

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 485/2017, de 29 de junio de 2017*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 2214/2016*

#### **SUMARIO:**

**Delito de estafa. Elementos. Engaño bastante. Autoprotección.** Para que el mecanismo engañoso pueda considerarse delictivo y diferenciar así entre ilícito civil y estafa (no todo incumplimiento civil es delictivo), debe tenerse en cuenta la exigencia típica del engaño «bastante», debe ser grave y revelar una especial peligrosidad que requiera una especial maquinación, astucia, artificio o puesta en escena, que integren un comportamiento engañoso.....y debe ser idóneo para vencer los mecanismos de «autoprotección», exigible a la víctima en el tráfico jurídico. En relación a la configuración del engaño típico del delito de estafa señala que en su análisis ha de partirse de la base de que el tráfico mercantil ha de regirse por los principios de buena fe y confianza. Por ello, el marco de aplicación del deber de autoprotección debe ceñirse a aquellos casos en que consta una omisión patentemente negligente de las más mínimas normas de cuidado o porque supongan actuaciones claramente aventuradas y contrarias a la más mínima norma de diligencia. Especial gravedad: Valor de la defraudación: retroactividad por más favorable tras la reforma por L.O. 5/2010. Cuando una norma penal no implica una diversidad de criterio sino una mera actualización de los presupuestos fácticos de su aplicación en aspectos, como ocurre si la nueva redacción puede decirse tributaria del indicador al que alude la sentencia de instancia, puede cuestionarse que exista en realidad una norma «nueva». Pero no es el caso de la norma de que se trata en este recurso. Ahí el legislador ha acudido a un nuevo criterio de tipificación de la agravación. Pasa de un elemento tipificador indeterminado, a concretar atendiendo a circunstancias del caso en el momento jurisdiccional, de tal manera que el valor de la defraudación había de relacionarse con la referencia a la especial gravedad en dicho caso concreto. Ahora el valor de la defraudación pasa a ser determinante del tipo sin referencia alguna a la especial gravedad. Y el rasero ya no se concreta en el momento jurisdiccional sino de manera automática por el legislador. Por ello la nueva redacción implica también una nueva norma. Y lo resalta el legislador alojándola en un nuevo número del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 248.1 y 250.1.

#### **PONENTE:**

*Don Luciano Varela Castro.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER

Don LUCIANO VARELA CASTRO



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO  
Don CARLOS GRANADOS PEREZ

### **SENTENCIA**

En Madrid, a 29 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2214/2016, interpuesto por D. Pedro Francisco , representado por la Procuradora Dª Sra Carrasco Machado, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Herranz Blázquez, y por D. Alonso , representado por la procuradora Dª María Aurora Gómez-Villaboa Mandri, bajo la dirección letrada de D. Joan Bonfill Resclosa, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con fecha 23 de septiembre de 2016 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

el recurso de casación nº 2214/2016, interpuesto por D. Pedro Francisco , representado por la Procuradora Dª Sra Carrasco Machado, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Herranz Blázquez, y por D. Alonso , representado por la procuradora Dª María Aurora Gómez-Villaboa Mandri, bajo la dirección letrada de D. Joan Bonfill Resclosa, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con fecha 23 de septiembre de 2016 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Nules, instruyó Procedimiento Abreviado nº 33/2008, contra D. Alonso y D. Pedro Francisco , por un delito de estafa, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, que en la causa nº 3/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«La empresa L.S. Publicidad S.L. se constituyó en el año 1994, constando inscrita en el Registro Mercantil de Girona, al folio 42, del Tomo 2163 de la hoja GI-35937, siendo que en abril de 2004, el acusado Alonso , mayor de edad, y con antecedentes penales, accedió al cargo de administrador único, mientras que el también acusado, Pedro Francisco , también mayor de edad, sin antecedentes penales computables, actuaba como trabajador de dicha empresa. El domicilio social de esta empresa se estableció en Fortiá (Girona).

Tras un primer contacto en la feria "PATES ARTESANOS CASA JULIA S.R.L. los dos acusados puestos ambos previamente de acuerdo, se presentaron como dueños de L.S. Publicidad S.L., ofreciendo sus servicios. Se desplazaron a su domicilio social con sede en Betxi y con intención de aparentar una normal relación comercial para la explotación de productos alimentarios, una ficticia solvencia y unas infundadas expectativas de futuros negocios, realizaron dos pedidos de patés, pagando 600 y 400 euros por cada uno de ellos, firmando un contrato privado el 19 de mayo del año 2004 entre ambas empresas donde los acusados se comprometen a distribuir los productos de la empresa de patés y a representarlas en las provincial de Girona y Barcelona, así como el sur de Francia durante al menos 5 años, con intención de obtener la mercancía sin pagar el precio.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

A partir del segundo pedido los acusados, manifestaron su imposibilidad de desplazarse a la localidad de Betxí, comenzaron a aumentar los pedidos y ofrecieron un número de cuenta bancaria donde poder girar los recibos con vencimiento a 45 días.

Los legales representantes de "PATES ARTESANOS CASA JULIA S.R.L." confiados en la apariencia de solvencia de dicha empresa, les enviaron los productos que solicitaban siendo que todos los recibos eran devueltos por el banco sin explicación alguna de los acusados al respecto, mientras que los acusados dispusieron de los citados productos en su propio beneficio.

Concretamente los acusados recibieron 8 pedidos (con fechas de expedición 12/5/2004, 20/5/2004, 26/5/2004, 31/5/2004, 8/6/2004, 14/6/2004, 23/6/2004 y 3/7/2004) que ascienden a la cantidad total de 39.576,48 euros que no han abonado, ni han tenido nunca intención de hacerlo, a la empresa "PATES ARTESANOS CASA JULIA S.R.L.".

PATES ARTESANOS CASA JULIA S.R.L.", era una pequeña empresa familiar constituida el 10 de julio de 2003, con un capital social de 3.005,50 euros, en la que la falta de pago de la mercancía, les impidió pagar a sus proveedores (carne, envases etc), llevándoles a dificultades económicas relevantes.

El actual proceso se inició por auto de 11 de abril de 2005, estando paralizada la causa, entre otras ocasiones, desde esa fecha hasta el 21 de febrero de 2006 en que se libra el exhorto acordado, y después por diligencia de ordenación de 28 de septiembre de 2011 se acuerda la remisión de la causa para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal, donde está paralizada hasta el 10 de julio de 2013 (f.278)."

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS.- I. Que, por unanimidad, condenamos a Alonso y Pedro Francisco como autores responsables de un delito de estafa agravado, ya definido, con la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de diez meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con una cuota diaria de cinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago.

II. En concepto de responsabilidad civil derivada del delito, condenamos a Alonso y Pedro Francisco ! a abonar, conjunta y solidariamente, con responsabilidad civil directa de L.S. Publicidad S.L., a Patés Artesanos Casa Julia SRL, la suma de 39.576,48 euros, más el interés legal del dinero desde la reclamación extrajudicial hasta sentencia, y el establecido en la LEC a partir de ella.

III. Imponemos a los condenados las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Cúmplase lo dispuesto en el artículo 248.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .»

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley y precepto constitucional, por los procesados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Cuarto.**

Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de D. Alonso

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim . por vulneración de precepto constitucional - art. 24.2 (derecho a la presunción de inocencia).

2º.- Por infracción de ley del Art. 849.1º por indebida aplicación del Art. 248.1 del CP ., en relación con el art. 250.1.4º del mismo texto legal .

Recurso de D. Pedro Francisco

1º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la CE en su vertiente del derecho a la presunción de inocencia con la consiguiente aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.4º del CP . Se interpone este motivo al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 y 849.1 de la LECrim .

2º.- Por aplicación indebida del art. 250.1.4º del CP con inaplicación del art. 248.1 CP en relación con el 249 con vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que se refiere a los elementos de hecho del subtipo agravado cuya aplicación se impugna. Se interpone este motivo al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 y 849.1 de la LECrim .

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de junio de 2017.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1.- Interponen ambos acusados el primer motivo al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

No obstante los matices que en relación a su personal participación introduce D. Pedro Francisco , ambos comparten el fundamento de la impugnación en este cauce. Por lo que examinaremos ambos conjuntamente.

No cuestionan que contactaron con los denunciantes por fines comerciales, que hicieron unos pedidos pequeños para muestras, que después se hicieron los pedidos mayores que constan en los hechos probados y que éstos no se pagaron. Lo que no es cierto es que mediase engaño previo o simultáneo a la contratación, negando cada uno de ellos haber participado en él.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Si se opera con una empresa que es público que no ha presentado cuentas, porque esa es la naturaleza del Registro Mercantil, no cabe presuponer que se quiera crear una apariencia de solvencia.

Los indicios de que parte la recurrida, afirman los recurrentes, no justifican la conclusión.

Lo cierto sería que había un proyecto empresarial, que D. Pedro Francisco atribuye a D. Alonso, que contó con él como comercial y que acabó no funcionando, quizá porque D. Pedro Francisco tuvo que entrar en la cárcel y no pudo llevar a cabo la labor comercial que le correspondía.

Para que el mecanismo engañoso pueda considerarse delictivo y diferenciar así entre ilícito civil y estafa (no todo incumplimiento civil es delictivo ( STS de 20 de Junio de 2007 ), debe tenerse en cuenta la exigencia típica del engaño «bastante», debe ser grave y revelar una especial peligrosidad que requiera una especial maquinación, astucia, artificio o puesta en escena, que integren un comportamiento engañoso.....y debe ser idóneo para vencer los mecanismos de «autoprotección», exigible a la víctima en el tráfico jurídico.

Reprochan a la sentencia el dar como probado que los acusados crearon una apariencia de solvencia pese a lo manifestado en el plenario por los representantes de la mercantil «Pates Artesanos, S.R.L.», y en concreto, D<sup>a</sup> Elvira, al declarar que la entidad bancaria «Bankia», les dijo que la empresa «L.S. Publicidad, S.L.» era solvente.

**2.-** Sobre la garantía de presunción de inocencia, hemos dichos que el recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva si existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

Suele decirse que ello se lleva a cabo mediante lo que se considera un triple juicio: a) El «juicio sobre la prueba», para constatar si existió prueba de cargo; b) «El juicio sobre la suficiencia», referido a la consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y c) «El juicio sobre la motivación y su razonabilidad», sobre si se explicitaron los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Todo ello para determinar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Pero una tal construcción quizás puede considerarse insuficiente.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva .

En definitiva la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquéllas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria.

**3.-** En el caso juzgado, respecto a la actuación con engaño y producción correlativa de error en los perjudicados, la sentencia de instancia dispuso de los datos externamente integrados en su argumentación, constituidos por los que antes dejamos enunciados como no cuestionados por los recurrentes y, además, que firmaron un contrato en el que asumían importantes compromisos (por la duración y el espacio en que asumían distribuir los productos de las víctimas). Lo que no impugnan en sendos recursos los penados. Que a partir ya del segundo pedido, ya por cantidades significativamente mayores que las que abonaron, no se personan en Betxi y solicitan que los recibos se giren a 45 días, sin atender al llegar las aplazadas fechas ninguno de esos recibos.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Tras el impago los acusados se vuelven inaccesibles a los vendedores, sin ofrecer ninguna explicación ni, menos aún justificación, del impago, o del destino de las mercancías o de lo percibido por su venta a terceros.

Pues bien, desde tales premisas la conclusión de existencia de un propósito desde el momento mismo del inicio de las negociaciones de lograr la entrega de mercancías y después no satisfacer su precio, se presenta como una conclusión acomodada a lógica y experiencia en términos tales que puede tenerse tanto por coherente como por excluyente de otras hipótesis, es decir concluyente. La certeza del Tribunal de instancia, en este particular, puede por ello tenerse por objetiva y de generalizada aceptabilidad como correcta.

Y lo mismo cabe decir de la consideración del comportamiento de los acusados, al presentarse como comerciantes con voluntad de cumplimiento, como patraña o ardid mendaz que busca, y logra producir en las víctimas, la convicción -errónea- de que los compradores acusados abonarían el importe de los correspondientes recibos.

No podemos compartir que tal engaño se tilde de insuficiente o no bastante so pretexto de ser fácilmente conjurable de haber llevado a cabo mínimas cautelas de autoprotección.

Como recordábamos en nuestra STS nº 274/2012 de 4 de abril , es necesario efectuar en cada caso concreto un juicio de adecuación desde una doble perspectiva, objetivo y subjetivo. Este juicio de adecuación supone un estudio individualizado -todo enjuiciamiento lo es- para verificar, de un lado la entidad del engaño objetivamente desarrollado, por otro lado verificar si la víctima se ha producido con la suficiente diligencia exigible, atendidas sus circunstancias personales, manteniendo un equilibrio entre las «pautas de confianza» que deben regir las relaciones jurídico-mercantiles si éstas se quiere que sean fluidas y no entorpecedoras al principio de desconfianza absoluta, y de otro, las «pautas de desconfianza» que obligan a no descartar finalidades torcidas en uno de los contratantes.

Es claro que la ocasión del encuentro inicial entre los protagonistas, los datos suministrados por los acusados, el tipo de negocio afrontado, y la misma entidad de ésta hacían desproporcionado el llevar a cabo una investigación, ni siquiera acudiendo al registro mercantil, de la solvencia de los acusados inusual en las relaciones mercantiles de esa naturaleza.

Por lo que concierne a la exigencia de despliegue de una actividad de autoprotección como presupuesto de relevancia penal del engaño que la supere, hemos recordado en reciente sentencia de este Tribunal Supremo nº 377/2017 de 24 de mayo , la doctrina al respecto fijada entre otras muchas en la STS 160/2017 de 20 de marzo , que: en relación a la configuración del engaño típico del delito de estafa señala que en su análisis ha de partirse de la base de que el tráfico mercantil ha de regirse por los principios de buena fe y confianza ( STS 838/2012, de 23 de octubre ). Por ello, el marco de aplicación del deber de autoprotección debe ceñirse a aquellos casos en que consta una omisión patentemente negligente de las más mínimas normas de cuidado o porque supongan actuaciones claramente aventuradas y contrarias a la más mínima norma de diligencia.

La STS 162/2012, de 15 de marzo , recuerda que una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de engaño burdo o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima la responsabilidad del engaño, escogiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Esta Sala tiene declarado sobre los deberes de autotutela o de autoprotección del perjudicado que aunque ha de evitarse que una interpretación abusiva de esta exigencia, como la que el recurrente propone, no debe desplazarse indebidamente sobre los perjudicados la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

responsabilidad de comportamientos en los que la intención de engañar es manifiesta, y el autor ha conseguido su objetivo, lucrándose en perjuicio de su víctima. En este sentido la STS 228/2014, de 26 de marzo considera que "únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ( STS 1036/2003, de 2 de septiembre ), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima.

De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa... En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11 de julio del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado».

Por todo ello desestimamos ambos primeros motivos de sendos recurrentes.

También en el particular específico del recurrente D. Pedro Francisco que impugna su participación negando que tuviera el «dominio de la operación». Basta la parte de los acontecimientos en los que no niega su participación para la imputación del delito incluso pese a lo que para la continuación de aquélla supusiera su ingreso en prisión.

## **Segundo.**

1.- También coinciden ambos penados en formular un motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 248.1 en relación con el artículo 250.1.4º ambos del Código Penal .

Como en el caso del motivo anterior, dada la esencial coincidencia de tesis de ambos recursos y motivos, los examinaremos conjuntamente.

2.- Respecto al primero los supuestos agravados («revista especial gravedad»), incluido en el artículo 250.1.6 del Código Penal en la redacción vigente al tiempo de los hechos, se alega que la redacción del artículo 250.1. 5º desde la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio es más favorable al reo que la anterior, cuando atiende al valor de la defraudación.

Entonces la jurisprudencia venía señalando el límite mínimo para la agravación de 36.000 euros, y en consecuencia se tiene que aplicar retroactivamente la nueva redacción al caso de autos aunque los hechos sean anteriores, y ésta señala que el valor de la defraudación tiene que superar los 50.000 euros para que se considere agravada la estafa.

La sentencia de instancia afirma que el marco punitivo es el mismo ya se aplique la normativa vigente al tiempo de los hechos, ya la actual.

El marco normativo al tiempo de los hechos sancionaba como subtipo agravado en el nº 6º del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal las estafas en los casos que pudiera predicarse la circunstancia indeterminada de especial gravedad atendido el valor de la defraudación. Tras la reforma por ley posterior (Ley Orgánica 5/2010) el subtipo agravado se trasladó al nº 5º, que fijó ese valor en una concreta cantidad de 50.000 euros. Al mismo tiempo



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

se separó de las otras hipótesis típicas del anterior nº 6º, las cuales pasaron al nuevo nº 4º, todos los tales números dentro del mismo apartado 1 del nuevo artículo 250 del Código Penal .

Ciertamente una consolidada doctrina jurisprudencial venía estimando que se alcanzaba la referencia de valor que daba lugar al subtipo agravado en la cuantía de 36.000 euros.

La sentencia recurrida no estima que la reforma de 2010 supusiera una modificación de la respuesta penal en función del valor de la defraudación. Parte de una premisa: que la especificación concreta de valor tras la Ley de 2010 se relaciona con «indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero en unas circunstancias determinadas».

Cuando una norma penal no implica una diversidad de criterio sino una mera actualización de los presupuestos fácticos de su aplicación en aspectos, como ocurre si la nueva redacción puede decirse tributaria del indicador al que alude la sentencia de instancia, puede cuestionarse que exista en realidad una norma «nueva». Pero no es el caso de la norma de que se trata en este recurso. Ahí el legislador ha acudido a un nuevo criterio de tipificación de la agravación. Pasa de un elemento tipificador indeterminado, a concretar atendiendo a circunstancias del caso en el momento jurisdiccional, de tal manera que el valor de la defraudación había de relacionarse con la referencia a la especial gravedad en dicho caso concreto. Ahora el valor de la defraudación pasa a ser determinante del tipo sin referencia alguna a la especial gravedad. Y el rasero ya no se concreta en el momento jurisdiccional sino de manera automática por el legislador. Por ello la nueva redacción implica también una nueva norma. Y lo resalta el legislador alojándola en un nuevo número del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal .

Siendo pues nueva esa norma ha de prevalecer su aplicación en cuanto más favorable respecto de los criterios que, quizás con excesivo automatismo y sin la deseable taxatividad, imponían la pena agravada para supuestos de valor de lo defraudado inferior a 50.000 euros.

En consecuencia se estima este motivo en relación a ambos penados.

**3.-** La Sala de instancia afirma también que «..dado que se trataba de una pequeña empresa familiar constituida el 10 de julio de 2003, con un capital social de 3.005,50 euros, en que la falta de pago de la mercancía, les impidió pagar a sus proveedores (carne, especies, envases etc), llevándoles a la ruina según narraron en el plenario».

También impugnan ambos acusados esta decisión por estimar que dicho elemento típico no ha sido declarado probado, ni podía serlo de forma alguna.

En primer lugar ni siquiera fue objeto de acusación tal circunstancia. En los antecedentes la sentencia de instancia afirma que el Ministerio Fiscal no incluyó la imputación del título de condena que incluyera el subtipo agravado. Dice que lo hizo la acusación particular. En efecto ésta incluye las normas de los artículos 250.1 .4 y 250.1.6 del Código Penal . Pero adhiriéndose en lo demás al escrito del Ministerio Fiscal. Pues bien la conclusión primera de ésta nada dice sobre la situación en que restaba la víctima o su familia. Por lo que no constaría en la acusación el elemento histórico de la norma que se invoca. Y es aquél el que, conforme al principio acusatorio marca el ámbito de la decisión, como del debate que la precede.

Por otra parte, al citar los números 4 y 6 del artículo 250.1 del Código Penal tiene que estar refiriéndose a su redacción tras la Ley Orgánica de 2010. Como así lo entendió la sentencia de instancia al discutir al aplicabilidad de la cualificadora abuso de confianza (nº 6 de aquel apartado 1 del artículo 250). Lo que excluiría la toma en consideración de la agravación por valor de la defraudación que, en tal redacción ocupa el nº 5 del apartado 1 del artículo. 250.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Pues bien, tanto en una como en otra redacción (250.1.4 tras Ley de 2010 ó 250.1.6 anterior a dicha reforma), lo determinante de la agravación por especial gravedad era la «situación económica en que deje a la víctima o su familia».

El hecho probado lo que predica es que la actuación de los acusados supuso que impidió a la empresa de los denunciantes pagar a su proveedores originando dificultades económicas relevantes.

Pues bien, además de que tal hecho no consta imputado en los escritos de acusación y de que no tiene otro aval que lo que en juicio oral manifiestan los perjudicados, la redacción dada al mismo entre los declarados hechos probados, adolece de una indeterminación tal que impide su calificación como hecho típico a los efectos de la norma invocada. Ni siquiera se explica que una empresa fuera dependiente para su subsistencia del comportamiento de uno solo de sus clientes.

En efecto una cosa es la situación de una empresa, incluso cuando ésta es familiar, y otra la persona o familia titular de ella. Nótese que lo que el hecho probado no predica es que los denunciantes carezcan de otro patrimonio cuya existencia, incluso con alto valor económico, no podemos por ello excluir.

La indeterminación no es menos relevante si advertimos que lo que la sentencia no dice es qué consecuencias relevantes tuvieron para la subsistencia y funcionamiento de la empresa las dificultades económicas más allá de la pérdida de liquidez para pago inmediato a proveedores.

Por todo ello debemos estimar también en este particular el motivo.

### **Tercero.**

La estimación de sendos segundos motivos deja sin objeto los demás formulados y determina la declaración de oficio de las costas.

### **FALLO**

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

Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por D. Pedro Francisco y D. Alonso, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con fecha 23 de septiembre de 2016; sentencia que se casa y se anula parcialmente, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarar de oficio las costas derivadas de sus respectivos recursos. Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

**EGUNDA SENTENCIA**

En Madrid, a 29 de junio de 2017

Esta sala ha visto la causa rollo nº 3/2016, seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 33/2008, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Nules, por un delito de estafa, contra D. Alonso con DNI nº NUM000, hijo de Carlos Manuel y Mónica, nacido en Castillonnes Lot Gar (Francia) el día NUM001 de 1962 y D. Pedro Francisco con DNI nº NUM002, hijo de Juan Ramón y de Rosalía, nacido en Barcelona, el día NUM003 de 1955, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 23 de septiembre de 2016, que ha sido recurrida en casación por los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

procesados, y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Único.

Se admite la declaración de hechos probados, con exclusión de lo referido a las dificultades económicas relevantes que se predica de la empresa de los denunciados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### Único.

Por las razones expuestas en la sentencia de casación no cabe estimar concurrente el supuesto de hecho que justifique la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1 del Código Penal en ninguno de sus números.

Por lo que debe atemperarse la pena impuesta que, al tener que ser rebajada en un grado por las razones expuestas en la sentencia de instancia, se fija en 5 meses de prisión para cada acusado.

Confirmado en lo demás la parte dispositiva de la sentencia de instancia.

#### FALLO

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

I.- Condenar a D. Alonso y D. Pedro Francisco como autores responsables de un delito de estafa, ya definido, con la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de cinco meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

II.- En concepto de responsabilidad civil derivada del delito, condenamos a D. Alonso y a D. Pedro Francisco, a abonar, conjunta y solidariamente, con responsabilidad civil directa de «L.S. Publicidad S.L.», y a «Patés Artesanos Casa Julia SRL», la suma de 39.576,48 euros, más el interés legal del dinero desde la reclamación extrajudicial hasta sentencia, y el establecido en la LEC a partir de ella.

Les imponemos por iguales partes las costas de la instancia incluidas las causadas a la acusación particular.

Confirmar el resto de pronunciamientos de la sentencia no afectados por el presente fallo.

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

Así se acuerda y firma.

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.