

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064720

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 126/2019, de 12 de marzo de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 387/2018

SUMARIO:

Delito de falsedad en documento mercantil. Delito de estafa. Delito de apropiación indebida. La continuidad delictiva en los delitos patrimoniales. Reglas especiales para la aplicación de las penas. Responsabilidad civil subsidiaria. Artículo 120.4 del Código Penal.

La jurisprudencia de esta Sala ha modificado en los últimos años la interpretación del artículo 74 CP con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 cuando se juzgan delitos patrimoniales.

No existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el n.º 1 de tal precepto. De ahí la importancia de la idea proclamada en los Plenos de 18 de julio y 30 de octubre de 2007, a tenor de los cuales el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior.

En nuestro caso, debe aplicarse el efecto agravatorio de la continuidad delictiva porque la suma total de las defraudaciones es muy superior a 50.000 € y, además, una de las defraudaciones es por sí superior a esa cantidad ya que la cantidad que no debe minorarse por el reintegro posterior que no puede afectar a la consumación del delito. Así las cosas, procede la aplicación de la pena del artículo 250 CP teniendo en cuenta el perjuicio total causado por la estafa y tratándose de un delito continuado el delito debe ser sancionado con la mitad superior, es decir, existiendo concurso medial con otro delito continuado de falsedad documental ha de aplicarse la pena más grave en su mitad superior.

Respecto a la responsabilidad civil subsidiaria, debe descartarse que el empresario haya de responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Para determinar esa relación es necesario acudir, en ocasiones, a indicios, tales como que el hecho delictivo tenga lugar en las instalaciones de la empresa, que se haya producido en el horario de trabajo, que se haya realizado con medios de la empresa, con el uniforme de la empresa o que la actividad en la que se haya producido la acción punible se oriente al beneficio de la empresa. Sin embargo, en la configuración del este requisito, la dependencia -se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en segundo -la funcionalidad- la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Además, el hecho de que el autor del delito se haya extralimitado en sus funciones no es obstáculo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de su principal.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 120.4, 249 y 250.

PONENTE:

Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don VICENTE MAGRO SERVET

Doña SUSANA POLO GARCIA

Doña CARMEN LAMELA DIAZ

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION núm.: 387/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 126/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo Garcia
D^a. Carmen Lamela Diaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 387/2018 interpuesto por el condenado Carlos Jesús , representado por el procurador D. ÁLVARO ARMANDO GARCÍA DE LA NOCEDA DE LAS ALAS PUMARIÑO, bajo la dirección letrada de MARCIAL POLO RODRÍGUEZ; y las acusaciones particulares Eulalia y Jesus Miguel , representados por la procuradora ANTOLINA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ y bajo la dirección letrada, D. ANTONIO EUGENIO MORENO PARDO, y Juan Francisco , representando por el procurador, D. MARCOS JUAN CALLEJA GARCÍA bajo la dirección letrada de D. JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, contra la sentencia dictada el 13 noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera , en el Procedimiento Abreviado 16/2016 , por el en el que se condenó a Carlos Jesús como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con delito continuado de estafa, de los artículos 392.1 en relación con el 390.1.2 ° y 74 del Código Penal , en concurso medial del artículo 77 del citado cuerpo legal , con un delito continuado de estafa de los artículos 248 y 250.1.5 ° y 6º del Código Penal . Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL , CATALANA OCCIDENTE , S.A. de Seguros y Reaseguros , representada por la Procuradora DOÑA KATIUSKA MARÍN MARTÍN y bajo la dirección letrada de DON JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ RODILLA; Jacinta , representada por la procuradora DOÑA MARÍA PAULA CARRILLO SÁNCHEZ, bajo la dirección letrada del Letrado DON JOSÉ LUIS BORRAZ DÍAZ; Leocadia , representada por el Procurador D. ALEJANDRO BUIZA MEDINA, bajo la dirección letrada de la Letrado DOÑA CONSOLACIÓN GÓMEZ GARCÍA y GENERALI, S.A. representando por la procuradora DOÑA ANDREA DE DORREMOCHEA GUIOT, bajo la dirección letrada de DOÑA LIDIA PILAR COCA GARCÍA.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Ponferrada (León) incoó Diligencias Previas 896/2011 por delito de estafa, falsedad documental y apropiación indebida, contra Carlos Jesús , Jacinta y Leocadia , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera. Incoado el Procedimiento Abreviado 16/2016, con fecha 13 de noviembre de 2017 dictó sentencia número 489/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De la apreciación de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA. Que el acusado en este procedimiento Carlos Jesús , mayor de edad y con antecedentes penales al haber sido condenado en fecha 10/06/2014, como autor de un delito de estafa, en sentencia del Juzgado de lo Penal de Ponferrada, y que había trabajado como empleado de entidades bancarias con anterioridad y tenía conocimientos en la comercialización de seguros, ejerció durante años en Ponferrada, como agente de la compañía de seguros CATALANA OCCIDENTE, cesando como agente exclusivo de seguros de dicho compañía en el mes de junio de 2006, en cuya fecha pasó a figurar como agente de dicha entidad, su esposa y también acusada en este procedimiento, Jacinta , mayor de edad y sin antecedentes penales, la cual firmó el contrato de agencia con dicha entidad en el año 2006, figurando con el nº de agente NUM000 , siendo cesada como agente de seguros exclusivo de dicha compañía en el mes de julio de 2011. Como quiera que el experto en seguros era su esposo Carlos Jesús , no pudiendo éste compatibilizar el cargo de agente exclusivo en más de una compañía por imperativo legal, y habiendo concertado Carlos Jesús el contrato de agente de seguros con la entidad DKW SEGUROS, ideó seguir vendiendo seguros u otros productos de dicha CATALANA OCCIDENTE, aprovechando la condición de agente de su esposa Jacinta , obteniendo de ésta su nº de agente y la clave para operar como agente de dicha compañía. Así las cosas, Carlos Jesús aprovechando la confianza de familiares y de anteriores clientes, con intención de propio beneficio, llevó a cabo los siguientes actos.

PRIMERO. En fecha uno de agosto de 2007 Carlos Jesús haciéndole creer a su prima carnal Eulalia que actuaba como agente de Catalana de Occidente, le hizo suscribir una póliza Seguro de Vida Patrimonio Oro 1 firmándola como agente Carlos Jesús , entregándole a Eulalia las condiciones particulares de dicha Póliza, haciendo constar como número de la misma NUM001 , abonándole Eulalia en metálico la cantidad de 24.000 euros, resultando que dicha póliza no fue registrada nunca en Catalana Occidente SA de Seguros como tal, tratándose de una póliza simulada por Carlos Jesús y por tanto inexistente. El acusado como disponía del número de agente de su esposa y de la clave de agente de la misma, conseguía de esta manera acceder a la documentación de la compañía- vía internet- y simular la documentación, de cuya manera engañaba a los clientes al creer estos que estaban contratando con la aseguradora cuando no era cierto. Con igual estratagema hizo suscribir a su prima Eulalia , una segunda póliza en fecha 31 de agosto de 2008, también denominada Seguro de Vida Patrimonio Oro 1, firmándola como agente Carlos Jesús , entregándole a Eulalia las condiciones particulares de dicha Póliza, haciendo constar como número de la misma NUM002 , abonándole Eulalia la cantidad de 60.000 euros, tratándose igualmente de una póliza simulada, cuyos impresos conseguía Carlos Jesús gracias al uso que hacía del nº de agente de su esposa en Catalana Occidente y de la clave de la misma, con lo cual accedía a la documentación de la compañía vía internet. Finalmente y a consecuencia de la misma simulación y engaño, en fecha 07/04/2009, Eulalia le transfirió a la cuenta del acusado en el Banco Sabadell, num. NUM003 , la cantidad de 30.000 euros, correspondiente a la Póliza Patrimonio Oro 5 de Catalana de Occidente, cuya póliza nunca estuvo registrada a nombre de doña Eulalia en dicha aseguradora, siendo todo ello igualmente simulado, y figurando como titulares de la cuenta beneficiaria antes indicada tanto el acusado Carlos Jesús como su esposa Jacinta . La confianza de la perjudicada Eulalia en su primo Carlos Jesús era tal, que con ocasión de las anteriores operaciones y de otras no descritas, le facilitó las claves de sus cuentas corrientes. A cambio de la entrega de las citadas cantidades, doña Eulalia recibía de Carlos Jesús a modo de intereses, la cantidad de 350 euros al mes, recibiendo en total doña Eulalia por este concepto 12.170 euros, no pudiendo rescatar el resto de lo entregado al haberlo destinado Carlos Jesús a usos propios, y resultando perjudicada en la diferencia doña Eulalia , y que reclama en este procedimiento.

De las cantidades entregadas por doña Eulalia no consta que Catalana Occidente recibiera dinero alguno

SEGUNDO. En fecha 28/05/2007 Jesus Miguel , hermano de Eulalia y primo también de Carlos Jesús , le hizo entrega a éste de la cantidad quince mil euros, simulando Carlos Jesús que suscribía una póliza de seguro de vida con la entidad Catalana Occidente, haciéndose pasar por agente de la misma, recibiendo a cambio Jesus Miguel un documento que figura al folio 238 de los autos, denominado " Situación Financiera Póliza NUM004 ", con el anagrama de Catalana Occidente, pero que era algo ficticio y que el acusado obtenía gracias a disponer del número de agente de Catalana Occidente que poseía su esposa Jacinta , y de la clave de la ésta. De la anterior cantidad Jesus Miguel recibió de Carlos Jesús dos mil euros, siendo por lo tanto trece mil euros los reclamados por éste perjudicado.

Nada hay en lo autos que demuestre que la aseguradora Catalana Occidente recibiese prima alguna del anterior seguro de vida ficticio.

TERCERO. El día 8 de octubre de 2010 Carlos Alberto contrató el seguro del vehículo Seat León matrícula ...WJG , propiedad de su hijo Jose Ramón y conductor habitual, haciéndolo a través del acusado Carlos Jesús con el que contactó a tal fin, haciéndose pasar Carlos Jesús por agente de la compañía Catalana Occidente, cuando no lo era, haciéndole entrega Carlos Jesús a Jose Ramón de una póliza firmada por Carlos Jesús , a nombre de

Catalana Occidente S.A. Seguros y en la que se hacía figurar como agente de la misma a la acusada Jacinta . La señalada póliza nº NUM005 si bien fue registrada en Catalana Occidente, fue anulada por falta de pago de las primas correspondientes, y cuyos importes de 354,08 por semestre, fueron percibidos por el acusado Carlos Jesús -dos semestres- haciéndolos suyos con ánimo de propio beneficio, como resulta de los dos recibos emitidos por Carlos Jesús a los folios 162 y 163 de las diligencias. El día 8 de septiembre de 2011 el hijo del tomador, Calixto y que era el titular del vehículo sufrió un accidente de tráfico, siendo entonces cuando supieron que no aparecían asegurados por Catalana Occidente al haberse anulado la póliza por impago de las primas, siendo no obstante obligada a pagar esta aseguradora y por razón de dicho accidente, por daños materiales y perjuicios, la cantidad de 11.229,77 euros, que reclama en este procedimiento a los acusados Carlos Jesús y Jacinta .

CUARTO. Que en fecha 16 de diciembre de 2010, Cesareo , llevó a cabo una transferencia por importe de cuatro mil euros desde su cuenta corriente en Bankinter a otra en Banesto de la que era titular la acusada Jacinta y autorizado su esposo Carlos Jesús , y era la cuenta nº NUM006 . La expresada transferencia obedecía a la inversión en una póliza patrimonio oro nº NUM007 que Carlos Jesús le entregó a Cesareo en la que figuraba el anagrama de Catalana Occidente, pero que era una póliza ficticia, creada a propósito por Carlos Jesús para defraudar a Cesareo , no siendo registrada dicha póliza en ningún momento por la citada aseguradora ni percibiendo ésta prima ni cantidad alguna de dinero por ello.

QUINTO. En fecha uno de julio de 2009, Gonzalo hizo dos planes de ahorro en favor de sus hijos Pedro Enrique y Noemi , mediante sendas pólizas números NUM008 y NUM009 , que contrató en la compañía Catalana Occidente y en la sucursal de la misma en la Plaza de Sto. Domingo nº 13 en León, siendo rescatadas por el contratante en fechas 18-05-2012 la primera de ellas y en fecha 24-05-2012 la segunda, percibiendo por cada rescate la cantidad de 3.200 euros.

Habiendo entrado en contacto el acusado Carlos Jesús con Gonzalo , le convenció para que siguiese haciendo aportaciones a las expresadas pólizas, presentándose como agente de la compañía Catalana Occidente, y Gonzalo dado que se conocían desde niños y tenían confianza, hizo dos transferencias de cinco mil euros cada una a la cuenta nº NUM006 , en la entidad Banesto y cuya titular era la acusada Jacinta y autorizado su esposo Carlos Jesús , como planes de ahorro en favor de su hijos Pedro Enrique y Noemi , facilitándole Carlos Jesús unos impresos con el anagrama de Catalana Occidente así como el nº de agente de su esposa en Catalana y que era el Nº NUM000 . Los impresos facilitados por Carlos Jesús a Gonzalo y que obran a los folios 326 al 329 de los autos, eran todos ellos falsos esto es ficticios, y no respondían a ninguna operación legal llevada a cabo con Catalana Occidente, que nunca tuvo conocimiento del ingreso de las dos citadas cantidades, percibiéndolas Carlos Jesús en beneficio propio.

SEXTO. En fecha 14/07/2010, Violeta , se acercó a la oficina que Carlos Jesús tenía en la Avda. Huertas del Sacramento nº 13, bajo, en Ponferrada, con el fin de concertar un seguro de vehículo, contactando con el citado Carlos Jesús que se presentó como agente de la aseguradora Catalana Occidente, entregándole una póliza de seguro con el sello de la citada compañía, relativo al vehículo de la denunciante, Peugeot 106, matrícula OS-....FR , Violeta le abonó en metálico la cantidad de 582, 56 euros, al año siguiente 507 euros y finalmente en junio de 2012 otros 500 euros, dándole Carlos Jesús los correspondientes recibos firmados por él. Con ocasión de una avería en el mes de agosto de 2012, Violeta llamó a la aseguradora Catalana Occidente, contestándole la compañía que no tenía seguro, no habiendo recibido prima alguna la citada entidad, y apropiándose las Carlos Jesús en beneficio propio.

SÉPTIMO. En fecha 27 de julio de 2011 la acusada Leocadia , hija de Carlos Jesús y de Jacinta , era agente de la aseguradora Generali Seguros cuya relación de agencia se inició en fecha 14 de marzo de 2008 y finalizó en fecha 27 de octubre de 2012 por resolución por parte de Generali Seguros del contrato de agencia, en razón a incumplimiento de objetivos. En la citada fecha Juan Francisco aceptó la proposición de un seguro de inversión que le hizo Carlos Jesús , suscribiendo la póliza nº NUM010 con la entidad Generali Seguros, que tenía una prima de ocho mil euros, la citada póliza aparece firmada por el tomador Juan Francisco y por el director general técnico de la entidad. Como quiera que Generali Seguros no recibió el pago de recibo alguno por parte del tomador, en fecha 28/09/2011 anuló el recibo, y en fecha 05/10/2011 anuló la póliza por el impago del recibo, señalando como fecha de la anulación el 27-07-2011 en que se había suscrito la referida póliza. Sin embargo el tomador del seguro abonó la prima de los ocho mil euros en una cuenta que le facilitó Carlos Jesús y en la que figuraba como titular su hija Leocadia y como autorizados Carlos Jesús y Jacinta , siendo la cuenta nº NUM011 ,y en la se ingresaron los ocho mil euros en fecha 22- 07-2011.

Si bien la acusada Leocadia figuraba como agente mediador de Generali Seguros con el nº NUM012 , el contrato de agencia de fecha 14-03-2008 no fue firmado por ella sino por su padre Carlos Jesús , imitando éste la firma de la citada Leocadia .

OCTAVO. En fecha 29 de noviembre de 2011, Ezequias hizo entrega a Carlos Jesús de 2.500 euros correspondientes a la suscripción de un plan de pensiones a un año con la compañía Generali Seguros, resultando inexistente dicho plan para ésta entidad, que tampoco recibió dinero alguno. Carlos Jesús simuló la contratación entregándole unos impresos con el título "Nota Informativa del Seguro Generali Inversión" en los que se hacía constar un número de póliza y como agente mediador Leocadia .

NOVENO. Al igual que en el hecho anterior, el día 23 de diciembre de 2011, Jon recibió de Carlos Jesús que se presentaba como agente de Generali Seguros, unos impresos titulados "Nota Informativa del Seguro Generali Inversión" en relación con la suscripción de un seguro de vida, habiéndole abonado a Carlos Jesús la cantidad de dos mil euros, figurando en dichos impresos Leocadia como mediadora del Seguro con Generali. Resultando todo ello falso al no aparecer registrada tal Póliza en la expresada Compañía, haciendo suyo Carlos Jesús el importe recibido. Del mismo modo este perjudicado Jon hizo entrega a Carlos Jesús de la cantidad de 681,49 euros, correspondiente a la suscripción de un seguro de comercio del negocio de hostelería que regentaba, recibiendo de Carlos Jesús un documento en el que consta el membrete "Finanzas E&B Seguros", no correspondiéndose con ninguna póliza real.

DÉCIMO. La intervención de la acusada Jacinta en los anteriores hechos, consistió en haber firmado con la entidad Catalana Occidente SA un contrato de agencia, que duró desde el mes de junio de 2006 hasta el mes de julio de 2011 en que finalizó, también en figurar como titular o autorizada en las cuentas bancarias en las que se hacían los ingresos por los perjudicados de las primas de los seguros con Catalana Occidente simulados por su esposo Carlos Jesús .

No aparece probado que la acusada Jacinta tuviese conocimiento del fraude que su esposo estaba cometiendo, limitándose a ejercer las funciones administrativas que Carlos Jesús le encomendaba, en la oficina en alquiler que ambos tenían en la Avda. Huertas de Sacramento nº 13 bajo en Ponferrada.

En cuanto a la tercera de las acusadas e hija de los anteriores, Leocadia , si bien figuró y fue agente mediador de seguros de la compañía Generali Seguros y Reaseguros SA, con el nº NUM012 desde el día 14 de marzo de 2008 hasta el día 27 de octubre de 2012 en que fue cesada por la compañía, no aparece probado que hubiese firmado con dicha compañía contrato alguno de agencia, haciéndolo por ella su padre Carlos Jesús , ni que hubiese firmado la apertura de ninguna de las cuentas bancarias en las que figuraba como titular, habiendo sido utilizada por su padre como instrumento de la trama defraudadora que se describe en los anteriores hechos probados, sin que aquella fuese consciente de ello en momento alguno."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" PRIMERO: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la acusada Jacinta , de los delitos de estafa y falsedad documental por los que venía acusada, con toda clase de pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas procesales.

SEGUNDO : QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Leocadia de los delitos de estafa, falsedad documental y de apropiación indebida por los que venía acusada, con toda clase de pronunciamientos favorables, con declaración de oficio de las costas procesales.

TERCERO. QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Carlos Jesús , como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, y MULTA DE DIEZ MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas no satisfechas, y a las penas accesorias de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, Y DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE MEDIADOR DE SEGUROS DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA (artículo 56.1.2 ° y 3° del Cp) y a que indemnice como responsable civil a los perjudicados en las siguientes cantidades :

A Clara en la cantidad de 101.830 euros por perjuicios y de 3.000 euros por daño moral, devengando ambas cantidades el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

A don Juan Carlos la cantidad de 13.000 euros y el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

A doña Noemi y a don Pedro Enrique la cantidad de 5.000 euros a cada uno, e intereses legales desde el día 15-07-2009 hasta la fecha de esta sentencia y desde dicha fecha al completo pago el interés del artículo 576 de la LEC

A la entidad CATALANA OCCIDENTE S.A de Seguros, la cantidad de 11.229,77 euros y el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

A don Cesareo , la cantidad de 4.000 euros y el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

A doña Violeta la cantidad de 1.500 euros y el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

A don Ezequias y a don Jon , las cantidades de 2.500 euros al primero y de 2.681,49 euros al segundo, devengando ambas cantidades el interés del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

CUARTO. QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Carlos Jesús , como autor de un delito de apropiación indebida ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN y a la pena accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, Y DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE MEDIADOR DE SEGUROS DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA (artículo 56.1.2 ° y 3° del Cp) y a que indemnice como responsable civil al perjudicado Juan Francisco en la cantidad de 8.000 euros por el dinero apropiado y en 242,72 euros por perjuicios, devengando ambas cantidades el interés legal del dinero desde el día 27-07-2012 hasta la fecha de esta sentencia y desde la fecha de la misma hasta el completo pago el interés legal del artículo 576 de la LEC .

QUINTO. Se imponen al acusado Carlos Jesús el pago de las dos terceras partes de las costas procesales devengadas en el procedimiento, con inclusión en la misma proporción de las ocasionadas por las acusaciones particulares.

SEXTO. Que debemos desestimar y desestimamos la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades CATALANA OCCIDENTE S.A. de Seguros, así como de GENERALI SEGUROS SA.

SÉPTIMO. Se le reservan a la entidad GENERALI SEGUROS las acciones civiles que le pudieran corresponder en el futuro por los hechos de esta causa."

Tercero.

En fecha 16 de noviembre de 2017, la Audiencia Provincial de León dictó auto aclaratorio de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"Se rectifica el error material en la parte dispositiva de la anterior sentencia al designar como segundo apellido de doña Clara y de don Juan Carlos el de Juan Ramón , cuando es el de Pedro Antonio ".

Cuarto.

Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, las representaciones procesales de Carlos Jesús , Eulalia Y Jesus Miguel y Juan Francisco , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso formalizado por Carlos Jesús , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

ÚNICO. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haber quebrantado la sentencia recurrida el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25 de la Constitución , en relación con los artículos 74.1, 77.2 y 66.1 y con el artículo 250.1.5º, todos ellos del Código Penal .

El recurso formalizado por Recurso de Juan Francisco , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

PRIMERO. Por infracción de ley, de acuerdo con el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del número 4 del artículo 120 del código penal , al no declarar la sentencia recurrida la responsabilidad civil subsidiaria de Leocadia .

SEGUNDO. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del número 4 del artículo 120 del código penal , al no declarar la sentencia recurrida la responsabilidad civil subsidiaria de la compañía de seguros Generali.

El recurso formalizado por Recurso de Eulalia y Jesus Miguel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION,

PRIMERO. Por infracción de ley por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución , en concreto a la tutela judicial efectiva por indebida aplicación del principio de presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo" en relación con los delitos de estafa y falsedad documental.

SEGUNDO. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley por inaplicación del artículos 248 y 250.1.5 ° y 61 del Código Penal (delito continuado de estafa) en en relación con el art.74 del Código Penal , en concurso ideal (art.77 del Código Penal) con los arts. 390.1.2 ° y 392.1 del Código Penal , en relación con el art.74 del Código Penal (delito continuado de falsedad en documento mercantil).

TERCER y CUARTO. Por infracción de ley, en base al artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículos 120.4 del Código Penal en relación con la responsabilidad civil.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 10 de mayo de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación; CIA. GENERALI ESPAÑA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora, DOÑA ANDREA DE DORREMOCHEA GUIOT, bajo la dirección letrada de DOÑA LIDIA PILAR COCA GARCÍA, solicita la denegación de admisión de los recursos de casación y confirmación de la sentencia recurrida; CATALANA OCCIDENTE, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procuradora, DOÑA KATIUSKA MARÍN MARTIN, y bajo la dirección letrada de DON JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ RODILLA, solicita la inadmisión del recurso de casación de Eulalia y Jesus Miguel y, en cualquier caso, confirmación de la sentencia de instancia; Jacinta , representada por la Procuradora, DOÑA MARÍA PAULA CARRILLO SÁNCHEZ, bajo la dirección letrada de DON JOSÉ LUIS BORRAZ DIAZ solicita la inadmisión del recurso de los hermanos Eulalia y Jesus Miguel , o en cualquier otro caso, confirmación de la sentencia recurrida y Leocadia , representado por el Procurador, DON ALEJANDRO BUIZA MEDINA, bajo la dirección letrada de DOÑA CONSOLACIÓN GÓMEZ GARCÍA, solicita la inadmisión de los recurso y con carácter subsidiario su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo por providencia de fecha 11 de febrero de 2019, se celebró la votación prevenida el día 26 de febrero de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

En la sentencia dictada el día 13 de noviembre de 2017 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León se ha condenado a Carlos Jesús por la comisión de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de relaciones personales con alguna de las víctimas, a la pena de cinco años de prisión, multa de diez meses, accesorias, responsabilidad civil y costas. También se le ha condenado como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de diez meses de prisión, penas accesorias, responsabilidad civil y costas. En la misma sentencia se ha absuelto de esos mismos delitos a su esposa e hija, Jacinta y Leocadia , respectivamente.

Contra dicha sentencia se han interpuesto tres recursos, uno por defensa del condenado y dos por las acusaciones particulares.

Recurso de don Carlos Jesús

Primero.

1. Por el cauce que arbitra el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la infracción de ley, invocando la vulneración del principio de legalidad penal en lo relativo a la determinación de la pena que se ha impuesto en la sentencia de instancia.

El recurrente sostiene que la cantidad total defraudada se ha tomado en consideración no sólo para aplicar el subtipo agravado del artículo 250.1.5º del Código Pernal, sino para aplicar también la continuidad delictiva, con vulneración del principio "non bis in ídem".

Precisando un poco más, el recurrente considera de las cantidades defraudadas a Eulalia, en cuantía de 60.000€, 30.000€ y 20.000€, debe descontarse los importes reintegrados a la perjudicada (12.170€), por lo que ninguno de los importes en cuestión, ni de las restantes defraudaciones, supera la cifra de 50.000€, establecida en el artículo 250.1.5º CP, para la aplicación del subtipo agravado. En consecuencia, la mitad superior de la pena, aplicable por la continuidad delictiva, debe calcularse no por referencia a la pena de 1 a 6 años de prisión del artículo 250 CP, sino en consideración a la pena del tipo básico del artículo 249 CP, que está fijada en un abanico de 6 meses a 3 años de prisión.

2. Como recuerda la STS 662/2018, de 17 de diciembre, la jurisprudencia de esta Sala ha modificado en los últimos años la interpretación del artículo 74 CP con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 cuando se juzgan delitos patrimoniales.

Las distintas posturas sobre esta cuestión se unificaron a partir de dos acuerdos plenarios. El adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 estableció que "en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo". A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: "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 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Como expusieron entre otras las SSTS 474/3016 de 2 de junio, 947/2016 de 15 de diciembre o la 249/2017 de 5 de abril, estos Acuerdos pretendieron resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del artículo 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el artículo 74.2 CP había animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS 155/2004 de 9 de febrero; 1256/2004 de 10 de diciembre y 678/2006 de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el artículo 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el artículo 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio puso de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el nº 1 de tal precepto. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, a tenor de la cual el delito continuado 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 incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el artículo 74.1 CP (SSTS 284/2008 26 de junio; 199/2008 25 de abril y 997/2007 de 21 de noviembre).

Sin embargo, la idea que subyace al Acuerdo conduce a la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación propicie a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que las que, en el esquema normativo anterior a la LO 1/2015, la suma del perjuicio total ocasionado fuera tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, se descartó el efecto agravatorio de la regla primera del artículo 74 CP. Y también aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado, ya haya sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del artículo 250.1.5ª CP en su redacción actual, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros. 3. En nuestro caso, debe aplicarse

el efecto agravatorio de la continuidad delictiva porque la suma total de las defraudaciones es muy superior a 50.000€ y, además, una de las defraudaciones es por sí superior a esa cantidad. En concreto en la defraudación sufrida por doña Eulalia se realizaron mediante engaño tres disposiciones, una de ellas de 60.000€, cantidad que no debe minorarse por el reintegro posterior de 12.170€, dado que dicho reintegro no afecta a la consumación del delito que se produjo con el acto dispositivo. Así las cosas, procede la aplicación de la pena del artículo 250 CP teniendo en cuenta el perjuicio total causado por la estafa y tratándose de un delito continuado el delito debe ser sancionado con la mitad superior (3 años y medio y 6 años). Existiendo concurso medial con otro delito continuado de falsedad documental ha de aplicarse la pena más grave en su mitad superior, que en este caso es la correspondiente al delito de estafa, lo que sitúa la pena en un abanico de 57 a 72 meses. Se ha impuesto la pena de 5 años (60 meses) observando el límite penológico establecido en la ley y graduando con corrección la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, por lo que la pena establecida no incurre en el vicio de doble incriminación ni infringe las normas aplicables en orden a su determinación, por lo que el motivo no es viable. Recurso de don Juan Francisco SEGUNDO. - En el primer motivo del recurso y por el cauce casacional previsto en el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la inaplicación del artículo 120.4 del Código Penal por no haber sido declarada la responsabilidad civil subsidiaria de doña Leocadia. En el desarrollo argumental del motivo se reconoce que el relato fáctico de la sentencia declara que Leocadia figuraba como agente de la compañía Generali cuando el recurrente aceptó la proposición de un seguro de inversión pero que no firmó el contrato de agencia sino que fue su padre quien lo hizo, imitando la firma de su hija. También se reconoce que en los hechos probados se afirma que Leocadia no fue consciente de que su padre utilizara para sus fines delictivos la cuenta corriente de la que era cotitular. Pese a todo lo anterior, se argumenta que Leocadia trabajaba en local en el que se desarrollaban las actividades de agencia de seguros y todos los testigos han sido concordantes en afirmar que todos los tratos los hacían con su padre en exclusiva. A partir de estas declaraciones el recurrente infiere que Leocadia conocía que su padre concertaba seguros con las personas con las que trataba y que ella era formalmente la agente de seguros, a pesar de no haber firmado el contrato. Y es así porque el contrato de agencia tuvo una duración estimable de más de cuatro años, tiempo en el que con seguridad la compañía de seguros liquidaría a su nombre las comisiones de los seguros contratados. También en declaración del IRPF a buen seguro aparecerían las imputaciones fiscales pertinentes. El dejar que su padre hiciera en su nombre las operaciones de la agencia de seguros, y desconocer las actuaciones delictivas de éste, le exime de responsabilidad penal, pero no puede hacerlo de la civil subsidiaria establecida en el artículo 120.4 del Código Penal. 2. El art. 120.4 del Código Penal dispone que son responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

La aplicación de este precepto requiere, de acuerdo con la doctrina constante de esta Sala, dos presupuestos: De un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación, que puede ser jurídica o de hecho o tener su origen en cualquier otro vínculo, en virtud de la cual el primero se halle bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, o, al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario. De otro lado, que el comportamiento que genera la responsabilidad pueda considerarse comprendido dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido a tener confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos esenciales, según recuerda la STS 374/2016, de 3 de mayo, han de completarse en dos sentidos:

a) Debe descartarse que el empresario haya de responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Para determinar esa relación es necesario acudir, en ocasiones, a indicios, tales como que el hecho delictivo tenga lugar en las instalaciones de la empresa, que se haya producido en el horario de trabajo, que se haya realizado con medios de la empresa, con el uniforme de la empresa o que la actividad en la que se haya producido la acción punible se oriente al beneficio de la empresa.

Sin embargo, la jurisprudencia ha tendido hacia una interpretación extensiva de esta norma, que al tratarse de materia civil no está limitada por los principios de las normas penales, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia -se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en segundo -la funcionalidad- la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente, (STS nº 413/2015, de 30 de junio).

Además, en alguna sentencia se ha acudido a la llamada doctrina de la apariencia. Así en la STS. 348/2014 de 1 de abril, se precisa que el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del

delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal (STS 348/2014, de 1 de abril y 51/2008, de 6 de febrero)

b) El hecho de que el autor del delito se haya extralimitado en sus funciones no es obstáculo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de su principal pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (STS 89/2007 de 9 de febrero).

3. Proyectando estas consideraciones al caso que centra nuestra atención, conviene enfatizar que en el juicio se recibió declaración a los acusados y también a los distintos perjudicados, sin que se hayan aportado pruebas que acrediten que la aseguradora estuviera al tanto de las actividades de Carlos Jesús o de que éste actuara de facto como agente mediador de la aseguradora. Consta que la contratación de la hija como agente se hizo a espaldas de la propia hija ya que el contrato lo firmó falsamente su padre. No se ha incorporado prueba que acredite con suficiencia que la contratación de la hija fuera un convenio meramente formal entre Carlos Jesús y la aseguradora para encubrir la continuidad de Carlos Jesús , sorteando las reglas de incompatibilidades de los agentes. La ausencia de pruebas sobre estas circunstancias impide afirmar que Carlos Jesús prestara sus servicios para su hija, ni que ésta estuviera al tanto de sus actividades, no ya de las ilícitas, sino de cualesquiera otras que pudieran deducir la existencia de una efectiva relación de dependencia, razón por la que el motivo debe ser desestimado.

A mayor abundamiento, en el recurso, a pesar de que se utiliza el cauce de la infracción de ley, no se denuncia un error de subsunción sino que se postula una nueva valoración de la prueba, lo que excede el ámbito casacional elegido. La sentencia impugnada es muy clara en orden a afirmar que Leocadia fue ajena a las maniobras de su padre, hasta el punto de que en el acto del juicio las partes retiraron la acusación frente a ella. A partir de hechos circunstanciales se pretende establecer la inferencia de que Leocadia hubo de conocer las actuaciones ilícitas de su padre y que, en realidad, su padre actuaba como agente o dependiente de ella.

Esta pretensión no es viable. El recurrente no respeta el relato fáctico de la sentencia impugnada para, desde él, realizar el juicio de subsunción pretendido, sino que propugna una nueva valoración de las pruebas para llegar a una conclusión jurídica distinta de la realizada en la sentencia.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

Tercero.

1. En el segundo motivo del recurso y a través de la misma vía casacional se denuncia que no se haya declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la aseguradora GENERALI, conforme al artículo 120.4 del Código Penal y atendiendo a los clásicos criterios de la fundamentación de la responsabilidad subsidiaria de culpa " in eligendo" e " in vigilando", o a los más actuales de creación del riesgo y obtención del beneficio.

Se plantea de nuevo la misma pretensión y por el mismo cauce que en el motivo anterior, pero esta vez en relación con la aseguradora GENERALI, por lo que nos remitimos a lo dicho en el fundamento jurídico anterior en orden a los requisitos exigibles para la aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria a que se refiere el artículo 120.4 del Código Penal .

Se argumenta que, al margen de los engaños realizados por el condenado, lo cierto es que el ahora recurrente, como consumidor, contrató una póliza de seguro en una agencia de una entidad conocida (GENERALI), contrató un auténtico seguro de inversión y pagó la prima. La póliza se dio de alta y se registró en la base de datos de la aseguradora. El condenado ejercía funciones reales de agente y la aseguradora tuvo conocimiento del contrato y lo registró por lo que tras el impago de la primera debió aclarar las circunstancias de ese impago, siendo insuficiente la anulación del contrato. De otro lado, GENERALI conocía que el contrato de agencia había sido firmado por el condenado y no por quien figuraba como agente por lo que incurre en responsabilidad por admitir un contrato con firma falsa. Se argumenta, en fin, que la responsabilidad civil subsidiaria de Generali por el delito de apropiación indebida cometido aparece como evidente tanto por la falta de control de la actividad de una de sus agencias de las que obtenía un beneficio económico, como por su actuación negligente en la cancelación del seguro, dejando desamparada a una persona que actuó con toda la diligencia posible al contratarlo y que suponía que el operario que le atendió en la agencia obraba en el ejercicio de sus funciones.

2. En el relato fáctico de la sentencia se ha declarado probado que Leocadia figuraba como agente de GENERALI SEGUROS desde el 14 de marzo de 2008 hasta el 27 de octubre de 2012, fecha en que se resolvió el contrato por incumplimiento de objetivos. Sin embargo, se ha declarado probado que Leocadia no firmó el contrato de agencia, sino que fue su padre, imitando su firma.

También se ha declarado probado que el recurrente suscribió una póliza que fue firmada por el tomador y por el director general de la aseguradora, si bien dicha póliza se anuló el 05 octubre de 2011 por impago del recibo. Se ha declarado probado que el tomador pagó la prima de 8.000 € y que Carlos Jesús se quedó con su importe, ingresándolo en una cuenta conjunta, sin que conste que Leocadia hubiese firmado la apertura de dicha cuenta. También se ha declarado probado otro fraude a don Ezequias utilizando documentación falsa, sin que conste la intervención de la hija o de la aseguradora.

En el juicio se recibió declaración a los acusados y también a los distintos perjudicados, sin que se haya aportado pruebas que acrediten que la aseguradora estuviera al tanto de las actividades de Carlos Jesús o de que éste actuara de facto como agente mediador de la aseguradora. Consta que la contratación de la hija como agente se hizo a espaldas de la propia hija y no se ha aportado prueba que acredite que la contratación de la hija fuera un convenio meramente formal para encubrir la continuidad de Carlos Jesús, sorteando las reglas de incompatibilidades de los agentes.

Tampoco hay evidencia alguna de que la aseguradora conociera las actividades de Carlos Jesús, habiéndose declarado de forma expresa que todas las defraudaciones lo fueron mediante la utilización de documentación falsa. No se ha incorporado documentación u otras evidencias que acrediten que, al margen de las operaciones fraudulentas, la aseguradora hubiera concertado otros productos en la sucursal de los acusados y la persona con la que se entendió o relacionó para tales contrataciones.

La ausencia de pruebas sobre estas circunstancias impide afirmar que la aseguradora tuviera como empleado al condenado o que estuviera al tanto de sus actividades, no ya de las ilícitas, sino de cualesquiera otras, lo que impide afirmar la existencia de una efectiva relación de dependencia o de una relación comercial.

A todo lo anterior debe añadirse que como en el motivo anterior se pretende a través del cauce de la infracción de ley no un juicio de subsunción, sino una nueva valoración de la prueba que lleve a inferencias radicalmente distintas de las establecidas en el relato fáctico de la sentencia, pretensión que no tiene acomodo en el recurso de casación por infracción de ley.

Por las razones que se acaban de exponer el motivo debe ser desestimado.

Recurso de Eulalia y don Jesus Miguel

Cuarto.

1. El primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1 LECrim, del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, y por el cauce de la infracción de ley, se considera que la sentencia de instancia ha absuelto indebidamente a la Sra. Jacinta de los delitos por los que venía siendo acusada.

Entiende el recurrente que la Sala de instancia, sin que hubiera base racional y bastante para ello, ha declarado que la Sra. Jacinta no participó en la comisión de los delitos por los que ha sido condenado su marido, el Sr. Carlos Jesús, y considera que se ha vulnerado el art. 24.1 de la Constitución Española, en concreto el principio a la tutela judicial efectiva, por indebida aplicación de los principios de presunción de inocencia y de principio in dubio pro reo, interesando la estimación del recurso y la anulación de la sentencia en primera instancia.

2. Debe recordarse que la valoración de las pruebas personales, dependen de la inmediación procesal, que permite al Juez apreciar directamente los testimonios y valorarlos en su plenitud, no sólo por lo expresado sino incluso por el lenguaje gestual. Difícilmente un Juez que no ha presenciado tales pruebas puede llegar a una conclusión más fundada y sólida que el Juez que las ha presenciado. Precisamente por ello resulta obligado tener en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional que ha limitado enormemente la posibilidad de revocar sentencias absolutorias cuando la prueba valorada es personal, tal y como acontece en este caso.

El Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18 de septiembre, SSTC. 170/2002, de 30 de septiembre, entre otras muchas) viene afirmando con reiteración que "el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente

y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando en la apelación (o en el recurso de casación, añadimos nosotros) se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas".

La configuración de los recursos es materia de exclusiva competencia del Legislador y la casación ha sido configurada como un recurso extraordinario que no admite audiencia del condenado ni la reiteración y práctica de las pruebas ya realizadas en primera instancia.

Así lo ha declarado este tribunal en numerosas de ahí que la posibilidad de revocar sentencias absolutorias o de agravar condenas se haya reducido en la casación penal a dos supuestos:

a) A través del cauce de la infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) y mediante la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre ; 122/2014 de 24 de febrero ; 237/2014 de 25 de marzo ; 309/2014 de 15 de abril y 882/2014 de 19 de diciembre y 865/2014, de 15 de enero , entre otras).

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado la vulneración del Artículo 6 1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero ha considerado, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir, si lo que se pretende es modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España ; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España ; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España ; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España y 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013 caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013 caso Román Zurdo y otros contra España; y de 12 de noviembre de 2013 caso Valbuena Redondo contra España).

Por tanto, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico se ajusta estrictamente a los límites establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.(entre otras SSTEDH de 16 de diciembre de 2008 caso Bazo González c. España o de 22 de octubre de 2013 caso Naranjo Acebedo c. España),

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional afirmando que se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas . En la sentencia del Tribunal Constitucional se afirma que " [...] si el debate planteado en segunda instancia (o en casación, añadimos nosotros) versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011 de 11 de abril ; 153/2011 de 17 de octubre y 143/2005 de 6 de junio y 2/2013 de 14 de enero)

b) La otra posibilidad de revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos CE , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS 178/2011 de 23 de febrero ;

631/2014 de 29 de septiembre y 350/2015 de 21 de abril). En este caso procedería la declaración de nulidad de la sentencia. El Tribunal Constitucional ha establecido una diferencia sustancial desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, según que la posición de las partes sean acusadoras o acusadas y esta asimetría viene justificada por la trascendencia de los intereses en juego, de forma que no es lo mismo la posición de quien acude postulando la intervención del Estado para castigar una conducta que la de quien se ve afectado por esa actuación que puede implicar injerencias muy intensas en el núcleo de sus derechos fundamentales. Para este último rige el principio de presunción de inocencia, de forma que sólo podrá ser condenado si existe en su contra prueba legal y suficiente. El principio de presunción de inocencia es la base a todo el procedimiento criminal, condiciona su estructura y otorga al sujeto pasivo del proceso un conjunto de garantías específicas en todas las fases del proceso. En cambio, la posición de la acusación es distinta. No tiene derecho a la condena. Lo que tiene es el derecho a una respuesta judicial motivada y no arbitraria, El Tribunal Constitucional lo ha expresado de forma muy expresiva: "al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (, tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (SSTC 56/1982, de 26 de julio ; 41/1997 , 124/2001, de 4 de junio ; 145/2005, de 6 de junio , y 141/2006, de 8 de mayo , entre otras).La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al recurso de apelación, asume la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional de forma que no es posible valorar la prueba personal de un proceso para condenar a quien ha sido absuelto o condenarle más gravemente. Sólo cuando la sentencia haya realizado una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria se puede revisar la decisión pero anulando la sentencia. En efecto, la Ley 41/2015 ha dado nueva redacción al artículo 790.2 de la LECrim en los siguientes términos: "Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".3. Aplicando la doctrina expuesta al caso que se somete a nuestra consideración, procede desestimar el motivo. Se ha absuelto a la Sra. Jacinta valorando de forma conjunta toda la prueba practicada en el juicio y muy especialmente la prueba testifical y las declaraciones de los acusados. La sentencia así lo expresa de forma terminante en el fundamento jurídico sexto con las siguientes palabras: "(...) Finalmente para llegar a la anterior conclusión exculpatoria, la Sala ha valorado las manifestaciones en el plenario de los testigos y al tiempo perjudicados en relación con lo anterior, y así todos ellos han dicho sin excepción alguna, que todas la operaciones las llevaron a cabo con el acusado don Carlos Jesús , sin intervención alguna de doña Jacinta , a la cual únicamente veían que se hallaba en las oficinas del negocio común, cuando acudían al lugar, realizando labores administrativas o de mero trámite (...)". Si se produjera la condena pretendida por los recurrentes, sería preciso realizar una nueva valoración de las pruebas personales con la consiguiente modificación de los hechos probados. En efecto, en el apartado 10º de los hechos probados se declara expresamente que "no aparece probado que la acusada Jacinta tuviese conocimiento del fraude que su esposo estaba cometiendo, limitándose a ejercer las funciones administrativas que Carlos Jesús le encomendaba, en la oficina en alquiler que ambos tenían en la Avda. Huertas de Sacramento nº 13 bajo en Ponferrada". Por lo tanto, el motivo de impugnación no promueve el planteamiento de una discrepancia jurídica, ajena al relato fáctico, ni suscita una inferencia lógica distinta a partir de unos hechos objetivos declarados probados, sino que pretende una nueva valoración fáctica, determinante de la culpabilidad o la inocencia del denunciado, cuestión que resulta vedada por la doctrina jurisprudencial que acabamos de citar. De otro lado, la sentencia de instancia, por más que no se comparta por la acusación su decisión, es una resolución judicial motivada, sin que pueda afirmarse que sus conclusiones son irrazonables o arbitrarias, por lo que no concurren ninguna de las dos circunstancias que permiten a este tribunal de casación la revisión de una sentencia absolutoria. El motivo se desestima. QUINTO. - 1. En el segundo motivo del recurso, también basado en la infracción de ley y por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la inaplicación de los artículos 248 y 250.1.5º y 6º, en relación con el artículo 74 del Código Penal , y de los artículos 390.1.2º y 392.1 del mismo texto legal . En el desarrollo argumental de este motivo se considera que hay razones y pruebas más que suficientes para condenar a la Sra. Jacinta como autora de un delito continuado de estafa en concurso ideal con otro delito continuado de falsedad en documento mercantil. Destacamos, a continuación, los párrafos del recurso en el que de forma más significativa se justifica esta pretensión. Siendo incuestionable la existencia de una actividad ilícita lucrativa en el esposo condenado, actuando de forma consciente con dolo y con engaño a sus víctimas, no es menos cuestionable la existencia de un lucro con la obtención de las cantidades obtenidas por medio del fraude, de las que no sólo se benefició el condenado sino también su cónyuge y su sociedad ganancial, e incluso el resto de

la unidad familiar. Es difícilmente sostenible y justificable que durante tantos años (de 2006 a 2011) la esposa permaneciese totalmente ajena y al margen de lo que sucedía a su alrededor y que ignorase tanto el obrar ilícito de su marido como su rentabilidad económica, de la que ella también se beneficiaba al engrosar las cantidades obtenidas ilícitamente el patrimonio familiar, sumado a la existencia de diversas cuentas bancarias conjuntas a las que iban a parar los importes de las pólizas fraudulentas, la propia operativa en la oficina física en la que ella acostumbraba a estar y donde se recibían visitas de clientes y personas de confianza para recibir información y materializar operaciones y el propio carácter de delito continuado tanto de la falsedad documental como de la estafa, añadido al hecho particularmente relevante de que la acusada se prestase a participar en el nuevo contrato de agente a la vista de la incompatibilidad sobrevenida de su marido, limitándose a figurar como agente pero aceptando y consintiendo que Carlos Jesús hiciera y deshiciera a su libre albedrío, convierte a la esposa en plenamente responsable como partícipe y colaboradora, en un grado cualitativo muy superior al de mero instrumento de los delitos cometidos por su marido y que en modo alguno puede resolverse con su impunidad.² Conviene recordar algo que forma parte de la esencia misma del motivo casacional promovido por la acusación particular y a lo que ya nos hemos referido con anterioridad. La denuncia de un error jurídico en el juicio de subsunción, por su propia naturaleza, exige que el razonamiento impugnativo asuma como presupuesto inderogable la aceptación del "factum", tal y como ha sido proclamado por el Tribunal de instancia. El discurso del recurrente, por tanto, ha de construirse partiendo del juicio histórico, que no es otra cosa que la expresión del desenlace valorativo que ha arrojado el desarrollo de las pruebas practicadas en el plenario. De ahí que no se trate de argumentar a partir de lo que el recurrente considera que debería haber dicho el hecho probado, sino tomando en consideración lo que efectivamente dice, al haber sido fijado así por el Tribunal a quo (STS 91/2013, de 1 de febrero). El distanciamiento respecto de ese presupuesto metodológico conlleva como inmediata consecuencia la desestimación del motivo. En efecto, los recurrentes no respetan el relato fáctico de la sentencia impugnada para, desde él, realizar el juicio de subsunción pretendido, sino que realizan una nueva valoración de las pruebas para llegar a una conclusión jurídica distinta de la realizada en la sentencia. Los hechos probados de la sentencia de instancia son tajantes en cuanto a la falta de participación de la Sra. Jacinta en el fraude enjuiciado. En el hecho probado décimo de la sentencia se afirma literalmente lo siguiente: "La intervención de la acusada Jacinta en los anteriores hechos, consistió en haber firmado con la entidad Catalana Occidente SA un contrato de agencia, que duró desde el mes de junio de 2006 hasta el mes de julio de 2011 en que finalizó, también en figurar como titular o autorizada en las cuentas bancarias en las que se hacían los ingresos por los perjudicados de las primas de los seguros con Catalana Occidente simulados por su esposo Carlos Jesús .No aparece probado que la acusada Jacinta tuviese conocimiento del fraude que su esposo estaba cometiendo, limitándose a ejercer las funciones administrativas que Carlos Jesús le encomendaba, en la oficina en alquiler que ambos tenían en la Avda. Huertas de Sacramento nº 13 bajo en Ponferrada."A partir de este relato histórico no es posible subsumir la conducta de la Sra. Jacinta en los delitos de estafa y falsedad porque la sentencia afirma con toda contundencia que dicha señora era ajena a todos los manejos de su marido. No puede atribuírsele una conducta activa en el engaño causado a los perjudicados ni en las manipulaciones documentales necesarias para conseguir las disposiciones de bienes determinantes del delito de estafa. El motivo se desestima. SEXTO. - 1. En el tercer y cuarto motivo de este recurso y por el camino de la infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) se censura la inaplicación del artículo 120.4 Código Penal en tanto que no se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la aseguradora Catalana Occidente SA, pretensión muy similar a la que ha sido resuelta en el fundamento jurídico segundo, referida en ese caso a la aseguradora GENERALI. La sentencia declara probados los siguientes hechos: a) Doña Jacinta firmó el contrato de agencia con Catalana Occidente SA, permaneciendo con la condición de agente de la compañía desde junio de 2006 a julio de 2011; b) Don Carlos Jesús siguió vendiendo seguros u otros productos de la aseguradora aprovechando la condición de agente de su esposa; c) Don Carlos Jesús figuraba como autorizado en la cuenta en que la aseguradora hacía los ingresos por las primas de los seguros; d) Doña Jacinta estaba en las oficinas de la agencia y su esposo conocía su número de agente y las claves correspondientes. A partir de estos datos y de la declaración de Carlos Jesús se alega que Catalana Occidente SA, como tantas otras aseguradoras, soslayó la exigencia de exclusividad del agente, respecto de aquellos colaboradores que habían venido compaginando anteriormente su condición de agentes múltiples, permitiendo que figuraran instrumentalmente como agentes personas de su entorno más cercano. La actuación de la esposa y del acusado se hizo con el beneplácito de la aseguradora que, en consecuencia, debe responder civilmente de la persona que directa o indirectamente prestaba el servicio de agencia. 2. Es cierto y así se ha declarado probado que Carlos Jesús ejerció durante año como agente de la aseguradora CATALANA OCCIDENTE SA en Ponferrada hasta 2006, fecha en que cesó como agente exclusivo, pasando a desempeñar esa función su esposa hasta julio de 2011. Pero también se ha declarado que, haciéndose pasar por agente de la citada compañía y aprovechándose de la confianza de familiares y amigos, les hizo suscribir mediante engaño pólizas y

otros productos, quedándose con el importe de las primas, ingresando las cantidades en una cuenta de titularidad conjunta con su esposa; que las pólizas suscritas eran falsas y para simular la autenticidad de la documentación y de la contratación, utilizó sin conocimiento de su esposa las claves que ésta poseía para acceder a la web de la aseguradora y obtener la documentación de la compañía a través de Internet. Según el relato de hechos probados la mayor parte de las defraudaciones (hechos 1º, 2º, 4º y 6º) realizadas por Carlos Jesús , haciéndose pasar por agente de CATALANA OCCIDENTE SA, lo fueron mediante la entrega de documentación falsa y mediante la contratación simulada de diversos productos (seguro de vida, seguro de vehículo, aportaciones a planes de ahorro, póliza de patrimonio, etc.). Únicamente fueron contratados efectivamente dos productos: Una póliza de seguro de vehículo , que fue anulada por falta de pago, apropiándose el condenado de las cantidades entregadas por el asegurado (hecho 3º) y dos planes de ahorro que fueron rescatados pero consiguiendo el condenado aportaciones adicionales del asegurado utilizando documentación falsa (hecho 5º). Se reconoce en la sentencia que Carlos Jesús , cuando no pudo compatibilizar la llevanza de varias aseguradoras puso o consiguió que su esposa figurara como agente de CATALANA OCCIDENTE SA y ese dato podría conducir a la afirmación de que la esposa tenía un papel meramente formal sin contenido real alguno y que, en verdad, quien seguía siendo agente de la aseguradora era Carlos Jesús , en cuyo caso ésta última habría de responder civilmente de los delitos cometidos por su empleado en el ejercicio de su función de agente de la compañía. Sin embargo, la sentencia de instancia ha desechado esa inferencia afirmando la insuficiencia de la prueba para deducir que Carlos Jesús tuviera relación de dependencia con la aseguradora o que ésta hubiera tenido conocimiento, consintiera las actividades de Carlos Jesús o que hubiera tenido relación alguna con él, razón por la que ha desestimado toda declaración de responsabilidad civil subsidiaria. En el juicio se recibió declaración a los tres acusados y también a los distintos perjudicados, sin que se haya aportado pruebas que acrediten que la aseguradora estuviera al tanto de las actividades de Carlos Jesús o de que éste actuara de facto como agente mediador de la aseguradora. No se ha aportado prueba que acredite con suficiencia que la contratación de la esposa fuera un convenio meramente formal para encubrir la continuidad de Carlos Jesús , sorteando las reglas de incompatibilidades de los agentes. Tampoco hay evidencia alguna de que la aseguradora conociera las actividades de Carlos Jesús , habiéndose declarado de forma expresa que todas las defraudaciones lo fueron mediante la utilización de documentación falsa, aprovechando las claves de la esposa y sin conocimiento de ésta. No se ha incorporado documentación u otras evidencias que acrediten que, al margen de las operaciones fraudulentas, la aseguradora hubiera concertado otros productos en la sucursal de los acusados, ni qué persona se entendió o relacionó para tales contrataciones. La ausencia de pruebas sobre estas circunstancias impide afirmar que la aseguradora tuviera como empleado al condenado ni que estuviera al tanto de sus actividades, no ya de las ilícitas, sino de cualesquiera otras que pudieran deducir la existencia de una efectiva relación de dependencia o de una relación comercial, lo que conduce a la desestimación del motivo A todo lo anterior debe añadirse que como en el motivo anterior se pretende a través del cauce de la infracción de ley no un juicio de subsunción, sino una nueva valoración de la prueba que lleve a inferencias radicalmente distintas de las establecidas en el relato fáctico de la sentencia, que necesariamente debe ser respetado cuando se utiliza el cauce casacional de la infracción de ley. Por las razones que se acaban de exponer el motivo debe ser desestimado. SÉPTIMO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los tres recurrentes por partes iguales las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º Desestimar los recursos de casación interpuestos por Carlos Jesús , por Juan Francisco y por Eulalia y Jesus Miguel , contra la sentencia número 489/2017, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León , el día 13 de noviembre de 2017.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia
Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.