el perjuicio UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA de forma discrecional y voluntaria, con posterioridad a la consumación y agotamiento del delito, por lo que en ningún caso se daría la necesaria relación de causalidad que el Tribunal Supremo exige para considerar a un sujeto perjudicado directo por un delito y, en consecuencia, legitimado para ejercer la Acusación Particular.

De lo expuesto se desprende la procedencia de rechazar la cuestión previa formulada por UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, no accediendo a la sucesión procesal que pretendía.

La defensa de D. Maximiliano también consideró que UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA carecía de legitimación para actuar como actor civil en el procedimiento, recordando que el Tribunal Supremo admitió el ejercicio de la acción civil, no de la penal, en su acuerdo de Sala de 30 de enero de 2007, referido a aseguradoras y también lo admitió cuando una entidad pública se había hecho cargo del pago de indemnizaciones por los perjuicios causados por un hecho delictivo. Sin embargo, esta cuestión deberá tratarse únicamente en el caso de que la sentencia sea de signo condenatorio de alguno o todos los acusados y se establezca la obligación de abono de una indemnización".

El Tribunal de instancia, además, refleja en su FD 14º la cuestión atinente al ámbito de la responsabilidad civil que queda diferida para ejecución de sentencia, como consta en el fallo, a cuyo tenor:

"D. Marcelino y D. Maximiliano deberán abonar, en concepto de responsables solidarios a UBI BANCA INTERNACIONAL SA la suma que se determine en ejecución de sentencia a través de un informe pericial, como suma efectivamente transferida por UBI BANCA INTERNACIONAL SA a las sociedades TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, por facturas que no se correspondían con deuda real, añadiendo lo que adelantó la entidad bancaria por las facturas de las empresas TRASBEGA SA y EUSKOTRENDIBEAK FERROC CASCOS SA sin que dicha suma pueda exceder de 1.328.393,68 euros, para lo cual se encargará la elaboración del dictamen, si ello es posible a los peritos, D Ruperto y D. Dolores ."

Señala, así, además, en este FD nº 14 la sentencia que:



"La cuestión que resta por dilucidar en esta sentencia es la relativa a la posibilidad de que UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA sea tenida por Actor Civil en este juicio y, en consecuencia, la indemnización se le conceda como perjudicada por el delito o como subrogada en el derecho que tenía UBI BANCA INTERNACIONAL SA.

La defensa de D. Maximiliano , a cuyas alegaciones y pedimentos se adhirieron el resto, interesó que no se concediera tal posición procesal a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA.

Cuesta entender por qué la mencionada entidad, una vez adquirió el negocio, hace ya más de un año, no solicitó la sucesión procesal en esta causa con tiempo suficiente para que la cuestión quedara resuelta antes del Juicio Oral, con pleno conocimiento de todas las partes de lo planteado por UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, incluida UBI BANCA INTERNACIONAL SA a quién se le hubiera notificado cada proveído.

Puesto que el Ministerio Fiscal no modificó sus conclusiones en cuanto a quién debería abonarse la suma en la que se fije la responsabilidad civil, de no tenerse por Actor Civil a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, la indemnización le corresponderá a UBI BANCA INTERNACIONAL SA, sin perjuicio de las acciones que UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA pudiera ejercitar en el ámbito civil contra ésta, habida cuenta que el contrato firmado entre ambas entidades transmite a ésta segunda los créditos de la primera. Ahora bien, el hecho de que UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA haya adquirido el crédito que UBI BANCA INTERNACIONAL SA tuviera frente a TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL en el momento de la transmisión, no convierte a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA en un tercero perjudicado por el delito.

Como ya se expuso, el Código Civil contempla la transmisión del crédito litigioso, estableciendo ciertos requisitos para su validez y la Ley de Enjuiciamiento Civil regula cómo puede subrogarse el adquirente del crédito litigioso en la posición procesal del transmitente en un juicio ya iniciado, imponiendo también una serie de condiciones para que el Tribunal apruebe dicha sucesión procesal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene tal previsión y por tanto no establece mecanismo alguno para que un simple adquirente voluntario de un crédito civil, que pueda haber surgido de un delito que se está enjuiciando, pueda subrogarse como actor civil en la posición del perjudicado por el delito. Lo cierto es que el modo de proceder de UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, solicitando la sucesión procesal en base a la transmisión del crédito litigioso, el día anterior al Juicio Oral y sin solicitar la suspensión de éste, hacía imposible resolver sobre su petición como se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en caso de oposición, dicha norma prevé un trámite de alegaciones y posterior resolución motivada.

El artículo 113 del Código Penal establece: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

En la sentencia del Tribunal Supremo, 105/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 485/2017 se hace referencia a que el mencionado artículo incluía en su redacción anterior la expresión "por razón del delito", lo que ha llevado a interpretar a algunos operadores jurídicos que actualmente no se halla limitado el ámbito del derecho a ser indemnizado en el procedimiento penal a los perjudicados directos por razón del delito, pudiéndose extender a terceros que hayan reintegrado de algún modo al perjudicado directo y que se subrogarían en su condición de legitimados para su reclamación en el procedimiento penal, lo que lleva a recordar el ya mencionado Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 2007 reconoció a las entidades aseguradoras legitimación para reclamar en el proceso penal las cantidades satisfechas a los perjudicados en virtud del contrato de seguro concertados con los mismos, subrogándose en la posición de perjudicado.

En la sentencia mencionada se expone: "Debemos diferenciar en esta materia, la cuestión de quién es perjudicado, de cual sea la causa petendi de la reclamación; ámbitos que se cruzan y que aparentemente dan lugar a resoluciones contradictorias.(...) "Como ya expusimos, la responsabilidad civil objeto de pretensión acumulada en un procedimiento penal no resulta privada de su naturaleza civil, con el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia; pero además la pretensión civil sometida a esos principios se identifica por sus sujetos, objeto y causa petendi". (...) "En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido".



Hasta aquí es claro que la posición de UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA no es la de los sujetos que se han visto obligados a realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones por el delito, pues dicha entidad libremente decidió adquirir un negocio que se había visto tiempo atrás perjudicado seriamente por la comisión de un delito y lo adquirió, teniendo en cuenta el valor de dicho negocio, de hecho, lejos de pagar un precio por el negocio, lo recibió valorado en negativo y fue el vendedor el que pagó al comprador cierta cantidad. No cabe hablar en este caso de un pago derivado directamente del ilícito penal.

Cuestión distinta es que, puesto que en el contrato de venta UBI BANCA INTERNACIONAL SA transmite a UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA sus créditos contra terceros y lo que pueda resultar de los juicios pendientes en el momento de la venta, UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA podrá acudir a la vía civil para reclamar a UBI BANCA INTERNACIONAL SA el cumplimiento de dicho acuerdo, si efectivamente UBI BANCA INTERNACIONAL SA llega a cobrar total o parcialmente la indemnización derivada del delito objeto de esta causa.

Ahora bien, por más que esa indemnización, en virtud del negocio civil entre las dos entidades, se la adeudara UBI BANCA INTERNACIONAL SA a UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA, no parece que esté acreditado que se corresponde con un perjuicio sufrido por UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA por el delito enjuiciado, toda vez que se desconoce la verdadera dimensión de dicho perjuicio, que, como ya se ha expuesto, no deriva del delito cometido por los acusados, no siendo posible conocer la influencia que el mismo tuvo en la fijación del precio del contrato de compra que voluntariamente (y no por estar obligado a ello) UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA celebró.

De lo expuesto se desprende que el perjudicado en esta causa es UBI BANCA INTERNACIONAL SA para quién el Ministerio Fiscal ha solicitado la indemnización, pues no modificó sus conclusiones en este punto, sin perjuicio de las acciones que pueda emprender UNIONE DI BANCHE ITALIANE SPA contra UBI BANCA INTERNACIONAL SA en el caso de que esta última llegue a cobrar total o parcialmente la indemnización fijada en esta sentencia.

Puesto que no existe una relación de causalidad entre el delito enjuiciado y el perjuicio que haya podido sufrir UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA, como consecuencia de la adquisición del negocio que le transmitió UBI BANCA INTERNACIONAL SA, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo que se desprende de su sentencia 724/2015, ya analizada, teniendo en cuenta que la posible asunción de perjuicio económico no deriva de obligación alguna, sino de un negocio libremente pactado, no cabe conceder a UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA la cualidad de Acusación Particular en esta causa.

En esta sentencia ya se han expuesto los motivos por los que este Tribunal considera que el perjuicio sufrido por UBI BANCA INTERNACIONAL SA ascendió al menos a 1.328.393,68 euros, sin embargo, la única reclamación civil que puede ser tenida en cuenta en este juicio es la formulada por el Ministerio Fiscal, el cual, al modificar sus conclusiones, interesó que se indemnizara a UBI BANCA INTERNACIONAL SA en la suma que se determine en ejecución de sentencia por los peritos, D. Ruperto y D. Dolores como suma efectivamente transferida por UBI a las sociedades TRATÉCNICA SA e HISPACOUNTER SL, añadiendo a la suma lo que se adelantó por las facturas de las empresas TRASBEGA SA y EUSKOTRENDEBEAK PERROC CASCOS SA. Puesto que la suma así determinada no va a exceder del perjuicio sufrido por UBI BANCA INTERNACIONAL SA y por aplicación del principio rogatorio que rige en cuando a la reclamación civil, procede conceder dicha indemnización en esta sentencia".

Pues bien, sujetándose el motivo a que se postula se declare *la nulidad de la Sentencia por vulneración de los derechos fundamentales alegados y con devolución al Tribunal Sentenciador, se dicte una resolución judicial ajustada a Derecho, donde tras aceptar la legitimación de esta acusación particular* debe tenerse en cuenta que no es posible equiparar ofendido por el delito con perjudicado y que la condición de acusación particular no es transmisible por sucesión procesal, que es lo que en base al principio de congruencia se está reclamando por la recurrente.

Además, en el iter llevado a cabo debemos llevar a cabo las siguientes precisiones que avalan la desestimación del motivo, a saber:

1.- La fecha de la transmisión de empresas alegada y la fecha de comunicación al órgano judicial.

Nos encontramos con una cuestión relevante, ya que pese a que la escritura y fecha de los efectos de la transmisión lo es desde el día 1 de abril de 2017, fecha en la que se transmitió el negocio de la Sucursal en España de UBI INTERNATIONAL, S.A en la Sucursal de UBI BANCA S.P.A nos encontramos con que la recurrente ha tenido nada menos que un año para proceder a verificar esta sucesión que ahora reclama, y lejos de ello lo lleva a cabo, nada menos que el día antes del juicio, para exponerlo al día siguiente como cuestión previa ante la incomparecencia de quien estaba realmente personado, quien podría haberlo hecho para dar cuenta de lo ocurrido, lejos de lo cual lo que consta en los antecedentes de hecho es la incomparecencia de quien estaba personado, sin más, ya que consta que *En el acto del Juicio Oral, al cual no compareció UBI*



BANCA INTERNACIONAL SA, la cual había calificado los hechos en la fase intermedia, sí lo hizo UBI BANCA SPA SUCURSAL EN ESPAÑA solicitando como cuestión previa que se le tuviera por parte en el lugar de UBI BANCA INTERNACIONAL SA, permitiéndosele que actuara en el Juicio Oral, si bien defiriéndose para sentencia la decisión sobre si podía suceder procesalmente a UBI BANCA INTERNACIONAL SA o, en caso de que no fuera así, si podía actuar como actor civil en el juicio oral.

2.- El conocimiento de la transmisión alegada.

Respecto al conocimiento de la causa es el propio recurrente el que recoge en su recurso que: "La reorganización societaria fue expuesto el día del juicio por D. Enrique Salomone, representante legal de UBI BANCA S.P.A en el acto del juicio a preguntas de la defensa de D. Maximiliano, (día 10 de abril a las 11:51 horas), y que recordemos, es la misma persona que ostentaba desde los inicios la representación legal de UBI BANCA INTERNATIONAL S.A.". Con ello, se sabía la existencia de la causa y pese a la transmisión que se alega de un año atrás no es hasta el juicio, sino cuando se da traslado el día antes y se expone en cuestión previa.

3.- Regulación en la LEC de la sucesión procesal del objeto litigioso.

Artículo 17 Sucesión por transmisión del objeto litigioso

1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga.

Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Secretario judicial, mediante decreto, alzaré la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él.

2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente.

No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvenición, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa.

Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos.

3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se registrá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado.

4.- Ni el Código Penal ni la LECRIM prevén la sucesión procesal en caso de transmisión societaria en la posición del actor civil.

Solo es admitido en el art. 130.2 CP 2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Existe, pues, una directa traslación de la responsabilidad penal a la sociedad en que se transforme, quede fusionada o absorbida. Y ello, para evitar el fraude de la transmisión de empresas que están sometidas a un proceso penal con extinción de la investigada y traslación del patrimonio a una nueva, que en base a este art. 130.2 CP asume la "responsabilidad penal de la transmitente", lo que no deja de ser curioso, aunque entra de lleno en la propia especialidad del campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y para evitar el referido fraude.

5.- Si se quiere llevar a efecto el trámite de la sucesión procesal debe hacerse con la antelación suficiente como para dar curso a la vía del art. 17 LEC por aplicación analógica. En caso contrario, de no resolverse en la sentencia sobre la responsabilidad civil y derivarse a la ejecutoria podría acudir al examen, ya con tiempo, de la legitimación adecuada e intervenir, de ser aceptada en la fase de fijación de la responsabilidad civil dimanante del delito conforme a las bases fijadas en la sentencia.



Esta sala del Tribunal Supremo ya recogió un caso similar en la sentencia 481/2019, de 14 de Octubre en la que señaló que:

"Lo que hace el Tribunal es correcto en tanto en cuanto, siendo perjudicada la sociedad que consta en el relato de hechos probados, y no la que ahora ejerce la acusación particular, aunque tengan parecida denominación, ello no otorga un derecho de crédito a la recurrente a que conste su denominación como acreedor directo, dejándose para la ejecución de sentencia que el recurrente pueda acreditar que civilmente se ha subrogado en las acciones civiles que pueda detentar la real perjudicada en los hechos probados, no produciéndose, en consecuencia, la pretendida vulneración de la tutela judicial efectiva que se postula. Las referencias en la sentencia se siguen haciendo en este FD 7º a la mercantil que consta en los hechos probados, no a la recurrente, y así: A tal efecto consta probado que la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMADENA" remitió un burofax con fecha 27 de Julio de 2017 dirigido al representante legal de la Sociedad "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA, SL" requiriéndole para que el día 30 de septiembre de 2011 dejara libre las instalaciones que explotaba y ocupaba en el interior del recinto portuario a disposición de la entidad requirente. Dicho burofax fue contestado por esta última mercantil en el sentido de rechazar el requerimiento recibido.

Así, como señala la Fiscalía, surge la duda acerca de la validez de la legitimación de la sociedad ahora personada para reclamar en nombre de la sociedad sujeto pasivo e hipotéticamente perjudicada por los hechos, pues no hay que olvidar que en el presente procedimiento el sujeto pasivo del delito de prevaricación era la sociedad Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena S.L., que no es la misma sociedad que la ahora recurrente "Marina del Mediterráneo S.L.", que es la que se personó como acusador en las actuaciones, siendo representante legal de ambas sociedades el también recurrente Darío . Y teniendo en cuenta que en los hechos probados se declara que los locales en los que se produjeron los actos delictivos estaban siendo explotados y utilizados por la sociedad "Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena S.L."

Y ante este estado de cosas debería ser en esa ejecución de sentencia en el orden civil donde existirá la oportunidad de realizar esa acreditación de la legitimación activa para reclamar en nombre de la real perjudicada en los hechos probados, por lo que la pretendida indefensión no se produce, sino que, como hemos expuesto, posposición a las posibilidades de prueba de legitimación, o sucesión empresarial, y en esa sede postular el pago a la recurrente, en su caso, de la suma que le corresponda, pero no puede fijarse la indemnización sin la prueba del presupuesto objetivo de la legitimación y la asunción de los derechos de crédito de la perjudicada que consta en el procedimiento".

Esta es la misma solución dada a este caso al diferir a la ejecución civil de la sentencia penal la reclamación que ahora efectúa.

6.- La condición de ofendido por el delito no se transmite, sino que, en su caso, puede serlo la de perjudicado, por cuanto solo se operaría como actor civil y no como acusación particular. Es el ofendido por el delito, ya siguiera siendo el perjudicado por el mismo, ya hubiera perdido tal condición, el legitimado para ejercer las acciones penales, esto es, para actuar como Acusación Particular en el procedimiento.

7.- No puede pretenderse que la sucesión procesal del objeto litigioso produzca en el proceso penal la transmisión de la figura de la acusación particular por la distinción entre ofendido y perjudicado por el delito. No puede ampararse la transmisión del crédito del perjudicado por el delito como una transmisión del objeto litigioso del procedimiento penal al adquirente, sino, en todo caso, de la condición del actor civil, pero siempre que ello se lleve a cabo cuando se conozca la existencia de la transmisión y en el marco temporal suficiente como para que pueda actuarse, en su caso, con la oportuna audiencia y traslados que prevé el art. 17 LEC, no como aquí se ha verificado justo el día antes del señalamiento del juicio y planteado como cuestión previa, cuando ya era conocida esta transmisión con mucha antelación.

8.- Esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 797/2015 de 24 Nov. 2015, Rec. 599/2015 ha señalado que: *"El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP)".* La diferencia es evidente y las consecuencias que de ello se derivan en torno a la condición a ocupar las ya expuestas.

9.- Esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 724/2015 de 17 Nov. 2015, Rec. 754/2015 añade que: "Consecuentemente, denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito, para aunar exclusivamente la suerte de esa condición de acusador particular, a quien sucesivamente fuera el titular del patrimonio dañado, en ilícitos de apropiación indebida o administración desleal, deviene un error manifiesto; al igual que entender que quien no pudiera ejercitar la acción civil, aunque fuere el ofendido directamente por el delito en el momento de la comisión, tampoco estaría legitimado para actuar



como acusación particular, pues entonces, todo aquel que hubiere sido indemnizado, perdería su condición de acusador penal".

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 2.- Error en la valoración de la prueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en la causa.

Debemos remitirnos a lo antes expuesto en cuanto a la inexistencia de la pretendida legitimación para ser parte.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- 3.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.6 del Código Penal, en cuanto a la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Además, de lo expuesto, hay que recordar que cuando se pretende actuar como actor civil, aunque aquí hasta se le haya rechazado la opción no puede actuarse reclamando pedimentos afectantes a materia penal.

Recuerda la doctrina que la legitimación civil, cuando se reclama, aunque en este caso no se reconozca formalmente, no otorga derecho a accionar penalmente. Es preciso ostentar la legitimación penal para así poder personarse como acusación particular, cualidad que en este caso y por lo general sí implica, también, poder reclamar civilmente en el enjuiciamiento criminal si no medió renuncia o reserva de la acción civil, o si la posición reclamante no fue subrogada.

Es sabido que tanto el actor civil como el responsable civil subsidiario, o el civil directo, no puede entrar a analizar cuestiones atinentes al principio de presunción de inocencia por ser ajenos a este pronunciamiento, o cuestiones referidas a la responsabilidad penal. Se podrá oponerse al quantum reclamado o concedido si es parte reconocida, pero no podría alegar la inexistencia de responsabilidad penal, o cualquier cuestión que afecte a esta como aquí se lleva a cabo en materia de dilaciones indebidas.

Aunque aquí no se le reconozca su condición de parte debemos recordar que en materia de posición doctrinal el actor civil puede intervenir en la instrucción, aunque sólo para lo atinente a su acción civil (art. 320 LECrim), pudiendo especialmente exigir embargos y fianzas cautelares: art. 615 LECrim. Puede alegar sobre la corrección de lo instruido y la apertura de juicio (art. 623 LECRIM), formulará escrito de calificación o acusación en lo que se refiere a la responsabilidad civil (art. 651 II LECrim.), y actuará en el juicio, pero siempre limitando esa actuación a dicha responsabilidad (art. 735 LECrim). No puede admitirse una intervención penal, pues, de quien postula solo y exclusivamente la acción civil, aunque, se incide, en este caso no se le haya reconocido está última.

El motivo se desestima.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados D. Marcelino y D. Maximiliano y de la recurrente Ubi Banca, S.P.A., Sucursal en España, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 29 de fecha 17 de mayo de 2018, en causa seguida contra los anteriores acusados y otros por delito de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por Ubi Banca, S.P.A., Sucursal en España. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García