

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065228

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 715/2020, de 21 de diciembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 526/2019

SUMARIO:

Falsedad documental. Documento mercantil. Concepto. Delito continuado de estafa. Delito masa. Continuidad delictiva. Individualización de la pena. Costas procesales. Atenuante de confesión. Reparación del daño.

No es falsedad de documento mercantil el contrato de préstamo entre particulares, ni el realizado a un comerciante si no se destina a actos u operaciones de comercio. Cuando la falsedad en el documento privado haya incidido en el tráfico jurídico exclusivamente como instrumento provocador del engaño, que constituye el elemento nuclear de la estafa, la sanción por ambos delitos no es posible, siendo por ello correcto que el Tribunal de instancia proclame que el delito continuado de falsedad en documento privado queda absorbido por el delito continuado de estafa para el que se utilizaron aquellos.

Documento mercantil equivale a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmada en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, siendo tales no solo las expresamente reguladas en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todas aquellas que recojan una operación de comercio o que tengan eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter. Como documentos expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, los pagarés, los cheques, las órdenes de crédito, las cartas de porte, los conocimientos de embarque o los resguardos de depósito. No obstante, son también documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico.

El delito masa no necesariamente se caracteriza por una cantidad incontable de personas finalmente perjudicadas, pero sí precisa que el destinatario potencial de la actividad defraudadora sea una amplia e indiscriminada colectividad de individuos no singularizados por el dolo unitario del sujeto activo y sobre los que se irá replicando el engaño eficazmente generador de un menoscabo patrimonial en cada una de las víctimas. La norma fija un marco punitivo específico y propio para la continuidad delictiva, el cual discurre entre la mitad de la pena correspondiente a la infracción más grave y la mitad de la pena superior en grado. Esta específica previsión punitiva afecta a los condicionamientos normativos de individualización que se contemplan en el artículo 66 del Código Penal, no solo en el sentido de perfilar el límite mínimo y máximo desde el que aplicar las Reglas 2.ª, 4.ª, 5.ª y 7.ª del mencionado precepto, sino resituando como punto medio lo que normalmente sería el extremo y reubicando con ello los tramos superior e inferior en los que deben operar las Reglas 1.ª, 3.ª, 6.ª y 7.ª.

Respecto a las costas procesales, la declaración de responsabilidad por varias acciones u omisiones típicas que, por resultar integradas en un concurso de normas, no comportan la aplicación acumulada de las penas previstas para los correspondientes tipos penales en virtud de la previsión del artículo 8.4 del Código Penal, no supone la irrelevancia penal de los comportamientos típicos que pierden reflejo en la pena, sino que son supuestos con una norma de punición especial y no pueden justificar el fraccionamiento de las costas procesales derivadas del proceso.

Respecto a la atenuante de confesión, la confesión no fue veraz y vino acompañada de desfiguraciones orientadas a degradar su culpabilidad. Pero la ausencia de los requisitos expuestos no impide, sin embargo, la apreciación de la atenuante analógica. La atenuante analógica no solo es apreciable en ausencia del requisito cronológico, sino también en aquellos casos en los que las revelaciones tengan cierta importancia en relación con la marcha de la investigación. Es posible aplicar esta circunstancia atenuante analógica cuando se produce una conducta voluntaria del sujeto culpable que, aunque propiamente no sea una confesión, favorece la investigación de lo ocurrido, si realmente ello tiene alguna significación o relevancia.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.4, 21.4, 6 y 7, 26, 66, 74.1, 117, 123, 248, 250, 392 y 395.

Constitución Española, arts. 24 y 120.

Ley 50/1980 (LCS), arts. 2, 73 y 76.

Código de Comercio de 1885, arts. 2, 3 y 311.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don PABLO LLARENA CONDE
Doña CARMEN LAMELA DIAZ
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 715/2020

Fecha de sentencia: 21/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 526/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 526/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 715/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 526/2019 interpuesto por Tomasa y 43 más, representados por la procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez bajo la dirección letrada de don Eduardo Ruiz de Arenchun Arteche, don Sergio Gil-Gibernau Mariné y doña Patricia Moreno Arrarás, por Rafael, representado por la procuradora doña Marta Granda Porta bajo la dirección letrada de don Miguel Ezcurdia Huerta, y por Inés, representada por el procurador don Alberto Collado Martín bajo la dirección letrada de don Carlos María Bacaicoa Hualde, contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, en el Procedimiento Abreviado 622/2017, en el que se condenó al recurrente Rafael como autor penalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación, de los artículos 248, 250.1.5.º y 74 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, MAPFRE ESPAÑA Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., representada por el procurador don Jesús Iglesias Pérez bajo la dirección letrada de don Miguel Ángel Juaranz Saavedra, y HCC INTERNATIONAL INSURANCE COMPANY PLC, sucursal en España, representado por el procurador don Carlos Blanco Sánchez de Cueto bajo la dirección letrada de doña Isabel Burón García y doña Katia Álvaro Lorenzo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 5 de Pamplona incoó Procedimiento Abreviado 3921/2014 por delito de estafa y apropiación indebida contra, entre otros, Rafael, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera. Incoado el Procedimiento Abreviado 622/2017, con fecha 14 de diciembre de 2018 dictó sentencia n.º 287/2018, rectificada por auto de 5 de abril de 2019, en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" PRIMERO. El acusado Rafael, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicó profesionalmente desde el año 1992 a prestar servicios de asesoramiento fiscal, contable, y también financiero (fue agente del Banco de Santander y de Iberagentes), tanto a empresas como a particulares, a través de su empresa "Asesoría Miguel Olagüe Roncal & Asociados", encontrándose su oficina en la calle Pedro I de esta Ciudad.

A partir del año 1994 y hasta el año 2009 (fecha en que se jubiló) su asesoría se encontraba en la calle Premín de Iruña 12 bajo. Una vez jubilado y para continuar con su actividad de inversiones financieras, se trasladó a otro despacho en la misma calle, en el número 3 bajo.

SEGUNDO. Desde el año 1994 y hasta el año 2014 el acusado, con el fin de obtener un beneficio ilícito, puso en marcha un negocio de inversiones, (careciendo de cualquier tipo de autorización administrativa para realizar gestiones de inversión), consistente en captar clientes, bien de la misma asesoría o terceros ajenos a la misma, a fin de que invirtieran determinadas cantidades de capital, según su disponibilidad, para lo cual les ofrecía una alta rentabilidad, entre el 8 y el 8,25%, llegando en algunos casos hasta el 12% anual, neto, exento de tributación fiscal mediante retención.

La captación de clientes se efectuó por el acusado sin ningún tipo de publicidad, siendo los inversores originarios, además de clientes del asesoría, otros nuevos inversores aportados por aquellos que acudían por razón del alto interés ofrecido, y también personas de su propia familia, conocidos, amigos, incluso familiares de otros inversores.

Les convenció ofreciéndoles un interés anual notoriamente más elevado que el que se venía satisfaciendo en el mercado oficial financiero, indicándoles que la rentabilidad de las aportaciones dinerarias provenían de un negocio de inversiones inmobiliarias en Madrid, en concreto de la compra de edificios que posteriormente se alquilaban, y que con el importe de los alquileres se satisfacían los intereses, sabiendo el acusado que dichas inversiones eran inexistentes, apropiándose del capital recibido en su propio beneficio.

Así, informaba falsamente a los inversores de la bondad del negocio inmobiliario y de la garantía del capital, comunicándoles la existencia de un aseguramiento con Mapfre que cubriría cualquier contingencia, y de la continuidad de sus hijas al frente del negocio en el caso de que a él le ocurriera algo.

Los clientes, movidos por el elevado interés que les ofrecía, entregaron al acusado el capital en metálico, recibiendo del acusado un documento justificante de la cantidad recibida que el mismo firmaba, y también emitía justificantes en los supuestos de devolución de capital, liquidando los intereses trimestralmente, entregándolos en metálico en un sobre cerrado (documentos), y sin emitir ningún recibo ni justificante de los mismos.

En ningún caso se firmaba ningún tipo de contrato de inversión, ni existía una documentación justificativa de las inversiones, siendo toda la operativa puramente verbal.

Para mantener la ficción de que las inversiones eran reales, abonaba los intereses pactados, para lo cual destinaba parte del capital de nuevos inversionistas al pago de aquellos intereses, convenciendo a algunos clientes para que, en vez de cobrar los intereses, los reinvirtieran o capitalizaran, (no existiendo justificación cuantitativa de estos conceptos, más allá del reconocimiento de algunos clientes), lo que redundaba en la liquidez del sistema.

Las supuestas ganancias de los inversores se sufragaban con las cantidades aportadas por otros nuevos clientes, de forma que la base de inversiones seguía aumentando y el acusado disponía de fondos para mantener la trama urdida y la ficción del negocio.

Cuando las nuevas inversiones disminuyeron especialmente en los años 2013, 2014, se produjo el estrangulamiento de su negocio, por lo que ya no disponía de capital suficiente para abonar intereses, ni para proceder a la devolución de las cantidades entregadas, que le eran reclamadas.

Desde el año 1997 y hasta el año 2006 aproximadamente, trabajaba en la asesoría su hija y acusada Sacramento, mayor de edad y sin antecedentes penales, realizando funciones administrativas. Y a partir del año 2008 también la hija y acusada Sonsoles, mayor de edad y sin antecedentes penales.

El 29 de junio de 2009 las dos coacusadas constituyeron la mercantil "ASESORIA OLAGÜE & ASOCIADOS", en el mismo domicilio de la asesoría, en la calle Premín de Iruña 12-14 bajo de Pamplona, siendo ambas administradoras solidarias, prestando asesoramiento contable, fiscal y administrativo.

En ocasiones puntuales, encontrándose el acusado Rafael fuera de la oficina, normalmente por viaje, y por indicación de este, las hijas realizaron entregas de sobres a clientes inversores de su padre, y firmaron por orden justificantes de cantidades de dinero (diez recibos entre las dos).

No consta que las acusadas Sacramento e Sonsoles hubiesen tenido conocimiento de que las inversiones que sustentaban el negocio de su padre en Madrid eran inexistentes, hasta tal punto de que ambas y también sus esposos invirtieron en dicho negocio cantidades de dinero de las que se apropió su padre, y lejos de haber obtenido un beneficio patrimonial, les ha causado la ruina económica propia y familiar.

El acusado firmó diversos justificantes de recepción de capitales a los clientes imitando la firma de su esposa Ángeles, sin conocimiento ni consentimiento de la misma, hasta el año 2001.

TERCERO. Los inversores entregaron capital al acusado en la creencia de que eran invertidos en el negocio inmobiliario, de las que se apropió Rafael, adeudando las siguientes cantidades a los inversores:

1. Epifanio. La cantidad total de 260.000 euros, que ha sido reclamada en vía civil.
2. Eulalio y su esposa Cristina. La cantidad de 518.506 €.
3. Erica Y DON Herminio. La cantidad de 394.000 €.
4. Isaac. La cantidad total de 42.000 euros.
5. Jenaro. La cantidad de 50.000 euros.
6. Joaquín. La cantidad de 72.000 euros.
7. Leoncio y Lorenza. La cantidad total de 154.000 euros.
8. Mateo y Mariola. La cantidad de 30.000 euros.
9. Pablo. La cantidad de 30.000 euros.
10. Víctor, Jose Luis Y Jose Ángel. La cantidad de 60000 euros.
11. María Cristina. La cantidad de 90.000 euros.
12. Luis Angel y Bernarda. La cantidad de 154.804,50 euros.
13. Luis Pedro. La cantidad total de 250.000 euros.
14. Luis Pablo y Africa. La cantidad de 30.000 euros.
15. Juan María y Almudena. La cantidad total de 481.000 euros.
16. Amelia. La cantidad de 18.000 euros.
17. Angelina la cantidad de 160.763 euros.
18. Pedro Miguel Y Ariadna. La cantidad de 30.000 euros.
19. Beatriz Y Adriano. La cantidad de 73.500 euros.
20. Bienvenido. La cantidad debida es de 78.000 euros.
21. Cipriano. La cantidad de 60.040 euros.
22. Herminia. La cantidad de 297.500 euros el 2 de septiembre de 2013.
23. Clemente Y Everardo. La cantidad de 190.000 €.
24. Fabio. La cantidad de de 665.000 euros.
25. Feliciano. La cantidad de de 1.930.198 euros.
26. Felix. La cantidad de 100.000 euros.
27. Fidel. La cantidad de 24.000 euros.
28. Marina. La cantidad de 10.768 €.
29. Tomasa. La cantidad de 1.361.000 euros.
30. Milagros y su marido Gustavo. La cantidad de 650.000.
31. Higinio,y Ofelia. La cantidad de 270.000 euros.
32. Inocencio, Y Petra. La cantidad de 120.000 euros.

33. Jacinto. La cantidad de 236.121,46 euros.
34. Jesús. La cantidad de 150.000 euros.
35. Gonzalo y Rosana. La cantidad de 200.000 euros.
36. Justo Y Santiaga. La cantidad de 26.000 euros.
37. Lorenzo. La cantidad de 35.500 euros.
38. Marcelino. La cantidad de 42.000 euros.
39. Marino Y Vicenta. La cantidad de de 100.000 euros.
40. Moises. La cantidad de de 230.000 euros.
41. Angustia . La cantidad de 30.617 euros.
42. Olegario. La cantidad de 40.000 euros.
43. Leovigildo Y Begoña. La cantidad de 35000 euros.
44. Prudencio. La cantidad de 123.218 euros.
45. Ramón Y Adoracion. La cantidad de 250.000 euros.
46. Romualdo la cantidad de 10.000 euros.
47. Rosendo Y Ana. La cantidad de 86.000 euros.
48. Secundino E Antonia. La cantidad de 331.000 euros.
49. Sixto quien entregó a Carlos Alberto la cantidad de 40.000 euros el 1 de octubre de 2007, recuperando 4500 euros el 21 de abril de 2008. El resto del dinero lo recuperó al serle entregado por Secundino de su propio patrimonio, formulando reclamación Secundino por los 35.500 euros que devolvió al Sr. Sixto.
50. Irene entregó diversas cantidades en tres conceptos:

- a) conjuntamente con su marido Juan , siendo el dinero total entregado al acusado el 31 de diciembre de 2013 de 554.300 euros,
- b) a nombre de Amistegui, sociedad formado por el matrimonio y las dos hijas Patricia y Penélope con una cantidad total de 217.000 euros el 31 de diciembre de 2013
- c) conjuntamente con su nieta Sara., un total de 555.600 euros en la misma fecha.

Ha tenido que satisfacer 1851,75 euros por gastos de devolución de los talones en fondos librados por el acusado.

51. Patricia. La cantidad de 169.800 euros.
52. Penélope e Sara quienes entregaron dinero al acusado a través de su madre Irene, entre los años 2004 y 2013, siendo la cantidad total entregada el 31 de diciembre de 2013 de 166.400 euros y no devuelta.

También entregó cantidades en su nombre y en el de su hija Sara, en los mismos años, ascendiendo el total entregado a 25.000 euros el 31 de diciembre de 2013, tampoco devuelta.

Numerosas entregas individuales de capital superan la cuantía de 50.000 €.

Cuarto.

El acusado Rafael tenía contratados los siguientes seguros:

- a) Póliza individual nº NUM000 con la compañía aseguradora Mapfre, durante el periodo 16/09/97 y 16/09/14; que cubría la responsabilidad civil profesional.
 - b) Póliza colectiva nº NUM001 a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, AECE, con la compañía aseguradora Mapfre, durante el período de tiempo comprendido entre el 01/02/10 y el 01/02/11.
 - c) Póliza colectiva nº NUM002 a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, AECE, con la compañía aseguradora Mapfre durante el periodo comprendido entre el 01/02/11 y 01/05/14.
- El riesgo asegurado es: asesores contables, fiscales y laborales, ya sean titulados o no, excluyéndose reclamaciones por daños ocasionados por asegurados que ejerzan la profesión sin la debida autorización legal. Actividad de asesoramiento, procesamiento y gestión contable, tributaria y financiera, así como la emisión de informes relativos a las mencionadas actividades para empresas públicas, privadas y particulares ante la Administración Pública.
- d) Póliza colectiva nº NUM003 a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España AECE, con la compañía aseguradora HCC, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 01/02/05 y 01/02/10.

El riesgo asegurado en la póliza es la responsabilidad civil que le pueda ser exigido al asegurado en el ejercicio de su actividad de asesoramiento, procesamiento y gestión contable, tributaria, administrativa y financiera,

así como la emisión de informes relativos a las mencionadas actividades para empresas públicas, privadas y particulares ante la Administración Pública."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"PRIMERO. Condenamos a Rafael como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación ya definido, concurriendo la atenuante analógica de confesión, a la pena de SIETE AÑOS Y CINCO MESES DE PRISIÓN y 14 meses de multa con una cuota diaria de seis euros, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena para el ejercicio de la actividad de asesoramiento laboral, contable y financiero, y la mitad de un tercio de las costas procesales causadas, incluyendo las de las acusaciones particulares.

Y le absolvemos del delito de falsedad en documento mercantil por el que estaba acusado.

Por vía de responsabilidad civil indemnizará en las siguientes cantidades a:

1. Eulalio y su esposa Cristina. La cantidad de 518.506 €.
2. Erica Y DON Herminio. La cantidad de 394.000 €.
3. Isaac. La cantidad total de 42.000 euros.
4. Jenaro. La cantidad de 50.000 euros.
5. Joaquín. La cantidad de 72.000 euros.
6. Leoncio y Lorenza. La cantidad total de 154.000 euros.
7. Mateo y Mariola. La cantidad de 30.000 euros.
8. Pablo. La cantidad de 30.000 euros.
9. Isaac, Jose Luis Y Jose Ángel. La cantidad de 60000 euros.
10. María Cristina. La cantidad de 90.000 euros.
11. Luis Angel y Bernarda. La cantidad de 154.804,50 euros.
12. Luis Pedro. La cantidad total de 250.000 euros.
13. Luis Pablo y Africa. La cantidad de 30.000 euros.
14. Juan María y Almudena. La cantidad total de 481.000 euros.
15. Amelia. La cantidad de 18.000 euros.
16. Angelina la cantidad de 160.763 euros.
17. Pedro Miguel Y Ariadna. La cantidad de 30.000 euros.
18. Beatriz Y Adriano. La cantidad de 73.500 euros.
19. Bienvenido. La cantidad debida es de 78.000 euros.
20. Cipriano. La cantidad de 60.040 euros.
21. Herminia. La cantidad de 297.500 euros el 2 de septiembre de 2013.
22. Clemente Y Everardo. La cantidad de 190.000 €.
23. Fabio. La cantidad de de 665.000 euros.
24. Feliciano. La cantidad de 1.930.198 euros.
25. Felix. La cantidad de 100.000 euros.
26. Fidel. La cantidad de 24.000 euros.
27. Marina. La cantidad de 10.768 €.
28. Tomasa. La cantidad de 1.361.000 euros.
29. Milagros y su marido Gustavo. La cantidad de 650.000.
30. Higinio, y Ofelia. La cantidad de 270.000 euros.
31. Inocencio, Y Petra. La cantidad de 120.000 euros.
32. Jacinto. La cantidad de 236.121,46 euros.
33. Jesús. La cantidad de 150.000 euros.
34. Gonzalo y Rosana. La cantidad de 200.000 euros.
35. Justo Y Santiaga. La cantidad de 26.000 euros.
36. Lorenzo. La cantidad de 35.500 euros.
37. Marcelino. La cantidad de 42.000 euros.
38. Marino Y Vicenta. La cantidad de de 100.000 euros.
39. Moises. La cantidad de de 230.000 euros.
40. Angustia. La cantidad de 30.617 euros.
41. Olegario. La cantidad de 40.000 euros.
42. Leovigildo Y Begoña. La cantidad de 35000 euros.
43. Prudencio. La cantidad de 123.218 euros.
44. Ramón Y Adoracion. La cantidad de 250.000 euros.

45. Romualdo. La cantidad de 10.000 euros.
46. Rosendo Y Ana. La cantidad de 86.000 euros.
47. Secundino E Antonia. La cantidad de 331.000 euros.
48. Sixto: 35.500 €, formulando reclamación Secundino por los 35.500 euros que devolvió al Sr. Sixto.
49. Irene conjuntamente con su marido Juan, 554.300 euros, a nombre de Amistegui 217.000 euros, y conjuntamente con su nieta Sara 555.600 euros, y 1851,75 euros por gastos de devolución de cheques sin fondos.
50. Patricia. La cantidad de 169.800 euros.
51. Penélope e Sara 166.400 euros y 25.000 euros.

Las expresadas cantidades devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde la fecha de la presente resolución.

Segundo.

Absolvemos a Sacramento y a Sonsoles del delito de estafa del que estaban acusadas, declarando de oficio las dos terceras partes de las costas procesales causadas.

Tercero.

Absolvemos a ASESORIA OLAGÜE Y ASOCIADOS SL, a MAPFRE y a HCC INTERNACIONAL de la responsabilidad civil derivada del delito, sin condena en costas procesales a las acusaciones.

La presente resolución no es firme, y contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo ante esta Audiencia en el plazo de cinco días a partir de su notificación."

Tercero.

En fecha 5 de abril de 2019 la citada Audiencia Provincial dictó auto rectificando de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

" LA SALA ACUERDA: Rectificar el error padecido en la Sentencia dictada en fecha 14 de diciembre de 2018 en el sentido de:

En el encabezamiento de la sentencia donde dice:

"8. D. Feliciano, D. Candido, D. Daniel, D. Emiliano, D. Gervasio, D. Imanol, D.^a Blanca, D.^a Irene, D.^a Penélope, D.^a Patricia, representados por el Procurador D. EDUARDO DE PABLO MURILLO, y el Letrado D. EDUARDO RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE."

Debe decir:

"8. D. Feliciano, D. Candido, D. Daniel, D. Emiliano, D. Jose Ignacio, D. Imanol, D.^a Blanca, D.^a Irene, D.^a Penélope, D.^a Patricia, representados por el Procurador D. EDUARDO DE PABLO MURILLO, y el Letrado D. EDUARDO RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE."

En la parte de los antecedentes de hecho donde dice:

"6. La representación procesal de:

- 1.D. Feliciano,
2. D. Candido,
- 3.D. Daniel,
- 4.D. Emiliano,
- 5.D. Gervasio,
- 6-D. Imanol,
- 7.D.^a Blanca,
8. D.^a Irene,
- 9.D.^a Penélope,
10. D.^a. Patricia, en sus conclusiones definitivas
- ..."

Debe decir:

"6. La representación procesal de:

- 1.D. Feliciano,
2. D. Candido,
- 3.D. Daniel,
- 4.D. Emiliano,
- 5.D. Jose Ignacio,
- 6-D. Imanol,
- 7.D.^a Blanca,
8. D.^a Irene,
- 9.D.^a Penélope,
10. D.^a Patricia, en sus conclusiones definitivas
- ..."

Asi mismo LA SALA ACUERDA: Rectificar el error padecido en el AUTO DE ADMISION DEL RECURSO DE CASACION dictado en fecha 14 de diciembre de 2018 en el sentido de:

En el Segundo Antecedente de Hecho donde dice:

"En fecha 10 de enero de 2019 por el Procurador D. Eduardo de Pablo Murillo en representación de Feliciano, Candido, Daniel, Emiliano, Gervasio, Imanol, Blanca y Irene, se presentó escrito solicitando se libre testimonio de la sentencia manifestando su propósito de recurrir en casación por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por Infracción pura de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

Debe decir:

"En fecha 10 de enero de 2019 por el Procurador D. Eduardo de Pablo Murillo en representación de Feliciano, Candido, Daniel, Emiliano, Jose Ignacio, Imanol, Blanca y Irene, se presentó escrito solicitando se libre testimonio de la sentencia manifestando su propósito de recurrir en casación por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por Infracción pura de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."."

Tercero.

Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, las representaciones procesales de Rafael, de Inés, de Eulalio y otros, de Feliciano y otros, de Felix, y de Tomasa, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, vulneración de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos con excepción de los anunciados por Felix, Tarsila, Herminio, Isaac, Bienvenido, Cipriano, Inocencio y Petra, se dictó decreto en fecha 4 de abril de 2019 declarando desiertos los mismos con imposición de las costas.

Cuarto.

El recurso formalizado por Tomasa y otros, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por quebrantamiento de forma al amparo del número 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por resultar manifiesta la contradicción entre los hechos probados y otros hechos recogidos en los fundamentos de derecho.

SEGUNDO. Por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim. y, en concreto, por indebida inaplicación del art. 392 del Código Penal -o del artículo 395 CP, según la tesis de la sentencia- en relación con el artículo 390.1.3.^a, inaplicación que conduce a la absolución de Carlos Alberto Roncal del delito de falsedad documental.

TERCERO. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal.

CUARTO. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 250.1.6.^a del Código Penal.

QUINTO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en razón a la inaplicación o aplicación incorrecta del artículo 117 del Código Penal sobre la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora MAPFRE, en relación con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro y, en particular, con sus artículos 2, 73 y 76 y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que la sentencia incurre en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

SÉPTIMO. Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución española al derecho de la tutela judicial efectiva.

OCTAVO. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 123 del Código Penal y del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El recurso formalizado por Rafael, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 21.4 y 21.7 del Código Penal, con una clara infracción de los requisitos exigidos para la aplicación de la atenuante de confesión, como atenuante muy cualificada y no como atenuante analógica.

SEGUNDO. Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 21.5 del Código Penal.

TERCERO. Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 21.5 del Código Penal.

CUARTO. Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 66 del Código Penal.

QUINTO. Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, infringiendo lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 120 CE, con respecto a la falta de motivación en relación a la individualización de la pena, basándose a la hora de fijar la pena en motivos ya incluidos para determinar la banda penológica.

SEXTO. Por infracción de ley de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.2.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba con relación al artículo 21.4 del Código Penal, basado en documentos que obran en autos, designando como particulares la autoinculpación inicial del condenado y saldos acreedores (folios 1 a 11), las tres declaraciones en instrucción del recurrente (folios 1573 a 1618 y ss), así como la presentación de los saldos acreedores (folios 34 a 41) y posterior ampliación de los mismos.

Y el recurso formalizado por Inés, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE en relación con el artículo 120 del texto constitucional, que impone la obligación de motivar las sentencias y el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO. Por infracción de ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse producido error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos obrantes en la causa y no controvertidos (póliza colectiva nº NUM002 a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España -AECE-, con la compañía aseguradora MAPFRE durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2011 y de 1 de mayo de 2014).

TERCERO. Por infracción de ley al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no aplicación del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en escritos de 18 de septiembre y 19 de noviembre de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación, con excepción del motivo octavo del recurso interpuesto por Tomasa y otros que apoyó expresamente. Tomasa y otros respecto del recurso de Carlos Alberto y este respecto de los recursos de las dos acusaciones particulares, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos de los recursos en contrario e interesaron su desestimación, al igual que MAPFRE ESPAÑA Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. lo hizo respecto de los recursos formalizados por las acusaciones particulares. HCC INTERNATIONAL INSURANCE COMPANY PLC, sucursal en España se dio por instruida de los recursos interpuestos. Tras admitirse por la Sala,

quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 17 de diciembre de 2020 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra, en su Procedimiento Abreviado n.º 622/17, procedente del Procedimiento Abreviado 3921/2014 de los del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Pamplona, dictó sentencia el 14 de diciembre de 2018, en la que condenó a Rafael como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 250.1.5.º y 74 del Código Penal, concurriendo la atenuante analógica de confesión, imponiéndole las penas de prisión por tiempo de 7 años y 5 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 14 meses en cuota diaria de 6 euros.

Contra dicha resolución se interponen los presentes recursos de casación formalizados por dos de las acusaciones particulares personadas, así como por el acusado.

Recurso interpuesto por el acusado Rafael.

Segundo.

1. Su primer motivo se formula por infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender infringido el artículo 21. 4 y 21.7 del Código Penal, con una clara infracción de los requisitos exigidos para la aplicación de la atenuante de confesión como atenuante muy cualificada y no como atenuante analógica.

El motivo reprocha que la sentencia de instancia no haya reconocido la atenuante del artículo 21.4 del Código Penal, sino una atenuante analógica a la confesión, y sostiene que concurren todos los elementos jurisprudencialmente exigidos para la apreciación de aquella. En primer lugar, destaca que el procedimiento se inició precisamente por la autoinculpación del recurrente, que compareció ante la policía a desvelar lo ocurrido. Destaca también la veracidad de su relato, afirmando que inicialmente se realizaron las inversiones que prometía a sus clientes y que si la inversión se malogró fue porque su socio se dio a la fuga con parte del dinero, decidiendo seguir captando inversores para pagar a los anteriores. En todo caso, aduce que por más que fuera falsa la génesis de la actuación que describe, eso no modifica que su confesión fue real en lo sustancial y que el acusado reconoció su responsabilidad y facilitó su esclarecimiento de manera eficaz, pues fue él quien aportó el listado de las personas que resultaron perjudicadas con su actuación, además de haber suministrado sus direcciones a efectos de su localización y la cantidad que debía a cada uno de ellos. Reprocha que se le haya aplicado la atenuante analógica cuando su confesión cumplió la exigencia cronológica del artículo 21.4 del Código Penal y entiende que la atenuación le tiene que ser aplicada como muy cualificada.

2. El artículo 21.4 del CP dispone que es circunstancia atenuante: " La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". El actual Código Penal ha sustituido así el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de Códigos anteriores, por una mayor objetivización en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal. De este modo, se ha sustituido la exigencia subjetiva del arrepentimiento, por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia, previéndose un tratamiento penológico más favorable para aquellos agentes que se muestren colaboradores con la justicia y faciliten la investigación de lo sucedido y ayuden a reparar el daño causado.

No obstante, la jurisprudencia de esta Sala es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan: 1.º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2.º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3.º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4.º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5.º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6.º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 1076/2002, de 6 de junio o 516/13, de 20 de junio).

3. Es evidente que en el caso analizado no concluyen las exigencias precisas para la apreciación de la atenuante.

El recurrente centra su discrepancia en que fue precisamente su confesión ante las autoridades policiales la que determinó el comienzo del procedimiento y que, por ello, concurre el requisito cronológico cuya ausencia justificaría la apreciación de la atenuante analógica.

No obstante, elude que la confesión no fue veraz y vino acompañada de desfiguraciones orientadas a degradar su culpabilidad (SS 159/07 o 116/2013, ambas del 21 de febrero), pues sostuvo falsamente el acusado que la captación de los fondos inicialmente fue legítima porque las inversiones fueron reales, iniciándose después su actuación delictiva por el desleal e ilegal comportamiento de un supuesto socio.

Por otro lado, el reconocimiento del recurrente de que en los últimos años había recibido cantidades dinerarias para inversiones inmobiliarias que no realizó, adolece de la significación esencial de la confesión. Por más que la confesión ya no necesite que venga alentada por el arrepentimiento, no quiere decir que no debe estar dotada del elemento de la voluntariedad. Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se sabe irremediable, pues ante la ausencia de nuevos ingresos había llevado a los inversores a exigir explicaciones al acusado y este eludía ya la comunicación con ellos, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal (STS 1619/2000 de 19 de octubre o 420/13, de 23 de mayo).

4. La ausencia de los requisitos expuestos no impide, sin embargo, la apreciación de la atenuante analógica que ahora se impugna.

Como esta Sala ha señalado, lo verdaderamente importante para la concurrencia de esta circunstancia no es el requisito temporal, sino la relevancia de la declaración prestada, esto es, una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico. La atenuante analógica no solo es apreciable en ausencia del requisito cronológico, sino también en aquellos casos en los que las revelaciones tengan cierta importancia en relación con la marcha de la investigación. Es posible aplicar esta circunstancia atenuante analógica cuando se produce una conducta voluntaria del sujeto culpable que, aunque propiamente no sea una confesión, favorece la investigación de lo ocurrido, si realmente ello tiene alguna significación o relevancia en ese favorecimiento, (STS 784/04, de 16 de junio).

5. Esto es lo que aconteció en el caso enjuiciado, y así lo expresa el Tribunal de instancia al indicar que: " Examinado el escrito de autoinculpación se constata que contiene un relato de la dinámica comisiva desarrollada, es decir de la trama urdida por el acusado a lo largo de todos estos años, si bien reconoce lo obvio, y se anticipa a lo inmediatamente inevitable, dado el estrangulamiento en el que se encontraban las inversiones por falta de capital, y de las continuas reclamaciones que se estaban realizando por parte de los inversionistas. Además, el relato de hechos no puede considerarse veraz en todos sus extremos, a la vista de que de la prueba practicada no puede sostenerse que hasta el año 2001 hubiera realizado las inversiones en Madrid, ya que no existe ninguna prueba en relación a las mismas, ni ha aportado datos de relevancia o significación clara para investigar la intervención de los supuestos socios inversores de Madrid, a los efectos de poder establecer una eventual responsabilidad de los mismos.

Por tanto, no concurren plenamente todos los requisitos para la atenuación específica, por lo que debe apreciarse la atenuante como analógica dado que se ha respetado el requisito temporal, ha reconocido gran parte de los hechos, y su colaboración ha sido relevante, no total, a la vista de las discrepancias reiteradas mantenidas a lo largo de las sucesivas declaraciones, en concreto en el acto del juicio oral, entendiéndose que efectivamente ha realizado un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado, por lo que procede la apreciación de la atenuante como analógica. (STS 809/2004, de 23 de junio; 1348/2004, de 25 de noviembre)".

6. Por último, debe observarse que la distinta naturaleza de la atenuante carece de repercusión en la determinación de la pena imponible al acusado. Solo la consideración de la atenuante como muy cualificada permitiría la rebaja en grado que contempla el artículo 66.1.2.^a, pero para ello se precisaría que la confesión hubiera tenido una especial repercusión en el descubrimiento de los hechos y en la determinación de su responsable, lo que no es predicable en un supuesto en el que, como se ha dicho, eran inminentes las denuncias de los inversores y existía prueba testifical y documental que apuntaba sobradamente a la responsabilidad del acusado.

El motivo se desestima.

Tercero.

1. El segundo motivo se formaliza por Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender infringido el artículo 21. 6 del Código Penal.

El recurrente considera indebidamente inaplicada la atenuante de dilaciones indebidas. Denuncia que pasó casi un año entre la autoinculpación y su toma de declaración en sede de instrucción, transcurriendo un total de cuatro años y medio entre aquella fecha y la sentencia. Resalta además los cinco meses que se demoró el informe confeccionado y presentado por la policía foral en sede de instrucción, además de haber sufrido prisión provisional por tiempo de dos años.

2. El artículo 21.6 del Código Penal considera circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Tiene declarado esta Sala que la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas exige de cuatro requisitos: 1) que la dilación sea injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa. También hemos destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta para la apreciación de esta circunstancia. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2.

La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/10, de 15 de febrero o 416/13, de 26 de abril).

En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16 de septiembre), como por infligir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10 de diciembre).

3. Con estas consideraciones, la pretensión debe ser rechazada no solo por lo razonable del tiempo tardado en la resolución del proceso, sino por no haberse producido las paralizaciones que el recurso sugiere.

Como la sentencia de instancia sostiene (con una indicación minuciosa de las actuaciones procesales que se sucedieron de manera ininterrumpida), la instrucción tuvo una duración de tres años hasta la remisión de la causa al órgano de enjuiciamiento, lo que se manifiesta como un tiempo razonable, dada la complejidad de un procedimiento penal en el que se acumularon múltiples diligencias previas que afectaban a decenas de perjudicados y que estaban dispersas por diferentes juzgados. La complejidad se manifiesta además por las múltiples declaraciones testificales que fueron precisas para la concreción de los hechos y por las declaraciones reiteradas de los también plurales investigados. Se añade la profusa documentación aportada por las partes; la necesidad de realizar una prueba pericial dactiloscópica e, incluso, que hubo de abordarse una investigación policial para tratar de fijar la identidad de un supuesto socio que el recurrente refirió tener en Madrid. Todo unido a las múltiples cuestiones que fueron analizadas en vía de recurso por la legítima discrepancia de las partes.

Con ello se constata una actuación investigativa carente de paralizaciones destacables y que no sufrió una demora o retraso que resulte desajustada a su contenido, lo que tampoco es predicable respecto del tiempo que la causa empleó en que se señalara el juicio oral y que pudiera abordarse una preparación que precisaba de innumerables citaciones personales.

El motivo se desestima.

Cuarto.

1. El tercer motivo se formaliza por Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender infringido el artículo 21.5 del Código Penal.

El recurrente considera indebidamente inaplicada la atenuante de reparación del daño. Considera que la atenuante concurre en virtud de la actuación que tuvo el acusado en el último tiempo antes de la revelación de los hechos a la policía, pues en ese tiempo gravó su patrimonio y el de su familia para hacer frente a los pagos comprometidos con las inversiones. Añade la circunstancia de que en el juicio oral puso su patrimonio a disposición de los perjudicados.

2. Por más que sus consideraciones fácticas no se recogen en el relato histórico de la sentencia, tampoco encuentran acomodo en una fundamentación jurídica que podría contemplarse si prestara respaldo a su pretensión.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas. Lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de cualquier índole que la acción delictiva haya ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología y en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal, satisfaciendo también con ello el interés general.

La protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. De este modo el fundamento material a la existencia de la atenuación es la realización de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la cometida infracción de la norma, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTs 319/2009, de 23 de marzo y 542/2005, de 29 de abril). La atenuante precisa así de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que responda a la liberalidad de aquel a quien se atribuye el hecho dañoso, y que coloque al perjudicado en mejor situación que en la que estaba tras sufrir el delito, con independencia del cual sea el resultado imperativo del proceso penal.

3. Hemos admitido que la reparación puede producirse antes de abrirse la investigación policial o judicial y hasta el momento del juicio oral. Es la perfección o consumación del delito el punto de arranque de su operatividad, pues desde entonces es factible actuar en beneficio de la víctima y tratar de restablecer la situación anterior, eliminando o disminuyendo los efectos de la infracción delictiva (STS 947/2003, de 30 de junio). No obstante, siempre partiendo de la consideración de que la atenuación tampoco tiene un carácter puramente objetivo, por lo que la exigencia del *actus contrarius* que compense la reprochabilidad del autor, requiere que la entrega responda a la reparación o disminución de los efectos del comportamiento delictivo, esto es, al reconocimiento del hecho imputado o de las perjuicios civiles que se han irrogado (STS 18/06, de 19 de enero); lo que no es apreciable cuando la devolución o reparación se orienta únicamente a evitar la apertura de un procedimiento penal que sancione una acción criminal, y menos aun cuando la reparación se aborda a costa de la permanencia en el delito continuado que precisamente se atribuye.

4. En el presente supuesto, la sentencia de instancia proclama que los pagos que realizó el recurrente al final de su larga actividad delictiva -como los supuestos intereses que pagó durante toda su larga actividad criminal-, se orientaron a convencer a los perjudicados de que las inversiones eran reales, para evitar así que acudieran a las autoridades a denunciarle, desvelándose asimismo que para abordar este disimulo no dudó en perpetrar nuevos fraudes patrimoniales.

Lo plasma la sentencia al declarar probado que algunas defraudaciones se perpetraron en diciembre de 2013, así como cuando indica que las aportaciones patrimoniales realizadas por su familia -que aquí se disfrazan como esfuerzo reparador del acusado- no fueron sino fraudes a su propia parentela. Subraya la sentencia de instancia (FJ 4.2) que "los alegados actos de pago o de entregas a los perjudicados antes de la confesión de los hechos, la única finalidad que tenían era continuar una actividad delictiva, en un intento de subsistir. No ha existido ningún acto concreto de reparación del daño, ni siquiera una disminución de sus efectos". Y en su tercer fundamento jurídico proclama que "no se ha probado ... ni el conocimiento de las acusadas de la trama creada por el acusado, ni la existencia de su voluntad de coadyuvar, ... y es que ambas hijas, en la creencia de la realidad del negocio financiero del padre, engañadas por él, como hizo con los demás testigos perjudicados, invirtieron en las mismas condiciones que aquéllos, obteniendo los correspondientes intereses, y posteriormente, perdiendo todo el capital (Sonsoles, su esposo, familia política de ambas).

Es a partir de 2013 cuando, ante la constatación de que se dejan de pagar intereses, y ante las explicaciones del padre de que se están retrasando en Madrid, la hija Sonsoles, en el convencimiento de que ello era transitorio, prestó a su padre todo el capital del que disponía y su esposo, así como su familia política, hasta que conocieron por reconocimiento del padre de que "en Madrid no había nada", habiendo quedado en la ruina. "

El motivo se desestima, sin que sea obstáculo para ello que el acusado -durante el juicio oral- pusiera su patrimonio a disposición de los perjudicados. No solo por la falta del elemento cronológico al que se ha hecho ya referencia y por estar ya su patrimonio legalmente afecto al resultado de las acciones civiles ejercidas por las acusaciones, sino porque la reparación se refiere a comportamientos de reparación efectiva y no a la mera expresión de una voluntad carente de efectividad (STS 928/03, de 27 de junio).

El motivo debe desestimarse.

Quinto.

1. Invirtiendo el orden de su formulación, el quinto motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, entendiéndose infringidos los artículos 5.4 de la LOPJ, con vulneración del derecho a la

tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE y del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas del art. 120 CE.

El recurrente denuncia que el Tribunal de instancia no ofrece argumentos respecto de la individualización de la pena impuesta.

2. El principio de legalidad conduce a que el Tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador, y que deba observar además las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal para los supuestos de concurrencia de una o varias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En todo caso, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del Juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever.

Desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, el arbitrio judicial en esta materia, permite y obliga a expresar un criterio razonado, y razonable, sobre la pena que se entiende adecuada imponer, entre los límites fijados por el legislador. Y la razonabilidad de la individualización de la pena, observada desde las circunstancias personales del delincuente, entraña contemplar los motivos que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos diferenciales de su personalidad que deben corregirse para evitar una reiteración delictiva. Por lo que hace referencia a la gravedad del hecho, esta Sala tiene declarado que la ponderación no se concreta en una evaluación de la gravedad del delito, pues el legislador ya considera la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito y la forma básica del ataque a este, cuando fija el marco penológico abstracto en cada uno de los tipos penales descritos en el Código. La gravedad de los hechos que se sancionan, hace referencia a aquellas circunstancias fácticas concomitantes en el supuesto concreto que se está juzgando, es decir, la dimensión lesiva de lo realmente acontecido, desde la antijuricidad de la acción, el grado de culpabilidad del autor y la mayor o menor reprochabilidad que merezca su comportamiento. Ambos parámetros muestran la extensión adecuada de una pena que debe contemplar la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y al juicio de reproche que su conducta merece, debiendo el Tribunal expresar su criterio para evitar cualquier reparo de arbitrariedad y para poder satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta. De este modo, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia 21/2008, de 31 de enero, que el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (SSTC 108/2001, 20/2003 o 148/2005); en los mismos términos que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 198/2012, de 8 de marzo o 116/13, de 21 de febrero, entre muchas otras).

3. Y las razones que en este caso conducen a la singularización de las penas, han sido claramente expresadas por el Tribunal de instancia en el FJ 5 de la sentencia, concretamente: 1) Que resulta más beneficiosa para el acusado la aplicación del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2015, por más que no fuera la vigente a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar; 2) Que resulta aplicable el artículo 74.1 del Código Penal, en atención a que algunas de las defraudaciones individualmente consideradas sobrepasaron la cantidad de 50.000 euros; 3) Que, conforme a lo previsto en el precepto, procedía la imposición de la pena superior en grado, en su mitad inferior, atendiendo al importe contenido, la pluralidad de perjudicados y las múltiples acciones defraudatorias desarrolladas durante años; 4) Que concurría la atenuante analógica de confesión y 5) Que procedía una exacerbación de la pena dentro de los márgenes legales de imposición, en atención a que los marcados elementos de agravación anteriormente expuestos no estaban enfrentados a una atenuante de confesión de relevante entidad, pues su autoinculpación vino determinada por la situación de estrangulamiento irreversible de la trama financiera.

Por ello, el motivo debe ser desestimado. En todo caso, la objeción pierde su sustantividad en la medida en que la estimación del motivo analizado a continuación, comporta que la segunda sentencia de esta Sala deba establecer la pena imponible al recurrente dentro de sus márgenes legales y conforme a los criterios de individualización que allí contemplemos.

El motivo se desestima.

Sexto.

1. El cuarto motivo de su recurso se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse infringido el artículo 66 del Código Penal.

El acusado fue condenado como autor de un delito continuado de estafa, del artículo 248, 250.1.5 y 74 del Código Penal, a la pena de prisión por tiempo de 7 años y 5 meses; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; inhabilitación profesional por el mismo tiempo; y multa de 14 meses en cuota diaria de 6 euros.

El recurso denuncia que la pena se ha aplicado en la horquilla penal más alta, pese a la concurrencia de la atenuante analógica apreciada, lo que resulta contrario al artículo 66.1.1.º del Código Penal, que dispone que "

Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito".

2. La impugnación tiene pleno respaldo normativo.

El acusado fue condenado como autor de un delito continuado de estafa que, por la circunstancia de que varias de las defraudaciones perpetradas excedían por sí mismas de la cuantía de 50.000 euros que contempla el artículo 250.1.5.º del Código Penal, justifica la aplicación de la exacerbación penológica que para la continuidad delictiva contempla el artículo 74.1 del Código Penal, dado que el Tribunal de instancia excluyó que el delito haya perjudicado a una generalidad de personas y que pueda por ello aplicarse la agravación de la pena en uno o dos grados que para el delito masa recoge el inciso último del artículo 74.2 del Código Penal.

Consecuentemente, los hechos deben ser castigados con la pena "señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado".

Siendo que la pena privativa de libertad prevista para el delito de estafa del artículo 250.1.5 del Código Penal discurre entre 1 y 6 años, y que la mitad inferior de la pena superior en grado alcanza un límite máximo de 7 años y 6 meses, resulta inviable que, concurriendo una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, pueda imponerse la pena de 7 años y 5 meses que se le ha impuesto al acusado en la instancia (art. 66.1.1.ª CP).

Plantea el recurso que la pena imponible no puede exceder de los 6 años de prisión, y aún ello excede de la máxima previsión punitiva que resulta de la aplicación del art. 74.1 del Código Penal.

La norma ofrece diversas posibilidades de aplicación.

2.1. A partir de la redacción del precepto, algunos sectores doctrinales entienden que el marco punitivo para el delito continuado es la mitad superior de la pena correspondiente a la infracción más grave y sobre este marco se aplicarían los condicionamientos normativos generales establecidos por el legislador.

Consideran que solo cuando concurren circunstancias concretas que lo justifiquen, el legislador autoriza a que el órgano de enjuiciamiento pueda cambiar ese marco punitivo por otro superior. En atención a contextos que reflejen una mayor antijuridicidad o culpabilidad en la conducta y que evidencien la insuficiencia de la sanción que pudiera imponerse dentro del marco indicado, el juzgador, con expresión de las razones justificantes, podría sancionar los hechos con una pena que se sitúe en la mitad inferior de la pena superior en grado; esto es, acudir a un marco punitivo de mayor rigor y al que serían también aplicables todos los condicionamientos normativos fijados para la individualización de la pena.

Esa lectura de la norma no se muestra acorde con el margen de agravación que el legislador otorga al Juez para estos supuestos, pues, cuando concorra una circunstancia atenuante como aquí acontece, el Tribunal tendría dos opciones legales:

a) Imponer la pena en la mitad inferior del primer marco punitivo, concretamente el tramo inferior de la mitad superior de la pena señalada al delito más grave (de 3 años, 6 meses y 1 día a 4 años y 9 meses de prisión en el caso de la estafa del art. 250) o

b) Imponer la pena en la mitad inferior del segundo marco punitivo, siempre que apreciara circunstancias de mayor reproche que justifiquen esa exacerbación del marco de sanción. En este supuesto, la individualización se realizaría dentro del primer cuarto de la pena superior en grado (mitad inferior de la mitad inferior de la pena superior en grado); esto es, de 6 años de prisión a 6 años y 9 meses de límite máximo.

Más allá de que la literalidad de la norma no refleja la alternativa entre dos marcos punitivos abstractos, la lectura produciría la paradójica circunstancia de que, ampliando el legislador el margen de discrecionalidad judicial para la punición de los delitos continuados, supuestos como el enjuiciado no podrían ser sancionados con una pena cuya extensión se ubique en el espacio que media entre ambas posibilidades. En estos casos, al impedir la circunstancia atenuante que se imponga la pena en la mitad superior de cualquier marco penal abstracto, el órgano de enjuiciamiento no podría sancionar los hechos con una pena que fuera de los 4 años y 9 meses de prisión hasta los 6 años, por constituir este espacio la mitad superior del primero de los marcos punitivos que analizamos.

2.2. Una segunda lectura del precepto lleva a sustentar que el marco punitivo del delito continuado es la mitad superior de la pena correspondiente a la infracción más grave y que sobre este marco se aplicarían los condicionamientos normativos generales establecidos por el legislador.

Sin embargo, a diferencia de la interpretación anterior, consideran que cuando el juzgador identifique circunstancias concretas que justifiquen la exacerbación de la pena, podrá modificar ese marco punitivo por otro que tiene el mismo mínimo de punición (arranca en la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave), pero que terminaría en el grado medio de la pena superior en grado.

La lectura sin embargo se enfrenta a dos objeciones.

De un lado, no se acierta a comprender por qué este segundo y más amplio marco punitivo (de la mitad superior de la pena prevista para el delito más grave hasta la mitad inferior de la pena superior en grado) no resultaría aplicable en la generalidad de los delitos continuados en general (a los que se aplicaría la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior), pero sí podría operar como marco de referencia para supuestos de especial gravedad. Ninguna previsión típica conduce a esta diferenciación.

De otro lado, es explícito que la agravación de la pena para el delito continuado surge del mayor reproche que merece la reiteración de conductas que se engloban en la continuidad delictiva. Sin embargo, no se aprecian razones que justifiquen que para los delitos continuados en general, el legislador haya previsto aumentar el umbral de la mínima extensión de la pena correspondiente al delito más grave, y no haya aumentado paralelamente el umbral superior. Y si asumiéramos que tal opción es la que se ha querido plasmar en la ley, tampoco se identifica una razón normativa de que, cuando concurren circunstancias añadidas de especial gravedad y resulte por ello aplicable el marco punitivo extenso que se sustenta, se aumente el umbral máximo de la pena prevista para el resto de delitos continuados, pero el umbral mínimo sea el mismo que si la gravedad no concurriera.

2.3. En realidad, el art. 74.1 del Código Penal fija un marco punitivo específico y propio para cualquier continuidad delictiva. Un marco que discurre entre la mitad de la pena correspondiente a la infracción más grave y la mitad de la pena superior en grado (STS 1367/2011, de 20 de diciembre). Sobre esta específica previsión punitiva abstracta operan los condicionamientos normativos de individualización de la pena que se contemplan en el artículo 66 del Código Penal, no solo en el sentido de perfilar el límite mínimo y máximo desde el que aplicar las reglas 2.^a, 4.^a, 5.^a y 7.^a del mencionado precepto, sino resituando como punto medio lo que normalmente sería el extremo y reubicando con ello los tramos superior e inferior en los que deben operar las reglas 1.^a, 3.^a, 6.^a y 7.^a (STS 1004/2016, de 23 de enero de 2017).

De este modo, el marco para la pena privativa de libertad discurre, en este caso, entre los 3 años 6 meses y 1 día de prisión como límite mínimo (pues es ahí donde se ubica el inicio de la mitad superior de la pena prevista para el delito de estafa del art. 250.1.5.º) y los 7 años y 6 meses que corresponden al umbral donde acaba la mitad inferior de la pena superior. Además de una multa que fluctuará entre los 9 meses y 1 día como límite inferior, y los de 15 meses en su máxima extensión.

Entre esos extremos, la apreciación de una circunstancia atenuante impone, de conformidad con el artículo 66.1.1.^a del Código Penal, que la individualización no pueda superar la mitad inferior, esto es, los 5 años y 6 meses de prisión, así como una multa de 12 meses.

El motivo debe estimarse.

Séptimo.

El sexto motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

El recurso identifica como documentos de sustentación del motivo: la autoinculpación inicial del condenado, sus tres declaraciones prestadas en fase de instrucción y los saldos acreedores que presentó.

A partir de estos elementos probatorios reprocha que la sentencia exprese en su fundamento jurídico cuarto que la colaboración del recurrente fue relevante pero no total y que sus declaraciones ofrecieron discrepancias reiteradas a lo largo de las mismas. Asume el recurso que esa mención del Tribunal no aparece en el relato de hechos probados sino en la fundamentación jurídica, pero subraya la posibilidad excepcional de que el relato fáctico se integre con la fundamentación de la sentencia, siempre que no sea en perjuicio del acusado. Con todo ello, indica que mantuvo en el tiempo su versión sobre el fraude, las personas afectadas y las cantidades defraudadas a cada uno de ellos, destacando que su relato fue íntegro, veraz y previo a que se iniciara el procedimiento, por lo que considera que debió apreciarse la atenuante de confesión como muy cualificada.

El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849.2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente.

En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con verdaderos documentos, quedando excluidas las pruebas personales documentadas, y sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento

acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

No es esta la cuestión que se plantea. Además de que el motivo formulado no define cual es el contenido que se reclama incluir en el relato fáctico para que preste soporte a la circunstancia atenuante que postula, y además de que se construye sobre la verosimilitud que otorga a una prueba personal (lo que el Tribunal no comparte), a lo que aspira el motivo es a que se otorgue a diferente alcance jurídico a sus revelaciones, lo que ha sido objeto de análisis en el fundamento segundo de esta resolución y a lo allí expresado nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de casación interpuesto por la acusación particular ejercida por Tomasa y muchos otros.

Octavo.

1. Su primer motivo se formaliza con sujeción a lo previsto en el artículo 851.1 de la LECRIM, por apreciar una manifiesta contradicción entre los hechos probados y otros hechos recogidos en los fundamentos de derecho de la resolución.

El motivo reprocha que se haya absuelto a la compañía aseguradora Mapfre de la responsabilidad civil directa por la que se solicitaba su condena. Destaca que la sentencia declara probado: 1) Que desde el año 1992, el acusado se dedicó profesionalmente a prestar servicios de asesoramiento fiscal, contable y también financiero a través de su empresa " Asesoría Miguel Olagüe Roncal & Asociados"; 2) Que una vez jubilado y para continuar su actividad de inversiones financieras, se trasladó a otro despacho, 3) Que desde el año 1994 hasta 2014 puso en marcha un negocio de inversiones para captar clientes de su asesoría o ajenos a la misma, a fin de que invirtieran determinadas cantidades de capital y 4) Que el acusado tenía contratada una póliza individual con la compañía aseguradora MAPFRE que cubría su responsabilidad civil profesional -sin más especificaciones- durante el periodo 16/09/97 y 16/09/14.

Considera que este relato probatorio entra en contradicción con el apartado 6.3 del fundamento de derecho sexto de la resolución, en el que se proclama que las inversiones se captaron al margen de la actividad oficial del condenado y se niega que se haya probado que el riesgo asegurado se extendiera a toda la actividad del condenado, denunciando los recurrentes que si no se ha probado el ámbito del aseguramiento fue por la exclusiva responsabilidad de la entidad Mapfre, que era quien podía aportar una copia de la póliza y no lo hizo aduciendo que se había perdido y que había tenido que reconstruirse con los exclusivos datos con los que contaban.

2. Nuestra jurisprudencia tiene declarado que es un requisito imprescindible que las sentencias penales contengan un relato de hechos probados que permita su comprensión, pues los hechos declarados probados en la sentencia deben relacionarse con los fundamentos jurídicos de esta, lo que exige que la descripción fáctica sea lo suficientemente clara y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente (SSTS 945/2004, de 23 de julio y 94/2007, de 14 de febrero).

De este modo, la doctrina jurisprudencial (SSTS 1006/2000, de 5 de junio; 471/2001, de 22 de marzo; 717/2003 de 21 de mayo; 474/2004, de 13 de abril; 1253/2005; de 26 de octubre; 1538/2005, de 28 de diciembre; 877/2004, de 22 de octubre; 24/2010, de 1 de febrero), ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión o también por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado (STS 1610/2001, de 17 de septiembre; 559/2002, de 27 de marzo).

En todo caso, es necesario que la falta de claridad sea interna, en el sentido de venir ubicada en el hecho probado y no poder oponerse respecto a otros apartados de la sentencia, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógico argumental cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho o incluso la debilidad racional de la valoración probatoria. Y hemos indicado también que la incomprensión del relato fáctico debe estar causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia, hasta impedir evaluar la correcta subsunción de los hechos enjuiciados.

En términos parecidos, el paralelo análisis del vicio in iudicando de plasmar elementos fácticos contradictorios, lleva a que la jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26 de marzo o 121/2008 de 26 de febrero) sostenga que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra, al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS 299/2004, de 4 de marzo).

La misma jurisprudencia señala (SSTS 301/2015 de 20 mayo; 231/2016 de 17 marzo o 267/2017 de 26 enero, entre muchas otras) que para que pueda prosperar este motivo de casación es necesario: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; b) que sea insubsanable y no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado o, de venir referida a apartados del fundamento jurídico, que estos tengan un indudable contenido fáctico y d) que la contradicción resulte relevante para el sentido del fallo, por afectar a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica. De este modo, la STS 1250/2005, de 28 de octubre, recogía "Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el iudicium, lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

3. La aplicación de la mencionada doctrina al caso de autos muestra la necesaria desestimación del recurso. Lo que el motivo denuncia no es una contradicción interna en el relato de hechos probados sino una ilógica valoración probatoria, tanto por un defectuoso manejo de las reglas relativas a la carga de la prueba, como por el proceso deductivo que preside el juicio analítico. El planteamiento sobrepasa así el defecto en el enjuiciamiento que contempla el cauce procesal empleado, lo que no impedirá que sea finalmente resuelto por la Sala en la medida en que la objeción se reproduce en otros motivos del recurso.

El motivo se desestima.

Noveno.

1. Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente inaplicado el artículo 392 del Código Penal, en relación con el artículo 390.1.3.º, lo que condujo a la absolución de Rafael del delito de falsedad documental por el que la acusación particular mantuvo pretensión de condena.

Los recurrentes denuncian que la sentencia declare probado que "el acusado firmó diversos justificantes de recepción de capitales a los clientes imitando la firma de su esposa Ángeles, sin conocimiento ni consentimiento de la misma, hasta el año 2001", y que pese a ello no haya sido condenado como autor del delito de falsedad en documento mercantil del que le acusaban o, cuando menos, de un delito de falsedad en documento privado, lo que entienden no quebrantaría el principio acusatorio y sería perfectamente compatible con un delito continuado de apropiación indebida.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal".

Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así un absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

3. Partiendo de esta intangibilidad del relato fáctico de la sentencia de instancia, debe recordarse que el Código Penal no contiene una definición de lo que debe entenderse por documento mercantil a los efectos del delito de falsedad, lo que ha impulsado que, en su función nomofiláctica, esta Sala haya prestado especial atención a especificar su significación, lo que se ha realizado desde una consideración amplia del término.

Nuestra jurisprudencia ha declarado que documento mercantil equivale a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmada en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, siendo tales no solo las expresamente reguladas en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todas aquellas que recojan una operación de comercio o que tengan eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter.

Como documentos expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, los pagarés, los cheques, las órdenes de crédito, las cartas de porte, los conocimientos de embarque o los resguardos de depósito.

No obstante, son también documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, cuando se refieren a contratos u obligaciones de naturaleza comercial; además de cualquier otro tipo de representación gráfica del pensamiento que sirva a acreditar la ejecución de los referidos contratos, tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (SSTS 1590/2003, de 22 de abril de 2004; 564/2007, de 25 de junio; 1394/2011, de 27 de diciembre o 149/2020, de 18 de mayo y 507/2020, de 14 de octubre, entre las más recientes).

Frente a estos, el documento privado tiene una significación penal residual, en cuanto que se considera por tal el que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (art. 26 del Código Penal), y no tenga la consideración de documento público, oficial o mercantil (SSTS 171/2006, de 16 de febrero o 788/06, de 22 de junio).

Por último, debe subrayarse que el Código de Comercio reputa actos de comercio a todos los actos negociales regulados en él (art. 2), presumiéndose que existe un ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (art. 3).

En relación con el contrato de préstamo, el art. 311 del mismo Código perfila que tendrá naturaleza mercantil si alguno de los contratantes fuera comerciante y si las cosas prestadas se destinan a actos de comercio.

En interpretación del precepto, la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha reconocido la naturaleza mercantil de los préstamos bancarios (STS de 9 de mayo de 1944 y 31 de octubre de 2001), lo que reflejan también los artículos 175.7.º, 177, 199.1 y 212.1 del Código de Comercio al mencionar explícitamente el préstamo como objeto propio de la operativa de las entidades bancarias.

Paralelamente ha negado carácter mercantil al préstamo cuando no se destina la suma recibida a la actividad mercantil (así, sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993 y 9 de marzo de 1995), lo que excluye de naturaleza mercantil del préstamo recibido por un comerciante-prestatario que destine lo recibido a satisfacer necesidades ajenas a su actividad negocial.

4. Lo expuesto muestra la injustificación del motivo que se formula y la correcta calificación de los documentos como privados que realiza la sentencia de instancia.

Pese al acotamiento del relato fáctico que se realiza en el alegato del recurrente, la sentencia de instancia recoge una proclamación más extensa y profunda.

El Tribunal declara probado que " el acusado, con el fin de obtener un beneficio ilícito, puso en marcha un negocio de inversiones, (careciendo de cualquier tipo de autorización administrativa para realizar gestiones de inversión), consistente en captar clientes, bien de la misma asesoría o terceros ajenos a la misma, a fin de que invirtieran determinadas cantidades de capital, según su disponibilidad, para lo cual les ofrecía una alta rentabilidad, entre el 8 y el 8,25%, llegando en algunos casos hasta el 12% anual, neto, exento de tributación fiscal mediante retención.

La captación de clientes se efectuó por el acusado sin ningún tipo de publicidad, siendo los inversores originarios, además de clientes del asesoría, otros nuevos inversores aportados por aquellos que acudían por razón del alto interés ofrecido, y también personas de su propia familia, conocidos, amigos, incluso familiares de otros inversores.

Les convenció ofreciéndoles un interés anual notoriamente más elevado que el que se venía satisfaciendo en el mercado oficial financiero, indicándoles que la rentabilidad de las aportaciones dinerarias provenían de un negocio de inversiones inmobiliarias en Madrid, en concreto de la compra de edificios que posteriormente se alquilaban, y que con el importe de los alquileres se satisfacían los intereses, sabiendo el acusado que dichas inversiones eran inexistentes, apropiándose del capital recibido en su propio beneficio.

Así, informaba falsamente a los inversores de la bondad del negocio inmobiliario y de la garantía del capital, comunicándoles la existencia de un aseguramiento con Mapfre que cubriría cualquier contingencia, y de la continuidad de sus hijas al frente del negocio en el caso de que a él le ocurriera algo.

Los clientes, movidos por el elevado interés que les ofrecía, entregaron al acusado el capital en metálico, recibiendo del acusado un documento justificante de la cantidad recibida que el mismo firmaba, y también emitía justificantes en los supuestos de devolución de capital, liquidando los intereses trimestralmente, entregándolos en metálico en un sobre cerrado (documentos), y sin emitir ningún recibo ni justificante de los mismos.

En ningún caso se firmaba ningún tipo de contrato de inversión, ni existía una documentación justificativa de las inversiones, siendo toda la operativa puramente verbal".

Es esta descripción la que el relato culmina diciendo que "el acusado firmó diversos justificantes de recepción de capitales a los clientes imitando la firma de su esposa Ángeles, sin conocimiento ni consentimiento de la misma, hasta el año 2001".

El relato probatorio muestra así la naturaleza privada de los documentos falsarios.

Los documentos se emitieron para acreditar falsamente que los fondos se entregaron a la esposa del acusado, reflejando el Tribunal que estos fondos nunca fueron entregados a Carlos Alberto en la condición de agente del Banco de Santander o de la entidad Iberagentes, ni tampoco con ocasión de su actividad profesional de asesoramiento fiscal, contable o financiero. Nada de esto hubiera justificado que el recibo se emitiera a nombre de su esposa.

El relato de hechos probados proclama que el dinero se captó con la excusa de abordar un particular negocio de inversión en inmuebles destinados al alquiler y con la promesa de retribuir a los prestamistas con los importantes rendimientos que se obtendrían. Enuncia además que los prestamistas perjudicados no solo fueron los clientes de la asesoría, sino cualquier persona que estuviera en el ámbito de relación del defraudador, concretamente otras personas ajenas a la asesoría, así como amigos e incluso familiares. Todo con la singularidad, plenamente desconectada de cualquier actividad mercantil, de que el recurrente carecía de autorización administrativa para realizar gestiones de inversión y que las aportaciones dinerarias se le hacían en metálico, sin ningún tipo de contrato de inversión, dándose solamente un recibo del dinero entregado, firmándose incluso la recepción a nombre de su esposa, y pagando a los inversores los supuestos rendimientos mediante sobres con dinero en metálico y sin que se documentara nunca la realización de esas liquidaciones de beneficios.

5. Ningún acto mercantil se aprecia en la obtención de los créditos y la firma del recibo a nombre de la esposa del acusado, por lo que es correcta la consideración de que los documentos falsarios tenían naturaleza privada, así como la absolución del acusado del concurso de delitos que subsidiariamente se reclama.

Por su ubicación sistemática es indudable que el delito de estafa protege el patrimonio privado ajeno cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos, esto es, mediante engaño.

En la falsedad se castiga a quien, de un modo u otro, presenta como real o auténtico, algo que carece de tales rasgos. El delito de falsedad castiga a quien hace pasar por legítimo lo que no lo es, en un interés de proteger la credibilidad del tráfico jurídico en general, es decir, la confianza que terceros depositan en la autenticidad de los documentos y en su eficacia para probar lo que proclaman. Por ello, la falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros.

Esta similitud ha llevado a que la doctrina científica destacara que el documento falsificado y funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), es plenamente identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, fundiéndose los conceptos por que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia.

El criterio es recogido por nuestra jurisprudencia (STS. 24 de mayo de 2002), proclamándose que cuando la falsedad en el documento privado haya incidido en el tráfico jurídico exclusivamente como instrumento provocador del engaño, que constituye el elemento nuclear de la estafa, la sanción por ambos delitos no es posible. Decíamos en nuestra sentencia de 29 de octubre de 2001 "...la falsificación de un documento privado del art. 395 Código Penal vigente solo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro. Si el perjuicio es de carácter patrimonial y da lugar a un delito de estafa, la falsedad que formaría así parte del engaño, núcleo del delito de estafa, no podría ser sancionada junto a esta so pena de castigar dos veces la misma infracción. La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado para que el núcleo sea punible, es preciso que la mendacidad descrita en un documento privado -que por si sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos, sería económicamente evaluable".

Esta realidad es la que se aprecia en los hechos enjuiciados, siendo por ello correcto que el Tribunal de instancia proclame que el delito continuado de falsedad en documento privado queda absorbido por el delito continuado de estafa para el que se utilizaron aquellos.

El motivo se desestima.

Décimo.

1. Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 74.2 del Código Penal.

Denuncia el recurrente que la sentencia de instancia haya excluido la aplicación de la figura del delito masa (art. 74.2 del Código Penal), que obliga a la imposición de la pena superior en uno o dos grados cuando el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, lo que entiende plenamente apreciable en este supuesto. De un lado, porque se defraudó una cantidad cercana a los 14 millones de euros. De otro por que, más allá de lo que indican los hechos probados, el recurso cuantifica que fueron 125 las personas perjudicadas.

2. El artículo 74 del Código Penal dispone que "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u

omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".

En palabras de la STS 439/20009, de 14 de abril, el delito masa es una modalidad agravada del delito continuado que tiene características específicas que le dotan de una autonomía y sustantividad propias, de suerte que queda justificado el tratamiento punitivo diferenciado que prevé el artículo 74.2, último inciso, del Código Penal.

Frente al delito continuado, que admite uno o varios sujetos pasivos, el delito masa exige necesariamente una considerable multiplicidad de perjudicados que el legislador identifica con el término de generalidad, expresión cuyo contenido semántico hace referencia (RAE) a una "mayoría, muchedumbre o casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o un todo sin determinación a persona o cosa particular".

Esta noción es la que refleja la interpretación que del delito masa ha hecho la jurisprudencia de esta Sala, proclamando que no hay generalidad de personas cuando, por más que se trate de bastantes o incluso muchos afectados, no conformen un colectividad indeterminada y difusa (STS 719/2010, de 20 de julio; 492/2014, de 10 de junio).

El delito masa no necesariamente se caracteriza por una cantidad incontable de personas finalmente perjudicadas, pero sí precisa que el destinatario potencial de la actividad defraudadora sea una amplia e indiscriminada colectividad de individuos no singularizados por el dolo unitario del sujeto activo y sobre los que se irá replicando el engaño eficazmente generador de un menoscabo patrimonial en cada una de las víctimas.

3. Lo expuesto no es predicable del acaso enjuiciado. El intangible relato fáctico concreta en 51 los inversores que resultaron perjudicados por la conducta captatoria del recurrente.

El número de afectados, siendo importante (como es de suma relevancia la cantidad dineraria que se les estafó), no responde a la planificación del fraude indiscriminado que el delito masa exige, sino a que la actuación, sin publicidad ni divulgación pública, se desarrolló durante 20 años, habiéndose concretado sobre individuos específicos que fueron captados y convencidos de manera particular o personal.

El motivo se desestima.

Undécimo.

1. Su cuarto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente inaplicado el art. 250.1.6 del Código Penal.

Denuncian los recurrentes que la sentencia de la Audiencia Provincial haya excluido la aplicación del subtipo agravado de abuso de relaciones personales y de aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, al entender que de los hechos probados se deduce la existencia de dicho aprovechamiento.

2. La pretensión carece de fundamento para su acogida.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que el abuso de relaciones personales recogido en el artículo 250.1.6 del Código Penal, mira a un grado especial de vinculación entre el autor y su víctima. Por el contrario, el abuso de la credibilidad empresarial o profesional pone el acento, no tanto en la previa relación entre ambos, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril o 295/2013, de 1 de marzo).

Respecto del grado de especial vinculación entre autor y víctima, hemos proclamado que debe confirmarse su concurrencia desde una consideración restrictiva pues, en la mayor parte de las ocasiones, tanto el engaño que define el delito de estafa, como fundamentalmente el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida (STS 368/2007, de 9 de mayo o 37/2013, de 30 de enero), presentan puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2 de julio). Por ello, la aplicación del subtipo agravado queda reservada a aquellos supuestos en los que, además de quebrantar una confianza genérica que es inherente a todo hecho típico de esta naturaleza, concurre un plus que haga de mayor gravedad su quebrantamiento (STSS 1753/2000, de 8 de noviembre; 2549/2001, de 4 de enero; 626/2002, de 11 de abril; 890/2003; 383/2004, de 24 de marzo o 813/2009, de 7 de julio, entre muchas otras) porque se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio), al concurrir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30 de enero; 785/2005, de 14 de junio; y 9/2008, de 18 de enero).

En cuanto al aprovechamiento de la credibilidad profesional, no es una agravación automática que opere ante la mera constatación de la condición de empresario o profesional y de la existencia de una relación entre la actividad defraudatoria con esa cualidad, pues abusar supone algo más que la concurrencia o incluso su mero aprovechamiento. Y hemos dicho que cuando la fuerza del engaño descansa en la apariencia de solvencia y en el crédito empresarial del defraudador, no cabe considerar además la concurrencia de la agravante específica, la cual queda reservada a supuestos de una especial situación de credibilidad o confianza (SSTS 1553/2004, de 30 de diciembre o 383/2013, de 12 de abril).

3. Estos remarcados aprovechamientos no confluyen en el caso enjuiciado.

Los hechos probados se limitan a transcribir que el acusado tenía un negocio de gestoría y que algunos de los defraudados eran clientes suyos, además de haber defraudado a algún amigo o familiar.

Nada concreta el relato sobre la intensidad de los vínculos personales o sobre la credibilidad pública de su empresa. No refleja tampoco de qué modo ambos elementos pudieron contribuir a que se cerraran las operaciones dinerarias de abuso. Se identifica, sin embargo que lo que movió la voluntad de sus víctimas fue la promesa de unos importantes rendimientos y cómo, pagándolos con cargo a las aportaciones de nuevos defraudados, logró que nuevos inversores acudieran confiados en cobrar la rentabilidad que prometía. Respecto a los clientes, los hechos probados proclaman que el acusado los captó a fin de que invirtieran determinadas cantidades de capital " para lo cual les ofrecía una alta rentabilidad, entre el 8 y 8,25%, llegando en algunos casos hasta el 12% anual neto, exento de tributación fiscal mediante retención".

Añade además que: "Les convenció ofreciéndoles un interés anual notoriamente más elevado que el que se venía satisfaciendo en el mercado oficial financiero, indicándoles que la rentabilidad de las aportaciones dinerarias provenían de un negocio de inversiones inmobiliarias en Madrid, en concreto de la compra de edificios que posteriormente se alquilaban, y que con el importe de los alquileres se satisfacían los intereses, sabiendo el acusado que dichas inversiones eran inexistentes, apropiándose del capital recibido en su propio beneficio. Así, informaba falsamente a los inversores de la bondad del negocio inmobiliario y de la garantía del capital, comunicándoles la existencia de un aseguramiento con Mapfre que cubriría cualquier contingencia, y de la continuidad de sus hijas al frente del negocio en el caso de que a él le ocurriera algo".

Y termina indicando: "Los clientes, movidos por el elevado interés que les ofrecía, entregaron al acusado el capital en metálico".

El motivo se desestima.

Duodécimo.

1. Su quinto motivo de impugnación también se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente inaplicable el artículo 117 del Código Penal sobre la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora Mapfre, en relación con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro y, en particular, con sus artículos 2, 73 y 76, así como con el artículo 217 de la LEC.

El recurrente destaca que se ha declarado probado que el acusado tenía contratada una póliza individual de responsabilidad civil profesional con la aseguradora Mapfre.

Destaca también que la póliza no pudo incorporarse a la causa porque la entidad aseguradora adujo haberla extraviado, si bien aportó una reconstrucción informática que reflejaba que el objeto del contrato de seguro fue la actividad profesional del acusado de asesoramiento fiscal, y por un límite asegurado de 150.253,03 euros por siniestro.

En ese contexto reprocha que, aunque la sentencia argumenta que la no aportación de la póliza debe perjudicar a la entidad aseguradora, termina resolviendo en sentido contrario y deniega la indemnización aduciendo que " no existe ninguna prueba de que el acusado hubiera asegurado su responsabilidad profesional más allá de los límites de su actividad pública como asesor fiscal, laboral, contable y financiero, por lo que no existe base probatoria sobre la que sustentar que el ámbito del aseguramiento comprendía la responsabilidad de una actividad desarrollada al margen de su profesión de asesor, no obstante, no haberse aportado la póliza por parte de la compañía".

Aduce que el posicionamiento de la sentencia es contrario a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras STS Sala 1.ª 316/2016, de 3 de mayo, que consagra el principio de facilidad y disponibilidad probatoria y permite hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad para su aportación o se hallaba en posición más favorable para la disponibilidad de la fuente, de conformidad con el artículo 217.7 de la LECRIM.

En el mismo sentido, el motivo sexto se formula al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM y argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador. Los recurrentes aducen en el motivo que los únicos documentos que obran en las actuaciones que estén relacionados con el contrato de seguro de responsabilidad civil, son los recibos que

acreditan el pago de la prima y un complemento de regularización de su importe. Consideran que estos documentos no aportan información sobre cuál era el riesgo asegurado, por lo que denuncian que la sentencia, sin ninguna apoyatura probatoria, haya decidido que determinadas facetas de la profesión del acusado sí estaban dentro de la cobertura del seguro, mientras que la gestión financiera no se integraba en el riesgo asegurado.

Por último, el motivo séptimo se formula al amparo del artículo 852 de la LECRIM, al entender los recurrentes que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que, ante la ausencia de prueba específica sobre si estaba asegurada la actividad de asesoramiento sobre inversiones que realizaba acusado, la sentencia excluya dicha actividad del seguro.

2. Los tres motivos deben ser analizados de manera conjunta. Pese a la formulación, no se denuncia que una norma jurídica de carácter sustantivo se haya inaplicado incumpliendo los presupuestos establecidos para su observancia, sino que lo que se reprocha es la incorrecta valoración probatoria sobre la concurrencia de los postulados fácticos que deberían haber conducido a la aplicación de la norma. Lo que los recurrentes denuncian es que la sentencia de instancia, pese a no contar con la póliza original y estando claro que existía un seguro de responsabilidad profesional, declare que el contrato de aseguramiento no abarcaba a las operaciones de inversión que se enjuician y, de ese modo, haya hecho descansar en los perjudicados los perjuicios derivados de los déficits de acreditación, favoreciendo a la entidad aseguradora, que era la única que pudo aportar la póliza que hubiera definido la cuestión de un modo preciso.

Las alegaciones deben ser rechazadas, pues ni se aprecia el error en el juicio valorativo que se denuncia, ni resulta acreditado que fueran objeto de cobertura por la póliza la reparación de los perjuicios que aquí se analizan.

Centrado el análisis en la póliza individual de responsabilidad civil que el acusado tenía suscrita con la entidad Mapfre, el Tribunal de instancia parte del hecho de que no se aportó la póliza original debidamente firmada por los contratantes, de forma que no existe más información sobre su objeto de cobertura que la aportada por la propia entidad aseguradora, en la que describe que solo estaba asegurado " el riesgo de responsabilidad civil en el que pudiera incurrir [el acusado] a consecuencia del ejercicio de su profesión como asesor fiscal durante el tiempo transcurrido entre el 16/9/1977 y el 15/9/2015".

En dicho contexto, el Tribunal de instancia efectivamente evalúa que solo la compañía aseguradora estaba en condiciones de poder haber aportado la póliza contractual, y que era precisamente esa parte la que podría resultar beneficiada por una restricción del objeto de la cobertura, concluyendo por ello -de conformidad con el artículo 217.7 de la LEC y con la doctrina jurisprudencial que los recurrentes esgrimen- que cualquier consecuencia negativa derivada de la falta de prueba de su contenido debería redundar en perjuicio de la entidad de seguros.

A partir de esta consideración, la sentencia da por probado que el objeto del aseguramiento había de tener un mayor alcance que el que la entidad Mapfre aducía.

Frente a la pretensión de la aseguradora de que en la póliza individual únicamente se aseguraba la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la profesión de asesor fiscal, la sentencia expresa que una valoración favorable a los terceros perjudicados llevaba a proclamar que el riesgo asegurado podía comprender toda la actividad profesional del asegurado, esto es, tener una cobertura coincidente con el riesgo que el acusado tenía cubierto en las pólizas colectivas que también tuvo suscritas, las cuales no se limitaban al asesoramiento fiscal, sino que se extendían a toda actividad profesional de asesoramiento, procesamiento y gestión contable, tributaria y financiera, así como a la emisión de informes relativos a estas actividades.

Pese a ello, la pretensión indemnizatoria con cargo a la entidad Mapfre se desestima por razones distintas.

El Tribunal de instancia expresa que la captación e inversión de fondos exige de una autorización administrativa de la que carecía el acusado. Refleja así que no es lo mismo la gestión financiera, en cuanto rama de la ciencia económica o empresarial que analiza cómo obtener y cómo utilizar de manera óptima los recursos de una persona física o jurídica, de la ejecución directa o intermediada de operaciones financieras.

Añade que el recurrente captaba el capital para realizar sus propias inversiones inmobiliarias y que las mismas no solo carecían de todo soporte documental informativo, sino que la contratación se hacía de manera verbal, sin información de riesgos, con entregas de capital en metálico, firmando los recibos de entrega de capital el acusado o su esposa, y sin que las operaciones fueran fiscalmente declaradas por el acusado o los partícipes en los supuestos negocios.

A partir de ello, el Tribunal concluye que la actividad profesional del acusado no abarcaba la captación de fondos para la realización de sus propias inversiones, por lo que los hechos enjuiciados no formaban parte del objeto del seguro. Expresamente indica la sentencia que: "respecto de la actividad de inversión desarrollada, no puede sustentarse que constituyera objeto de aseguramiento al no poderse ignorar, por ser un hecho notorio, cuál era la actividad profesional del acusado, la ordinaria, que sería la única que en el ámbito negociable podría ser objeto de aseguramiento, y no otra, de manera tal que en el presente caso no se puede obviar que los datos acreditados en el procedimiento determinan que la profesión del acusado era la de asesor que desarrollaba su trabajo en su propia empresa "Asesoría Miguel Olagüe & Asociados", y su labor de gestor de inversiones financieras la desarrollaba al margen de la asesoría, no existiendo ninguna prueba de que el acusado hubiera asegurado su responsabilidad profesional más allá de los límites de su actividad pública como "asesor fiscal, laboral, contable y financiero", por lo

que no existe base probatoria sobre la que sustentar que el ámbito del aseguramiento comprendía la responsabilidad de una actividad desarrollada al margen de su profesión de asesor, no obstante no haberse aportado la póliza por parte de la compañía, máxime cuando dicha actividad no se publicitaba".

3. Más allá de la limitada información que impone que no se aportara el original de la póliza, la valoración probatoria es acorde con el conjunto del material probatorio, ajustándose plenamente a las máximas de la sana crítica que un seguro de responsabilidad profesional no se concierte con coberturas de riesgo: a) de actividades que no pueden desempeñarse; b) de actividades que se ocultan a terceros y que resultan totalmente opacas para los reguladores, para el fisco y para la propia entidad aseguradora y c) de operaciones que tienen un significado económico radicalmente superior y desajustado al riesgo de la actividad profesional que se asegura.

Lo que justifica la inaplicación por el Tribunal de instancia del artículo 117 del Código Penal, puesto que el precepto limita la responsabilidad de los aseguradores a las obligaciones pecuniarias derivadas de los riesgos inherentes a cualquier empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho delictivo, se produzca el lance efectivamente asegurado.

Los motivos se desestiman.

Decimotercero.

1. Su último motivo de impugnación se formaliza nuevamente por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente aplicados los artículos 123 del Código Penal y 240 de la LECRIM.

Denuncian los recurrentes que la sentencia de la Audiencia Provincial ha hecho un reparto de las costas procesales incorrecto, pues no valora que el delito de falsedad que fue objeto de acusación quedó absorbido por el delito de estafa. Por ello consideran que habiéndose absuelto a las otras dos acusadas, Carlos Alberto debería ser condenado al pago de un tercio de las costas procesales causadas y no a la mitad del tercio que la sentencia impugnada establece.

2. Ya se adelanta que el motivo va a ser estimado.

La sentencia de instancia ha hecho su pronunciamiento en costas liberando al condenado del pago de las costas correspondientes al delito de falsedad en documento mercantil por el que fue absuelto.

No se hace porque se aplique la norma que permite excluir que el condenado pague las costas correspondientes a la acusación particular cuando esta haya actuado con temeridad o mala fe (vicio de actuación que no se aprecia concurrente), sino que directamente excluye cualquier pago por el delito de falsedad en atención a lo dispuesto en el artículo 240.2 de la LECRIM, que establece que no se impondrán las costas a los procesados que fueron absueltos.

Así se deriva de lo expresado por el Tribunal de instancia en el fundamento séptimo de su sentencia, en el que indica: "Dado que son tres los acusados y se procede a absolver a las dos acusadas, se declaran de oficio las dos terceras partes de las costas procesales causadas, imponiendo la mitad de la tercera parte de las costas procesales al acusado Rafael, al ser condenado por el delito de estafa y absuelto del delito de falsedad en documento mercantil.

Dicha condena incluye las costas de las acusaciones particulares personadas en las actuaciones y originadas a los perjudicados por el delito, por razón del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, lo que constituye al resarcimiento por el condenado del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses".

3. La sentencia se ajusta así a la doctrina jurisprudencial sobre el pago de las costas generadas por la intervención de la acusación particular en el proceso, pues esta Sala ha destacado que la condena en costas incluye, como regla general, las costas devengadas por la acusación particular o el actor civil (STS 41/2013, de 23 de enero, entre muchas otras), procediendo únicamente la exclusión de su pago por el acusado cuando la intervención de las partes acusadoras haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien haya sustentado pretensiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia, en cuya coyuntura el Tribunal deberá justificar reforzadamente en qué se asienta el apartamiento de la regla general establecida en la ley, por hacerse recaer los perjuicios económicos inherentes a la litigación en el perjudicado, y no en el condenado.

La exclusión del pago de la mitad del tercio de las costas procesales deriva de que Carlos Alberto es el único de los tres acusados que resultó finalmente condenado, y de que fue absuelto de uno de los dos delitos por los que venía acusado. Se plasmó así la doctrina de la Sala de fraccionamiento de las costas procesales en tantas partes cuantos delitos fueran objeto de acusación y por los que se impusiera una final condena (STS 76/2010, de 12 de febrero, entre muchas otras).

4. No obstante, la doctrina resulta indebidamente aplicada en el presente caso.

Tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia, coinciden en destacar la naturaleza procesal de la obligación de pago de las costas, cuyo fundamento no es punitivo sino resarcitorio de los gastos procesales derivados del proceso, esto es, que cuando el completo desarrollo del proceso se ve justificado con una sentencia firme que declara la responsabilidad criminal del acusado por los delitos de los que era acusado, el responsable criminal debe soportar los gastos que resultaron inherentes a la depuración de su responsabilidad criminal, incluyendo los indebidamente soportados por la parte perjudicada por el delito cometido por aquel. Una regla que se fija legalmente en los artículos 123 del Código Penal y 240.2 de la LECRIM, cuando expresan la obligación de condenar en costas a los criminalmente responsables de un delito y, en su faz negativa, al preservar que nunca se impongan las costas a los procesados que fueren absueltos.

En el presente supuesto, la acusación se sostenía por un delito continuado de estafa y otro de falsedad en documento mercantil.

Respecto de este último, el Tribunal, tras declarar probado que el acusado confeccionó determinados recibos fingiendo la firma de su esposa, niega que los documentos tengan naturaleza mercantil. Pese a ello, considera que los hechos serían constitutivos de un delito de falsedad en documento privado del artículo 395 del Código Penal, si bien excluye la punición individualizada por este delito al concluir que la alteración documental formó parte del engaño sobre el que se construyó la estafa y quedar englobada la antijuridicidad falsaria en esta última figura delictiva.

De este modo, el pronunciamiento no excluye la naturaleza penal de estos hechos, ni niega que se trate de una acción dolosa penada por la ley (art. 10 del Código Penal), sino que está asumiendo que la responsabilidad penal por estos hechos debe ajustarse a la regla de punición prevista para el concurso de normas en el artículo 8.4 del Código Penal, aun cuando el reproche penal esté sometido a reglas especiales para la fijación de su pena y esta circunstancia se reflejara sintética y defectuosamente en la parte dispositiva de la sentencia diciendo que se absolvía al acusado del delito de falsedad en documento mercantil del que venía acusado.

La declaración de responsabilidad por varias acciones u omisiones típicas que, por resultar integradas en un concurso de normas, no comportan la aplicación acumulada de las penas previstas para los correspondientes tipos penales en virtud de la previsión del artículo 8.4 del Código Penal, no supone la irrelevancia penal de los comportamientos típicos que pierden reflejo en la pena, sino que son supuestos con una norma de punición especial y resultan irrelevantes para el fraccionamiento de las costas procesales derivadas del proceso.

El motivo debe estimarse.

Recurso interpuesto por la acusación particular ejercida por Inés.

Decimocuarto.

El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE y al derecho a obtener una resolución motivada del art. 120.

El motivo denuncia que la sentencia impugnada haya determinado la ausencia de responsabilidad civil directa de la entidad Mapfre (en virtud de la póliza individual n.º NUM000, suscrita entre Rafael) declarando que no resulta posible entender que el riesgo asegurado comprendiera las actividades de inversión llevadas a cabo por el acusado. Aduce que la conclusión es arbitraria y coloca a los perjudicados en una clara situación de indefensión con respecto a la compañía aseguradora, pese a que fue esta la que actuó sin la diligencia debida para aportar la póliza al proceso y la que se ha visto injustificadamente beneficiada por su actuación.

En el mismo sentido se formaliza el motivo tercero de su recurso, que apela a la indebida aplicación del artículo 217.7 de la LEC y aduce que dicha regla de valoración de la prueba debería llevar a que la falta de aportación de la póliza original por parte de la compañía aseguradora, que tenía la carga probatoria de la determinación del riesgo asegurado, hace insostenible que no se vuelquen sobre la aseguradora todas las consecuencias negativas derivadas de la falta de aportación y, con ello, que no se entienda que las inversiones estaban cubiertas por el aseguramiento de la gestión financiera.

La cuestión ha sido objeto de análisis y en los mismos términos, en el duodécimo fundamento de esta resolución, con ocasión de las alegaciones coincidentes del resto de acusadores particulares. En su consecuencia, nos remitimos a lo allí expuesto, para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

Decimoquinto.

Su segundo motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, argumentando error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

En este caso, el recurso invoca como prueba documental de referencia la póliza colectiva n.º NUM002, concertada a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, AECE, con la compañía aseguradora Mapfre durante el periodo comprendido entre el 01/02/11 y 01/05/14; que esta sí fue aportada al procedimiento por la entidad aseguradora MAPFRE, en soporte PDF y a través de un USB.

Se resalta que la sentencia impugnada da por sentado que la póliza colegial n.º NUM002 no incluía, como riesgo objeto de cobertura, las operaciones de inversión de capital que prometía realizar el acusado. Frente a ello, denuncia que el redactado de la póliza se enfrenta abiertamente a dicha conclusión, pues en su clausurado se recoge que la gestión financiera es uno de los riesgos asegurados de la actividad, particularmente indica:

"DESCRIPCIÓN DEL RIESGO

Asesores contables, fiscales y laborales, ya sean titulados o no, excluyéndose reclamaciones por daños ocasionados por asegurados que ejerzan la profesión sin la debida autorización legal. Actividad de asesoramiento, procesamiento y gestión contable, tributaria y financiera, así como la emisión de informes relativos a las mencionadas actividades para empresas públicas, privadas y particulares ante la administración pública".

El motivo no subraya un error manifiesto y que se evidencie de manera incontrovertida por la póliza, sino que pretende que se atribuya al clausurado de la póliza el sentido y alcance que le otorga la parte, haciendo para ello abstracción de las circunstancias que evalúa la sentencia de instancia y que fueron reflejadas por el conjunto del material probatorio.

Se ha expresado en el duodécimo fundamento cual es el alcance de las funciones de gestión financiera, destacándose las razones por las que la sentencia de instancia proclama que las inversiones eran ajenas a esta actividad profesional.

El motivo se desestima.

Decimosexto.

La desestimación del recurso formalizado por Inés conlleva su condena en costas, declarando de oficio las causadas por el resto de los recurrentes de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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

LA SALA DISPONE: Estimar el motivo cuarto del recurso interpuesto por Rafael contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2018, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, en el Procedimiento Abreviado 622/2017, en el que, por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal, se denunciaba la incorrecta individualización de la pena impuesta al acusado por la comisión del delito continuado de estafa por el que fue condenado.

Estimar el motivo octavo del recurso interpuesto contra la citada resolución por la acusación particular ejercida por Tomasa y otros, en el que se denunciaba la indebida aplicación de los art. 123 del Código Penal y 240 de la LECRIM, con relación al pronunciamiento que sobre las costas procesales contiene la sentencia de instancia.

En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de anular la individualización de la pena impuesta al acusado por su responsabilidad en concepto de autor de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 250.1.5 y 74.1 del Código Penal, anulando además la condena que se le impuso al pago de la mitad de un tercio de las costas procesales causadas, incluyendo las derivadas de la intervención en el proceso de las acusaciones particulares personadas.

Todo ello, desestimando el resto de pretensiones sostenidas en los recursos señalados y manteniendo en lo demás el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación de los mismos.

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Inés, con imposición a la recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde
Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García

RECURSO CASACION NÚM.: 526/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto la causa Procedimiento Abreviado 622/2017, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante del Procedimiento Abreviado 3921/2014, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 5, de los de Pamplona, por un delito de estafa y apropiación indebida contra, entre otros, Rafael, nacido el NUM004 del 1944, en Cenoz, (Navarra) hijo de Teofilo y de Flor, con NIF n.º NUM005, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 14 de diciembre de 2018, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El fundamento sexto de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que por infracción de ley formuló la representación de Rafael, en el sentido de declarar que la pena impuesta por su responsabilidad en el delito continuado de estafa por el que fue condenado, concurriendo la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal en relación con la circunstancia 4.ª del mismo precepto, no se ajustaba al marco legal existente.

En su consecuencia, teniendo en cuenta que la cantidad defraudada sobrepasa con rotundidad la que para la fijación de la pena contempla el artículo 250.1.5 del Código Penal, además de evidenciarse en el acusado un designio criminal que pervivió durante casi veinte años, procede imponer la pena legalmente prevista en la máxima extensión que le resulta aplicable, esto es: 5 años y 6 meses de prisión; multa por tiempo de 12 meses, en cuota diaria de 6 euros; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; e inhabilitación especial durante el mismo tiempo para el ejercicio de la actividad de asesoramiento laboral, contable y financiero, así como para las actividades de mediación en la relación de inversiones financieras.

Segundo.

El fundamento decimotercero de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que por infracción de ley formuló la representación de la acusación particular ejercida por Tomasa y otros, en el sentido de declarar que el pronunciamiento de condena en costas al acusado, debía responder a la totalidad de las derivadas de su acusación.

FALLO

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

Que debemos imponer a Rafael, como autor del delito continuado de estafa del que fue declarado responsable en la instancia y concurriendo la atenuante analógica ya definida, las penas de prisión por tiempo de 5 años y 6 meses; multa por tiempo de 12 meses, en cuota diaria de 6 euros; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad; y, durante el mismo tiempo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de asesoramiento laboral, contable y financiero, así como para las actividades de mediación para la realización de inversiones financieras. Todo ello condenándole al pago de un tercio de las costas procesales causadas en la instancia, incluyendo las derivadas de la intervención en el proceso de las acusaciones particulares personadas.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde
Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García

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.