



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 385/2015, de 25 de junio de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2273/2014

SUMARIO:

Estafa y apropiación indebida. Prescripción de delitos. Personación de perjudicados después del trámite de calificación. Nueva interpretación art. 110 LECrim, tras la reforma LO. 38/2002. Prescripción. Naturaleza. Condiciones para su estimación sin celebrar el juicio oral cuando no concurren dudas sobre la concurrencia de un presupuesto, lo que no ocurrirá cuando las acusaciones soliciten la concurrencia de tipos agravación que amplíen las penas en este caso debe diferirse su resolución a sentencia tras la práctica de la prueba en el juicio oral. Respecto a los actos interruptivos de la prescripción las diligencias de investigación tienen eficacia interruptiva de la prescripción, pero no así las dirigidas a la localización física del responsable ya identificado. Sobre el tema de la prescripción por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste; incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del trámite del recurso casacional. Para apreciar la prescripción de manera anticipada no debe existir duda alguna sobre la concurrencia de sus presupuestos, lo que no ocurrirá cuando las peticiones de las acusaciones en sus tipos agravados y la continuidad delictiva permitan ampliar el marco de la acusación hasta penas que determinarían un plazo prescriptivo mayor, en cuyo caso lo procedente sería diferir la cuestión al tribunal sentenciador después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia. La estafa agravada por tratarse de vivienda, no se aplica a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de «segundo uso» o a las adquiridas como «segunda vivienda» como «inversión» o con finalidad recreativa. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, por lo que existe compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6. Si bien ninguna de las defraudaciones supera los 50.000, esta cifra se supera holgadamente con la suma de las distintas infracciones, por lo que la pena procedente es la prevista en el art. 250, si bien sin acudir al art. 74.1 CP, (mitad superior). Consecuentemente como la pena máxima en abstracto -6 años- es superior a los 5 años, conforme el art. 131.1 apartado 4 su plazo de prescripción sería el de 10 años que no habría transcurrido.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 131, 132, 248, 249, 250.1.5.º y 6.º y 252.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 109, 110, 299, 666.3, 783, 785.5, 786.2 y 788.4.

Constitución Española, arts. 18.2 y 24.



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular en representación de Alexis y Benedicto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, que absolvió al acusado Francisco , como autor penalmente responsable del delito que venía siendo acusado; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el acusado Francisco , representado por el Procurador Sr. Trujillo Castellano, y dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Calleja García.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 4 de Santa Cruz de Tenerife, incoó Procedimiento Abreviado con el número 21 de 2004, contra Francisco , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, cuya Sección Sexta, con fecha 22 de septiembre de 2014, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

a- Aprovechando ser administrador único de la entidad CANARIAS INVERSIONES INMOBILIARIAS Y SUBASTAS S.L. lo que generaba confianza en el mercado de compra-venta de inmuebles adjudicados en pública subasta, se apoderaba del dinero que le era adelantado por quienes acudía a él para que mediara en la adjudicación de inmuebles en pública subasta o compra de los mismos a los adjudicatarios, previa suscripción de contrato de gestión. Apoderándose, incorporando a su patrimonio y destinando a usos propios el importe recibido en las siguientes operaciones:

b. El 17-03-99 suscriben el acusado y D. Modesto contrato de gestión para adquirir en público subasta la finca registral nº NUM000 (a procedimiento Art. 131 de la L.H . nº 155/97 seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de S.C.) o en su defecto la finca registral nº NUM000 (sujeta al procedimiento del Art. Ç de la L.H. nº 192/97 del Juzgado de Instrucción nº 3 de S.C.). Entregando 3.200.000 pts D. Modesto al acusado.

c. El 22-09-00, suscribieron acusado y D. Luis Andrés contrato de compromiso de compra-venta de la finca registral nº NUM001 (sujeta al procedimiento nº 95/98 ante el J. P. I. nº 1 de Güimar) dando el segundo al primero como señal a cuenta del precio de adjudicación



www.civil-mercantil.com

3.000.000 pts. Tal finca, aunque fue rematada en favor de la entidad del acusado por auto de 10/10/00 en 8.100.000 pts, fue vendida a la entidad PANORÁMICA 2000 S.L en idéntica cantidad del remate. Apoderándose, el acusado, de los 3.000.000 pts que incorporó a su patrimonio y destinó a usos propios.

d. El 20/03/01 suscribieron el acusado y D. Benedicto contrato de gestión de compra de la finca NUM002 a su propietaria (Codusmin S.A.) que se la había adjudicado en pública subasta en el procedimiento nº 420/89 seguido ante el J.P.I. nº 3 de Barcelona. Por lo que recibió el acusado 8.000.000 pts.

e. El 11/05/01, suscribieron D. Alexis y acusado como representante de la entidad Canarias de Inversiones Inmobiliarias y Subastas S.L, contrato por el que el acusado acudiría a pública subasta para adquirir la finca registral nº NUM003 (procedimiento nº 382/98 del Juzgado de P.I. nº 4 de La Laguna) y D. Alexis le entregó 7.000.000 pts. como parte del precio convenido en la compra del inmueble por el que debía pujar, no haciéndolo y apoderándose de lo recibido.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos absolver y absolvemos a Francisco , de los hechos y delitos de los que venia siendo acusado.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por la Acusación Particular en representación de Alexis y Benedicto , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Primero.

Al amparo del art 5.4 de la LOPJ , denuncia infringido el art 24.1 de la CE en tanto entiende vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses sin que pueda producirse indefensión. Así como el apartado 2 del mismo art. 24 en la vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, estimando que la aplicación del art. 131 y 132 ha producido tales infracciones.

Segundo.

Por la vía del artículo 849.1º de la LECrim denuncia infringido el art. 250.1.6º.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y apoya los motivos del recurso por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día once de junio de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El motivo primero por infracción de preceptos constitucionales, art. 852 LECrim , y 5.4 LOPJ , en concreto el art. 24.1 CE , derecho a obtener la tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión, así como el nº 2 del mismo precepto en cuanto el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al entender que la indebida aplicación de los arts. 131 y 132 CP , ha producido tales infracciones.

Cuestión previa debemos analizar la falta de legitimación de los recurrentes alegada por el acusado Francisco al impugnar el motivo, por cuanto aquellos no formularon escrito de acusación, pudiendo solo adherirse a las acusaciones ya planteadas en su día, que fueron la básica del delito de estafa -cuestión previa antes del juicio, al modificar el Ministerio Fiscal su inicial calificación y pidiendo la prescripción del delito- y la de la acusación particular de D. Luis Andrés : subtipo agravado por la especial gravedad sumando las cantidades presuntamente defraudadas, y de vivienda.

Por ende tampoco está legitimado para interponer recurso de casación, pues si en su día no formuló acusación y no habiendo interpuesto recurso de casación la representación de D. Luis Andrés , carece de legitimación los recurrentes pues falta el presupuesto de su acusación y de admitirse a tramite le recurso de casación se vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado, y sin haberse formulado por los recurrentes acusación se estaría ante la paradoja de repetir un juicio sobre el que ni el Ministerio Fiscal ni la acusación al aquietarse en el fallo de la sentencia, se celebraría un juicio sin tener a nadie como acusador.

Impugnación que no debe ser aceptada.

En el sistema plural de nuestro proceso penal en el que junto a la oficialidad de acción atribuida al Ministerio Fiscal se reconocen otras iniciativas privadas, especialmente la que corresponde a los perjudicados por el delito, dicha acción forma parte del contenido mismo del derecho a la tutela judicial efectiva y si bien ésta no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, se requiere en cambio, un pronunciamiento motivado del juez que exprese las razones por la que rechaza la personación procesal.

Por ello esta Sala -STS. 459/2005 - viene manteniendo que la interpretación de los requisitos consignados en el artículo 110 LECrim ., ha de efectuarse por el órgano judicial en la forma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 C.E . y



www.civil-mercantil.com

como han recordado las sentencias de esta Sala 170/2005 de 18.2 , 1140/2005 de 3.10 , 271/2010 de 30.3 , la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sido modificado por LO. 38/2002 de 24.10 y 13/2009 de 3.11, así como el antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal , lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, el vigente art. 785.5 LECrim , soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan si efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones.

En el caso presente consta que con fecha 13.2.2007 el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación por dos delitos de estafa (arts. 248 , 250.1.6), o alternativa delito de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6, y un delito continuado de estafa , arts. 248 , 250.1.6 y 74 CP , o alternativa de delito continuado de apropiación indebida art. 252 , 250.1.6 y 74 CP .

La acusación particular de D. Luis Andrés con fecha 10.4.2007 presenta su escrito de acusación calificando los hechos con él relacionados como de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248 y 250.1.1 ° y 6° CP , o alternativa delito apropiación indebida, art. 252 en relación con el art. 250.1.1 ° y 6° CP .

Con fecha de entrada 24.3.2004 se presenta escrito por procurador en nombre y representación de Alexis y Benedicto , solicitando se les tuviera por comparecidos y parte en el procedimiento penal (folios 115-116), recayendo providencia de 27.3.2014, acordando que dicho procurador aportara poder bastante o apoderamiento apud acta, lo que aquellos verificaron el 4.4.2014, recayendo diligencia de ordenación de la misma fecha teniendo por designada a la procuradora ..., para la representación de los perjudicados, con la que se entenderán la presente y posteriores diligencias que se practiquen, sin retrotraer las actuaciones, bajo la dirección letrada de ... (folio 124).

El Ministerio Fiscal con fecha 20.8.2014 presentó informe en el sentido de no oponerse a la prescripción de la presente, al entender que han transcurrido los plazos previstos para ello en los arts. 131 y 132 CP , entiende que como las sumas defraudadas, ni siquiera sumadas alcanzan el mínimo previsto en el tipo agravado, art. 250.6 CP , los hechos constituirán el tipo básico del art. 248 ó 252 con una penalidad máxima de 3 años, por lo que transcurridos más de 5 años, habría transcurrido el plazo prescriptivo.

-La Acusación Particular de Luis Andrés se opuso a tal pretensión dado que la suma de las cantidades objeto de estafa supera el contenido del art. 250.6 y además lo que pretendía obtener los denunciante era una vivienda.



www.civil-mercantil.com

-La representación procesal de los hoy recurrentes Alexis y Benedicto se opusieron por escrito de 18.9.2014 a la declaración de prescripción, refiriendo actos -como la orden de Detención Europea con contenido sustancial con capacidad de interrumpir la prescripción- y la vulneración del art. 24.2 CE , derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, dado que las dilaciones ha ocasionado única y exclusivamente el acusado.

-La defensa del acusado por escrito de 16.9.2014 mostró su acuerdo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal.

En el acto del juicio con carácter previo en el trámite del art. 786.2 LECrim , el Ministerio Fiscal reiterando su informe de 20.8.2014 (folio 253), suprimió a su calificación provisional la notoria importancia (art. 250.1.6), manteniendo su calificación como apropiación/estafa básica continuada del art. 74 CP , y solicitó se declarase la prescripción de los delitos imputados a Francisco al entender transcurrido el plazo previsto en el art. 131 CP -5 años-, computados conforme el art. 132 CP , desde los autos de busca y captura del imputado (7.6.2004), y rebeldía (22.6.2007), hasta su detención (5.3.2013).

La acusación particular de D. Luis Andrés se opuso a la declaración de prescripción por dos razones: ser de aplicación el nºº del art. 250.1, al tratarse los hechos por los que acusaba referidos a una vivienda, y porque la suma total de las estafas y apropiaciones es de 126.000 E, que exceden de los 50.000 E exigidos ene. art. 250.1.6º, cuya aplicación supondría un plazo prescriptivo de 10 años que no había transcurrido.

La defensa se adhirió a la pretensión del Ministerio Fiscal oponiéndose a la pretensión del Ministerio Fiscal de aplicar el art. 250.1.6º CP .

No consta que se diera la palabra a los hoy recurrentes, no obstante haber sido admitida su personación, y asistido al juicio, si bien el Presidente puso de manifiesto al letrado que su presencia era meramente formal ya que no presentó escrito de acusación, sin perjuicio de que pueda formular protesta e interponer el recurso correspondiente, para que se pronunciara sobre la procedencia o no de la prescripción solicitada por el Ministerio Fiscal, lo que incide directamente en los principios de contradicción e igualdad de armas en cuanto se ha impedido a la parte defender sus derechos y refutar las pretensiones de las otras, causándole indefensión, solo reparable con la posibilidad de admitir su legitimación para interponer el presente recurso de casación.

Segundo.

Analizando, en consecuencia, el recurso interpuesto señalan los recurrentes en este motivo que una resolución judicial decretando la busca y captura y aún la detención del acusado constituye un acto procedimental que reúne las condiciones exigidas en el art. 132 CP , tal como establece la jurisprudencia en relación a la pesquisa policial de localización del inculpado y el auto de detención, para concluir que el acogimiento de la prescripción vulneró el derecho de los recurrentes, como perjudicados de los hechos enjuiciados, a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, causándoles indefensión, y el derecho, recogido en el art. 24.2 CE , relativo a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto que las dilaciones del procedimiento las ha ocasionado única y exclusivamente el imputado, sustrayéndose a la acción de la justicia.

Alegaciones que no pueden merecer favorable acogida en su totalidad.

En efecto respecto a los actos interruptivos de la prescripción, hemos dicho en STS. 583/2013 de 10.6 , con cita SS. 66/2009 de 4.2 , 1559/2003 de 19.11 , 1604/98 de 16.12 , que las diligencias de investigación tienen eficacia interruptiva de la prescripción, pero no así las



www.civil-mercantil.com

dirigidas a la localización física del responsable ya identificado, pues lo que impide la prescripción son los actos procesales encaminados del descubrimiento del delito o averiguación de la identidad de los culpables (primera de las finalidades que asigna al sumario el art. 299 LECrim) (STS 973/1998, de 3 de julio); pero no los dirigidos a aprehender a los culpables, tales como órdenes de busca y captura, requisitorias (STS 1520/2011 de 22.11).

En estos casos el inicio de la prescripción comienza desde que se dicta una resolución de contenido sustancial a partir de la cual queda verdaderamente paralizado el procedimiento, como ocurre en la fecha del auto decretando el sobreseimiento provisional de la causa hasta que sea habido el rebelde, o en el caso de auto de busca y captura ante la falta de comparecencia que determina el inicio del computo del plazo de prescripción (SSTS. 1959/2002 de 22.11 , 1559/2003 de 19.11 , 1097/2004 de 7.9 , 1485/2004 de 13.12).

Consecuentemente en este punto es correcto el pronunciamiento de la sentencia recurrida de entender paralizado el procedimiento desde los autos de busca y captura del imputado /7.6.2007) y rebeldía (22.6.2007), hasta su detención (5.3.2013) y puesta a disposición judicial.

Tercero.

No obstante cuestión distinta es si la resolución de la Sala resolviendo anticipadamente sin celebración de la vista y practica de las pruebas, vulneró el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva, causándole indefensión, cuestión que debe ser analizada conjuntamente con el motivo segundo por infracción de Ley con arreglo al art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 74.2 (delito continuado) y del art. 250.1.6 (especial gravedad), en relación con el art. 252, todos del CP .

En primer lugar debemos pronunciar sobre dos cuestiones respectivamente alegadas por el acusado-recurrido y por el Ministerio Fiscal:

1º.- Considera el primero que él fue acusado por un delito de estafa y ninguna de las acusaciones lo hizo por delito de apropiación indebida, por lo que se está introduciendo una cuestión nueva que debe llevar a la inadmisión del motivo, al ser de distinta naturaleza una y otra infracción.

Ciertamente la estafa y la apropiación indebida son heterogéneas, pues en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene su origen en aquel engaño motor sino en el abuso de confianza ya depositada en el sujeto activo, por lo que siendo distintos los hechos en uno y otro delito, el principio acusatorio exige que la defensa del imputado tenga cabal conocimiento de los hechos o de la imputación, de manera que no es posible que el acusado por estafa, es por actuar una disposición económica mediante engaño, sea condenado por unos hechos distintos la concurrencia de abuso de confianza para la apropiación o la distracción de fondos o efectos, pues con independencia de los distintos elementos de ambas figuras delictivas, lo principal es que los hechos son distintos (SSTS. 1168/2005 de 18.10 , 576/2006 de 30.5 , 763/2008 de 20.11 , 1298/2009 de 10.12).

Ahora bien tal como se recoge en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, de forma alternativa del delito de estafa, consideraron que los hechos podían ser constitutivos de apropiación indebida, por lo que la queja del acusado no resulta atendible.

2º.- En cuanto al Ministerio Fiscal, cuestiona que se haya resuelto la concurrencia de la prescripción de forma anticipada y precipitada, al apreciarla sin la celebración del juicio oral,



www.civil-mercantil.com

cuando, al menos, la acusación particular siguió postulando la aplicación de dos subtipos agravados: referirse los hechos a vivienda, y el valor de la defraudación.

Sobre el tema de la prescripción tiene declarado esta Sala en numerosos precedentes - por todas 760/2014 de 20.11 que presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS 839/2002, de 6-5 ; 1224/2006, de 7- 12 ; 25/2007, de 26-1 ; y 793/2011, de 8-7 , 1048/2013 de 19.9) y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del trámite del recurso casacional (SSTS. 1505/99 de 1.12 , 1173/2000 de 30.6 , 1132/2000 de 30.6 , 420/2004 de 30.3 , 1404/2004 de 30.11).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, -como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim -, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim ,,,, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10.5).

En este sentido la STS. 793/2011 de 8.7 , recordó: "No forma parte del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, el derecho a que las alegaciones sobre prescripción sean resueltas en el turno de intervenciones a que se refiere el art. 786.2 de la LECrim o en la sentencia definitiva. Esa interpretación, si bien se mira, abraza un entendimiento del principio de preclusión procesal que no es acorde con su significado como criterio de ordenación del proceso y, por tanto, de rango axiológico inferior a otros valores y principios que convergen en el enjuiciamiento penal.

Como se afirma en la STC 195/2009, 28 de septiembre -con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3 , y 63/2005, de 14 de marzo , FJ 2, "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings , § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

Asimismo la STS. 583/2013 de 10.6 precisa que "no es un problema de "trámite procesal" sino de si concurre o no la prescripción. Podemos convenir con los recurrentes en que, de ser viable una calificación por un delito con pena que excluyese la prescripción, habría que estimar el recurso, pero no por haberse decidido prematuramente y por cauce inidóneo,



www.civil-mercantil.com

sino por no existir seguridad sobre la prescripción. Pero si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", quees procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad penal no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación".

Es cierto que esta Sala tiene declarado, SSTS. 511/2011 y 336/2007 que para apreciar la prescripción de esta manera anticipada no debe existir duda alguna sobre la concurrencia de sus presupuestos, lo que no ocurrirá cuando las peticiones de las acusaciones en sus tipos agravados y la continuidad delictiva permitan ampliar el marco de la acusación hasta penas que determinarían una plazo prescriptivo mayor, en cuyo caso lo procedente sería diferir la cuestión al tribunal sentenciador después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia. Y por ello al obstarse la continuación del juicio e impedirse la practica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del titulo de imputación de la acusación, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba, pero también lo es que se admite la clausura del procedimiento por auto de sobreseimiento cuando el presupuesto de la prescripción concorra y de manera inequívoca sin posibilidad de ulterior reconsideración, esto es cuando el tribunal cuente con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión dependa.

Cuarto.

En el caso presente en relación a la calificación agravada por tratarse de vivienda la argumentación de la Sala para su rechazo de que en los hechos del escrito de acusación solo se refiere a la "compraventa de la finca registral nº NUM001 ", y no a una vivienda, condición que le atribuye la acusación particular, el razonamiento de la Sala no puede asumirse en este momento procesal si la finca registral nº NUM004 es una vivienda y no concurren los requisitos del art. 250.1.1 -no olvidemos que en relación a este subtipo agravado, esta Sala por ejemplo SS. 605/2014 de 1.10 , 581/2009 , dado que se trata de una circunstancia de agravación específica (o tipo cualificado), viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de "segundo uso" o a las adquiridas como "segunda vivienda" como "inversión" o con finalidad recreativa (SSTS. 1174/97 de 7.1 , 658/98 de 19.6 , 620/2009 de 4.6 , 297/2005 de 7.3 , 302/2006 de 10.3 y 568/2008 de 22.9).

En efecto, es claro que cualquier clase de vivienda no es apta para merecer la especial consideración penal que le proporciona este art. 250. 1.1, que persigue la protección de los consumidores en aquellos contratos que tienen por objeto las cosas de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, entre los que incluye las viviendas, sin duda porque el uso de éstas satisface una necesidad tal elemental como es que se puede disponer de un espacio apto para que en él sea posible el desarrollo de nuestra propia intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la



www.civil-mercantil.com

intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio (art. 18.2 CE .), sin embargo cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250.1, sino solo aquella que puede considerarse bien de " primera necesidad" o " de reconocida utilidad social" , esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, excluyendo las que no sirven para este derecho prioritario. El subtipo agravado no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Insiste en esta doctrina la STS. 551/2012 de 27.6 , al declarar como hemos dicho de forma reiterada que la aplicación de la circunstancia agravatoria prevista en el art. 250.1 del CP , no puede realizarse, desde luego, con arreglo a una concepción puramente objetiva, ajena a los esquemas de culpabilidad que inspiran el derecho penal. Dicho con otras palabras, no basta con que el objeto del delito sea una vivienda, pues este precepto no es de automática aplicación siempre y por el solo dato de que aparezca en la dinámica de los hechos una vivienda, sino que debe limitarse a los casos en los que el perjudicado ve frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda como bien de primera necesidad (SSTS 188/2002, 8 de febrero , 1094/2006, 20 de octubre). En el supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento, nada se dice que esa vivienda fuera a constituir el domicilio habitual del recurrente. Se incumple así uno de los presupuestos que ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta misma Sala para la aplicación del subtipo agravado, a saber, que esa vivienda constituya el domicilio habitual del perjudicado, la morada del comprador, no dispensándose la protección reforzada a las denominadas segundas viviendas o a aquellas otras adquisiciones inmobiliarias concebidas como inversión (cfr. SSTS 932/2010, 20 de octubre ; 997/2007, 21 de noviembre ; 57/2005, 26 de enero ; 62/2004, 21 de enero y 559/2000, 4 de abril), deberá resolverse tras la práctica de la prueba pertinente en el plenario.

Quinto.

Y respecto a la figura agravada del art. 250.1.6 (actual nº 5) la Sala debió tener en cuenta que tal como denunció la acusación particular, las cuantías apropiadas o defraudadas según el propio escrito de acusación del Ministerio Fiscal, ascendían a 3.200.000 Ptas. (19.232,39E), 3.000.000 Ptas. (18.030,36 E), 8.000.000 Ptas. (48.080,97 E), y 7.000.000 Ptas. (42.070,85), esto es 127.314,57 euros.

Siendo así como hemos dicho en SSTS. 196/2014 de 19.3 , 370/2010 de 29.4 , 239/2010 de 24.3 , la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, la jurisprudencia de esta Sala (SS. 1236/2003 de 27.6 , 605/2005 de 11.5 , 900/2006 de 27.9 , 918/2007 de 20.11 , 8/2008 de 24.1), tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP . ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.



www.civil-mercantil.com

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción mas grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250. 1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 E, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP .

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11 , que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP . De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73 euros, (en la actualidad 50.000 E) la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

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

Situación que sería la presente en el que si bien ninguna de las defraudaciones supera los 50.000 E, esta cifra se supera holgadamente con la suma de las distintas infracciones, por lo que la pena procedente es la prevista en el art. 250, si bien sin acudir al art. 74.1 CP , (mitad superior).

Sexto.

Consecuentemente como la pena máxima en abstracto -6 años- es superior a los 5 años, conforme el art. 131.1 apartado 4 su plazo de prescripción sería el de 10 años que no habría transcurrido.

Por tanto, tal como solicita el Ministerio Fiscal en su documentado informe apoyando el motivo, en el caso examinado se hace precisa la práctica de la prueba porque sólo después de llevada a cabo se pueden mantener unas conclusiones definitivas, coincidentes o no con las provisionales, atendidas las cuales se podrá determinar el tipo penal aplicable y el plazo legal de prescripción.

Efectivamente se entiende que prescindiendo de la práctica de la prueba, que debe tener lugar en el momento estelar del proceso penal, la vista del juicio oral, se ha producido



www.civil-mercantil.com

indefensión a la parte y, con el ello, del derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerado el art 24.1 CP .

Por lo que en reparación de dicho quebranto, se habrá de casar la sentencia y reponer las actuaciones al momento de las cuestiones previas, dejando la suscitada para resolver en la sentencia, pero ello previa la celebración de la vista con la práctica de la totalidad de la prueba, que estuviera prevista en los escritos de conclusiones provisionales y, solo después de esto, formuladas conclusiones definitivas, que acogen el resultado de lo acreditado, se procederá al dictado de la sentencia. Resolución que declarando probado un relato de hechos, conforme con lo que el Tribunal estime, desde su libertad de valoración de la prueba, que se ha acreditado, apreciara o no la prescripción.

El motivo debe ser estimado.

Septimo.

Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por La Acusación Particular en representación de Alexis Y Benedicto , contra sentencia de 22 de septiembre de 20144, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución, devolviendo y retro trayendo las actuaciones al Tribunal al momento de las cuestiones previas dejando la suscitada de la prescripción para resolver en sentencia previa la celebración de la vista con la practica de la totalidad de la prueba tal como se ha explicitado en el fundamento jurídico Sexto de la precedente resolución.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Carlos Granados Perez

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.