

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065400

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 193/2021, de 3 de marzo de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2015/2019

**SUMARIO:****Delitos patrimoniales Delito de estafa. Subtipo agravado. Cosas de primera necesidad. Viviendas. Delito continuado.**

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

si se trata de inmuebles destinados a primera vivienda del adquirente y su familia, se cumplen los requisitos de este subtipo agravado, que si bien esta Sala viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º. El subtipo agravado no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

En el supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento, nada se dice que esa vivienda fuera a constituir el domicilio habitual del recurrente, pero se trata de viviendas de protección oficial, lo que permite deducir que su destino era el de vivienda habitual, toda vez que conforme a la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial para poder acceder a las mismas no se ha de tener otra. En cuanto al extremo alegado relativo a que no es posible la aplicación de la agravante porque los perjudicados conocieran que procedimiento de adjudicación de las viviendas de protección oficial se iba desarrollara de manera ilegal en su favor, a través de las influencias que pudiera desplegar el acusado, hay que tener en cuenta que como ha dicho reiteradamente esta Sala el engaño no deja de existir por el hecho de que la víctima en los clásicos timos pretenda a su vez aprovecharse del estafador.

En conclusión, si el hecho base de la estafa se apoya en la intención del perjudicado de obtener una prestación ilícita, a efectos penales no cabe negar la existencia de la estafa.

Por último se señala que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante.

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 18.1, 24 y 47.

LO 10/1995 (CP), arts. 74, 249 y 250.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 741.

**PONENTE:***Doña Susana Polo García.*

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don SUSANA POLO GARCIA

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 193/2021

Fecha de sentencia: 03/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2015/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 02/03/2021

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: JAS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2015/2019

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 193/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 3 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2015/2019 interpuesto por la acusación particular D. Fructuoso, representado por la procuradora D.<sup>a</sup>. Margarita López Jiménez, bajo la dirección letrada de D. Felipe Ríos Larrain; contra Sentencia de fecha 22 de marzo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla, en el Procedimiento Abreviado 459/2017, dimanante de las Diligencias Previas nº 1268/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Melilla, por delito continuado de estafa.

Ha sido parte D<sup>a</sup> Mercedes, representada por la procuradora D<sup>a</sup> María de los Ángeles Fernández Aguado, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Isabel María Gómez Carrasco; D. Ignacio, representado por la procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Martín Burgos, bajo la dirección letrada de D. Emilio Bosch Borrero, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7, con sede permanente en Melilla, el 22 de marzo de 2019, se dictó sentencia absolutoria a Leon; Brigida; Martin; Mauricio; y Maximo, y condenatoria a Fructuoso del delitos y por los hechos por los que venía siendo acusado que contienen los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El acusado Fructuoso nacido el NUM022 de 1962, sin antecedentes penales al tiempo de los hechos, prestó servicios para la Ciudad Autónoma de Melilla, desde el año 2005 hasta el 20 de octubre de 2014, como coordinador de limpieza en diversos lugares de trabajo, entre ellos el vertedero municipal y el jardín infantil del Parque Hernández de esta ciudad.

En fechas no determinadas comprendidas entre 2010 y el verano de 2014 el acusado contactó con distintas personas a él ligadas por diversos vínculos.

Bien por relaciones familiares, caso de Ignacio, por estar el acusado casado con su prima, Guillerma; Maximo, por ser el acusado marido de su tía Guillerma, hermana de su madre; y de Luis Miguel porque la tía de su mujer es la esposa del acusado.

Bien por relaciones de amistad. Ya por ser o haber sido vecinos del mismo barrio, caso Miguel Ángel que conoce al acusado Fructuoso, desde que éste era bebé, por haber sido vecinos del Monte María Cristina, o Benito que también conoce a Fructuoso de toda la vida, por haber sido vecinos de Horcas Coloradas; ya por otras razones, como Calixto que igualmente conoce a Fructuoso de toda la vida, o Efrain que conoce de vista a Fructuoso desde hace muchos años por tener en común algunas personas conocidas de Melilla.

Ya por coincidir en los lugares de trabajo con ocasión del mismo, caso de Fermín, Florentino, Gabriel y Gerardo, todos ellos conductores de camiones que vertían escombros en el vertedero municipal, cuando trabajaba en este lugar el acusado. Caso también de Hipolito, que conocía al acusado de trabajar en el vertedero municipal, y de Jenaro que conoce al acusado desde hace aproximadamente tres años con anterioridad a los hechos por coincidir con él, cuando éste trabajaba en el parque infantil del parque Hernández.

Ya por ser el acusado cliente de establecimientos titularidad o donde prestaban sus servicios los terceros, caso de Joaquín que conoce a Fructuoso desde el mes de junio del año 2.013 aproximadamente, ya que el acusado era cliente habitual del negocio de pizzería que él regenta, o de Pascual por ser el acusado cliente de la panadería donde él trabajaba desde hacía más de cuatro años antes de los hechos.

Bien por tener amistad con amigos o parientes del tercero, caso de Mercedes, que conocía al acusado hace aproximadamente tres años antes de los hechos porque solía ir a casa de su abuela donde hablaba con ella y con su hermana.

Bien con personas con las que no tenía ninguna relación pero que habían oído de terceros la influencia que él tenía para conseguir viviendas de protección oficial, caso de: Nicolasa a quien un familiar de nombre Simón, le comentó que hablara con Fructuoso que le podía ayudar a conseguir una vivienda de protección oficial de las de EMVISMESA, ya que el tal Fructuoso sabía que trabajaba en esa entidad. Sonsoles cuyo padre, Miguel Ángel le facilitó el contacto del acusado Fructuoso, del que conocía que se dedicaba a facilitar viviendas de protección oficial en régimen de alquiler. Anibal y su pareja Aurora, a quienes el tío de ésta, Jenaro, les puso en contacto con el acusado, por idénticas razones que en el caso anterior. Cecilia a quien su hermano Anibal le comentó que le había dado un dinero a una persona, un tal Fructuoso, el cual le iba a gestionar la documentación para poder conseguir una vivienda de protección oficial de EMVISMESA. Doroteo que tuvo conocimiento por amigos que un tal Fructuoso al parecer se encargaba de realizar gestiones para obtener viviendas de protección oficial de ENVISMESA. Cesar que había escuchado a otras personas decir que ayudaba a la gente a conseguir viviendas de protección oficial y que conocía al Presidente de la Ciudad Autónoma. Dimas, que a través de un conocido suyo se puso en contacto con el acusado.

Bien, incluso, con personas sin ningún vínculo con el acusado, caso de Nuria y Patricia, que conocieron al acusado por casualidad, cuando fueron a reparar su vehículo a unos talleres y con quienes el acusado entabló una conversación rutinaria con ellas.

Ante estas personas el acusado hizo ostentación de mantener relaciones con altos cargos de la Ciudad Autónoma, como el Presidente de la Ciudad, el hijo de éste que también desempeña funciones de relevancia en la

ciudad, el presidente de EMVISMESA u otros funcionarios de este organismo encargado de la tramitación y decisión del procedimiento de adjudicación de viviendas de protección oficial.

En diversas ocasiones el acusado fue visto por alguna de las personas por él contactadas en compañía del Presidente de la Ciudad o de su hijo, o como conductor del vehículo oficial de los mismos, o accediendo a las oficinas de EMVISMESA.

Las personas que contactaron con el acusado conocían, bien por haberlo así manifestado éste, bien por sus propias fuentes, su condición de empleado de la Ciudad Autónoma.

En este marco el acusado conector, por habérselo así preguntado, de la necesidad de estas personas de una vivienda de protección oficial, ofrecía la posibilidad de intermediar en la adjudicación a su favor, gracias a las influencias que decía tener en la Ciudad Autónoma. A tal fin exigía a Los terceros la entrega de diversas cantidades de dinero en concepto de entrada para la vivienda o incluso, directamente, para ser dadas a los funcionarios que tenía que resolver el proceso de selección bajo la excusa de que "los de arriba también tienen que comer", caso de Jenaro, Efraín y Hilario.

Una vez que los terceros se interesaban por la proposición y abonaban la entrada de la vivienda, acusado le proporcionaba los impresos oficiales de solicitud de viviendas de protección oficial para su formalización y les pedía que le facilitasen los documentos personales que deben acompañar a la solicitud con la excusa de proceder él mismo a su presentación ante el organismo oficial, entre otros: DNI, libro de familia, la última nómina, la última declaración de la renta y un certificado del Registro de la Propiedad donde constara que no tenía propiedad alguna.

En un momento posterior les exigía nuevas cantidades de dinero para trámites ordinarios en esta clase de procedimientos como pago de tasas, gastos de notaría u otros.

Al tiempo, efectuaba a los interesados llamadas desde teléfonos que por su numeración correspondía a organismos oficiales, en las que el propio acusado o, en ocasiones, una tercera persona interpuesta, ratificaba la iniciación del procedimiento administrativo de adjudicación.

Hasta llegó a trasladarse con alguno de los interesados a edificios de protección oficial y enseñar desde el exterior del inmueble la vivienda que le iba a ser adjudicada, que en algún caso fue visitada en su interior por el interesado acompañado de una tercera persona desconocida que dijo ser empleado de EMVISMESA, caso de Pascual y su esposa María Milagros. Y, en otra ocasión ofertó una vivienda de dicho organismo que iba a ser desocupada de forma inmediata por su inquilino, dato que contrastó el interesado afectado en conversación mantenida con éste, quien le confirmó su inmediata salida del piso, caso de Sonsoles.

En este marco el acusado exigió y consiguió la entrega de las siguientes cantidades de dinero:

Miguel Ángel entregó al acusado la cantidad de 9.190 euros, de los cuales el acusado le ha devuelto 500 euros;

Florentino entregó al acusado la cantidad de 3.250 euros;

Gabriel entregó al acusado la cantidad de 1.750 euros;

Fermín entregó al acusado la cantidad de 2.300 euros;

Gerardo entregó al acusado la cantidad de 1.500 euros;

Mercedes entregó al acusado la cantidad de 1.500 euros;

Benito entregó al acusado la cantidad de 1.900 euros, de los cuales el acusado le ha devuelto 150 euros;

Pascual y María Milagros entregaron al acusado la cantidad de 2.000 euros, de los cuales el acusado les ha devuelto 500 euros;

Nicolasa entregó al acusado la cantidad de 2.921,35 euros, de los cuales el acusado le ha devuelto 1.500 euros;

Sonsoles entregó al acusado la cantidad de 4.150 euros, los cuales le han sido posteriormente devueltos por el acusado en su totalidad;

Nuria entregó al acusado la cantidad de 1.000 euros;

Jenaro entregó al acusado la cantidad de 2.300 euros;

Patricia entregó al acusado la cantidad de 250 euros;

Anibal y Aurora entregaron al acusado la cantidad de 2.400 euros, de los cuales el acusado les ha devuelto 200 euros;

Doroteo entregó al acusado la cantidad de 3.500 euros;

Cesar y Alonso entregaron al acusado la cantidad de 3.850 euros;

Arsenio entregó al acusado la cantidad de 3.800 euros;

Cecilia y Camilo entregaron al acusado la cantidad de 2.800 euros;

Joaquín entregó al acusado la cantidad de 2.000 euros;

Calixto entregó al acusado la cantidad de 2.800 euros, de los cuales le han sido posteriormente devueltos por el acusado la mitad;

Enrique entregó al acusado la cantidad de 2.500 euros;

Efraín entregó al acusado la cantidad de 3.150 euros, de los cuales el acusado le ha devuelto 350 euros;

Aurelio entregó al acusado la cantidad de 1.500 euros, de Los cuales el acusado le ha devuelto 150 euros;

Modesta entregó al acusado la cantidad de 3.000 euros.

SEGUNDO.- Fermín, entregó al acusado la cantidad de 2.300 euros. En el acto del juicio oral, a preguntas del Tribunal manifestó que "no reclama, que para qué, si ya sé que no lo voy a recuperar, que el dinero no lo voy a ver"

TERCERO.- Desiderio y Sonsoles renuncian a las acciones civiles."

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1º Que debemos condenar y condenamos como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248 y 249 y 250 número 20 en relación con el artículo 74 número 20 del Código Penal en su redacción dada por la LO 10/2010, con concurrencia de las circunstancias agravantes específicas de los apartados 10 y 60 del artículo 250 en la redacción antes dicha, de vivienda y especial gravedad por cuantía superior a 50.000 euros, a las penas de 6 años de prisión y multa de 18 meses con una cuota diaria de 6 euros, abono de veinticuatro vigésimo-novenas partes de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares, y a que indemnice a Miguel Ángel en la cantidad de 8.690 euros; a Florentino en la cantidad de 3.250 euros; a Faustino en la cantidad de 1.750 euros; Fermín en la cantidad de 2.300 euros; a Gerardo en la cantidad de 1.500 euros; a Mercedes en la cantidad de 1.500 euros; a Benito en la cantidad de 1.750 euros, a Pascual y María Milagros en la cantidad de 1.500 euros; a Nicolasa en la cantidad de 1.421,35 euros; a Nuria en la cantidad de 1.000 euros; a Matías en la cantidad de 2.300 euros; a Patricia en la cantidad de 250 euros; a Anibal y Aurora en la cantidad de 2.200 euros; a Doroteo en la cantidad de 3.500 euros; a Cesar y Alonso en la cantidad de 3.850 euros; a Arsenio en la cantidad de 3.800 euros; Cecilia y Camilo en la cantidad de 2.800 euros; a Joaquín en la cantidad de 2.000 euros; a Enrique en la cantidad de 2.500 euros; a Efrain en la cantidad de 2.850 euros; a Aurelio en la cantidad de 1.500 euros; y a Dimas en la cantidad de 3.000 euros.

Cantidades que devengarán los intereses del artículo 576 de la LECiv.

20.- Que debemos absolver y absolvemos a de los hechos imputados con relación a Leon; Brigida; Martin; Mauricio; y Maximo, con declaración de oficio de cinco vigésimo-novenas partes de las costas.

30.- Que no procede hacer pronunciamiento alguno respecto a las acciones civiles titularidad de Calixto Y Sonsoles por renuncia de éstos a su ejercicio.

40.- Abónese al condenado el tiempo que estuvo privado de libertad por esta causa."

### **Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Fructuoso, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

### **Cuarto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 LOPJ y 850 LECr., por infracción por el tribunal sentenciador del derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de la sentencia recurrida del art. 250.1.1º CP.. Este motivo y los siguientes se alegan con carácter subsidiario, para el supuesto de que fuera desestimado el motivo primero.

Motivo Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de la sentencia recurrida del art. 250.1.5º CP en relación con el art. 74.2 del mismo Código.

Motivo Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de la sentencia recurrida del art. 250.2 CP.

### **Quinto.**

Conferido traslado para instrucción, la representación de Mercedes, suplicó a la Sala tener por impugnado el recurso de casación interpuesto acordándose no haber lugar al mismo. La representación procesal de Ignacio suplicó a la Sala tener por impugnado el recurso, y se acuerde no haber lugar al mismo. El Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo

expresado en su informe de fecha 12 de diciembre de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento para el fallo, por providencia de 18 de febrero de 2021, se acordó suspender el señalamiento que venía acordado para el día 3 de marzo de 2021, y señalar para el fallo el 2 de marzo de 2021, que se celebró la votación y deliberación prevenida.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. El primer motivo se formula por al amparo de lo dispuesto en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del 850 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española.

En el desarrollo del motivo el recurrente transcribe la declaración de los perjudicados y de los testigos que declararon en el juicio oral. En cuanto a los primeros afirma que ninguno de los denunciados pudo presentar un recibo o cualquier documento acreditativo de haber realizado entregas de dinero al imputado, que las grabaciones a las que alude la sentencia en el Fundamento Jurídico Tercero, párrafo segundo del folio 171 vuelto carecen de todo valor probatorio, los denunciados tampoco han acreditado la procedencia del dinero y en algunos casos los denunciados ni siquiera han sido capaces de precisar con exactitud la cantidad que dicen haber entregado.

Con respecto a los testigos denuncia el recurrente que solo respaldan a alguno de los perjudicados no a todos, que todos tienen una estrecha relación con los mismos, ninguno ha afirmado que vio las cantidades exactas y el testimonio de Simón (hermana de Mercedes) está repleto de contradicciones.

Por todo ello entiende que no existe prueba sobre dos de los elementos esenciales del delito, el desplazamiento patrimonial, y el consiguiente perjuicio sufrido por los denunciados.

2. Hemos destacado en innumerables precedentes, en línea con la jurisprudencia constitucional sobre el significado del derecho a la presunción de inocencia -cfr. STC 148/2009, 15 de junio-, que a esta Sala no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales los órganos judiciales alcanzan su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 91/2009, de 20 de abril, F. 5).

También se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, cfr. SSTs 314/2010, 7 de abril y 258/2010, 12 de marzo, así como SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio F. 2).

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena ( SSTC. 68/98, 117/2000, SSTs. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

3. La sentencia de instancia en el FD 2º analiza y transcribe todas las declaraciones de los perjudicados prestadas en el acto del juicio oral, concluyendo en el FD 3º que analizados los distintos testimonios prestados en la causa, la aplicación de la doctrina relativa a la valoración de las declaraciones personales, les permite concluir

que concurren en ellos las normas de credibilidad exigidas para ser considerados veraces los testimonios, en base a los siguientes motivos:

1º No se aprecian motivos de incredibilidad subjetiva en las víctimas, no existen entre víctimas y acusado otros vínculos que los propios de la relación delictiva, si bien se afirma que es cierto que en algunos casos existe un previo conocimiento derivado de relaciones familiares o de amistad, de diversos vínculos, como vecindad, laborales o de simple conocimiento provocado por el propio acusado, sin embargo, afirma el Tribunal que las precedentes relaciones respetan el test de credibilidad, pues por sí solas son manifiestamente insuficientes para fundar la presencia de móviles espurios que generen dudas sobre la autenticidad del testimonio en términos de sospecha razonable de inveracidad o incluso de falaz incriminación.

Sin que el acusado, más allá de la duda genérica, haya aportado dato alguno.

2º Las declaraciones son verosímiles en sí mismas, no refieren nada extraño o fabuloso.

3º Desde la perspectiva de la firmeza de los testimonios, las declaraciones son en su mayoría persistentes y prolongadas en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones en lo esencial, sin perjuicio de que concurren algunas imprecisiones derivadas del propio transcurso del tiempo.

En este punto se afirma por la Sala que la comparación entre los distintos testimonios prestados por cada uno de los testigos denunciadores -a excepción de Maximo-, permite concluir que las distintas declaraciones son coherentes en los extremos esenciales relativos a vínculos previos con el acusado, oferta de vivienda de protección oficial, petición de documentación y dinero para acceder a la vivienda, simulación y ostentación de influencias en los organismos encargados de la adjudicación de las viviendas y tácticas mendaces empleadas por el acusado y determinantes del desplazamiento patrimonial consistente en el desembolso por los denunciadores al acusado del dinero por éste solicitado para la adjudicación de la vivienda prometida.

4º Por último, en cuanto a las corroboraciones objetivas, el Tribunal afirma que en este caso, las argucias a través de las que de manera engañosa obtenía el acusado la entrega por los denunciadores de ciertas cantidades de dinero a cambio de la falsa proposición de la obtención de una vivienda de protección oficial, acontecía de manera verbal y por tanto sin reflejo en hechos contrastables mediante una realidad objetiva. A excepción de algunos casos en que por los testigos denunciadores se grabaron las conversaciones o aquéllos otros en que la entrega del dinero fue presenciada por terceros, ya tengan la misma consideración de testigos perjudicados, por tratarse de las parejas de los propios afectados y por ello con igual condición de víctimas del delito en cuanto también damnificados, ya presenciaran los hechos por estar en esos momentos en su compañía por razones diversas.

En este punto el Tribunal analiza las declaraciones testificales corroboradoras de los testimonios de determinados perjudicados, como son la de María Milagros, esposa de Pascual, Aurora, pareja de Anibal -las dos presenciaron la entrega de dinero de su pareja-, Alonso, mujer de Cesar -que personalmente hizo dos pagos al acusado-, Camilo, marido de Cecilia -fue quien sacó el dinero y se lo dio a su esposa para entregárselo al acusado-, Simón, familiar de Fructuoso que fue quien le puso en contacto con Nicolasa -estuvo presente cuando se le entregó el dinero-, Hilario, pareja de Mercedes -vio como entregaba el dinero-, Miguel -vio como la mujer de Hilario, Mercedes, entrega una bolsa con dinero al acusado y escuchó que la entrega de la vivienda era segura-, Cesar, amigo de trabajo de Aurelio -quien le escucho que esperase para cobrar el dinero que le debía-, Luis Pedro, pareja en el momento de los hechos de Doroteo -ella le dio un sobre con 1000€ y su pareja otras cantidades-, y Dolores, madre de Doroteo -que el último pago de 400€ se lo dio ella personalmente al acusado-.

La Sala de instancia afirma que pese a las relaciones familiares que tienen los anteriores testigos con los perjudicados, no privan de credibilidad los testimonios prestados, que, en todo caso, vienen a corroborar lo declarado por quienes figuran como denunciadores, en los siguientes términos "coherentes con las declaraciones de éstos y por su propia naturaleza son de marcado carácter privado al versar en definitiva sobre adquisición de una vivienda-cuestión que por sí pertenece a esfera íntima de las personas -mediante la utilización de cauces privilegiados y por tanto con ciertos matiz ilegalidad, que por pura lógica suele sustraerse conocimiento de terceros."

Por otro lado, Patricia, Doroteo y Cesar -folios 326, 334 y 338- hacen referencia a la grabación de las conversaciones mantenidas con el acusado, si bien es cierto que en todas ellas, el acusado niega su participación y no reconoce su voz, pero para el Tribunal ello no impide que pueda ser tenido por cierto su contenido, esto es, conversaciones sobre adjudicación de viviendas y entrega de determinadas cantidades de dinero por tal concepto, documentos de reproducción sonora que viene a reforzar el testimonio de los perjudicados.

4. Los razonamiento del órgano decisorio son lógicos y coherentes, se basan en prueba válida practicada en el juicio oral, consistente en la declaración de 25 perjudicados y 10 testigos, testificales a las que la Sala les otorga plena credibilidad, en todo el contenido de su relato, incluido la certeza del desplazamiento patrimonial y consiguiente perjuicio, puesto en duda por el acusado, aunque ello no tenga soporte documental alguno, dadas las argucias y engaños utilizados por el acusado para obtener el dinero a cambio de la falsa proposición de la obtención de una vivienda de protección oficial por parte del acusado sin que constara nada documentado al respecto.

En cuanto a las corroboraciones del testimonio de los perjudicados, las testificales analizadas por la Sala pueden tenerse como tales, no obstante, la capacidad de convicción de la declaración prestada por los mismos,

víctimas del delito, es susceptible de llevar al ánimo del Tribunal, el convencimiento de que la testigo ha sido veraz, de conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo exigible así, que las declaraciones se vean acompañadas de una corroboración, solo cuando la mecánica de los hechos así lo permita, lo que no tiene lugar en el presente caso por la argucia del acusado, que exigía cantidades de dinero como entrada para la vivienda, y posteriormente para tasas, pero también, para dar a funcionarios que tenían que resolver el proceso de selección, como es el caso de Matías, Efrain y Hilario, todo ello de forma clandestina.

Con respecto a las grabaciones aportadas por Patricia, Doroteo y Cesar, que se encuentran en la causa en los folios 326, 334 y 338, de las que el acusado no reconoce su voz, debemos partir de que un documento pueda ser alterado, pero ello no descalifica a priori ese medio probatorio. Por iguales razones, que una grabación pueda ser objeto de manipulación no impide a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no. Además, entra dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba sobre tal punto.

En el supuesto ahora examinado no hay el más mínimo indicio de que se haya tergiversado la grabación, sin que la defensa haya interesado pericial al respecto.

Por lo demás, al margen de la grabación, el contundente cuadro probatorio existente es tan concluyente que hace a aquélla perfectamente prescindible.

En definitiva, la sentencia recurrida es la expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba. Así las cosas, el motivo no puede acogerse, por existir prueba incriminatoria válida y suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

## **Segundo.**

1. El segundo motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 250. 1, 1º del Código Penal.

En el desarrollo del motivo, el recurrente analizaba nuevamente la prueba y afirma que los perjudicados eran conscientes de la irregularidad del procedimiento escogido para la consecución de la vivienda, y afirma que el hecho de que la víctima del engaño persiga un fin ilícito excluye la agravación del art. 250.1ª del CP.

2. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como hemos dicho en nuestra sentencia 666/2018, de 18 de diciembre, que si se trata de inmuebles destinados a primera vivienda del adquirente y su familia, se cumplen los requisitos de este subtipo agravado, que si bien como hemos dicho en SSTs 605/2014, de 1 de octubre; 63/2015, de 18 de febrero; 385/2015, de 25 de junio, en relación a esta circunstancia de agravación específica (o tipo cualificado) esta Sala viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de "segundo uso" o a las adquiridas como "segunda vivienda" como "inversión" o con finalidad recreativa ( SSTs. 1174/97, de 7.1, 658/98, de 19.6, 620/2009, de 4.6, 297/2005, de 7.3, 302/2006, de 10.3 y 568/2008, de 22.9).

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

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio ( art. 18.2 CE.), sin embargo cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250.1, sino solo aquella que puede considerarse bien de "primera necesidad" o "de reconocida utilidad social", esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción

de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, excluyendo las que no sirven para este derecho prioritario. El subtipo agravado no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

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

**3.** En el supuesto, del relato fáctico constan los elementos que integran la agravación aplicada por el Tribunal de instancia, ya que del mismo se desprende que las viviendas objeto de adjudicación a los perjudicados eran viviendas de protección oficial, lo que permite deducir que su destino era el de vivienda habitual, toda vez que conforme a la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial para poder acceder a las mismas no se ha de tener otra.

Indicaciones fácticas que son suficientes para identificar, en este caso, el presupuesto aumentativo del injusto que justifica la agravación típica. Y ello por una razón esencial: la propia categoría normativa del objeto de adquisición -viviendas de protección oficial- incorpora, el proyecto directamente habitacional que mueve a los cooperativistas a participar en la promoción.

Como hemos dicho en la reciente sentencia 689/2020, de 14 de diciembre: "La vivienda de protección oficial constituye por sí un bien de primera necesidad pues su propia construcción viene marcada por la finalidad de garantizar el derecho de acceso a la vivienda de personas que, por sus condiciones económicas, tendrían enormes dificultades de acceso al mercado libre de viviendas. Lo que justifica su peculiar régimen jurídico tanto de acceso a la propiedad, uso y limitaciones de transmisión futura caracterizado, además, por una significativa intervención pública y exigentes cargas de acreditación a los adquirentes de los presupuestos objetivos y subjetivos que les hagan merecedores de dicho beneficio de política pública."

El Tribunal de instancia afirma que en todos los perjudicados ello era así, y la acreditación documental de la ausencia de otra vivienda en propiedad fue exigido por el acusado a aquéllos como presupuesto para acceder a la vivienda falsamente ofertada.

Por otro lado, en cuanto al extremo alegado relativo a que no es posible la aplicación de la agravante porque los perjudicados conocieran que procedimiento de adjudicación de las viviendas de protección oficial se iba desarrollara de manera ilegal en su favor, a través de las influencias que pudiera desplegar el acusado, hay que tener en cuenta que como ha dicho reiteradamente esta Sala el engaño no deja de existir por el hecho de que la víctima en los clásicos timos pretenda a su vez aprovecharse del estafador, en este sentido en la STS 132/2007.

En nuestra sentencia 180/2018, de 13 de abril, decíamos que la cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal, en los siguientes términos: "No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de

modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que "siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral".

En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir -si fuera posible- la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

En conclusión, si el hecho base de la estafa se apoya en la intención del perjudicado de obtener una prestación ilícita, a efectos penales no cabe negar la existencia de la estafa. Solo de ese modo se explica que la redacción original de la estafa en el CP de 1973 recogiera precisamente como subtipo agravado ( art. 529.6 de CP 1973) el caso en que el engaño consiste en "supuestas influencias o pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos".

**4.** Los hechos probados son intangibles y de los mismos se desprende que, salvo Jenaro, Efrain y Hilario, en los que el acusado habla expresamente de sobornar funcionarios intervinientes en el procedimiento de adjudicación, en los demás, solo da a entender el acusado a todos ellos la posibilidad de influir en la selección, extremo que el recurrente no admite, hay que tener en cuenta que el motivo alegado implica que los hechos probados deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

En efecto, consta en el factum que "Ante estas personas el acusado hizo ostentación de mantener relaciones con altos cargos de la Ciudad Autónoma, como el Presidente de la Ciudad, el hijo de éste que también desempeña funciones de relevancia en la ciudad, el presidente de EMVISMESA u otros funcionarios de este organismo encargado de la tramitación y decisión del procedimiento de adjudicación de viviendas de protección oficial. (...)

En este marco el acusado conector, por habérselo así preguntado, de la necesidad de estas personas de una vivienda de protección oficial, ofrecía la posibilidad de intermediar en la adjudicación a su favor, gracias a las influencias que decía tener en la Ciudad Autónoma. A tal fin exigía a Los terceros la entrega de diversas cantidades de dinero en concepto de entrada para la vivienda o incluso, directamente, para ser dadas a los funcionarios que tenía que resolver el proceso de selección bajo la excusa de que "los de arriba también tienen que comer" , caso de Jenaro, Efrain y Hilario .

Una vez que los terceros se interesaban por la proposición y abonaban la entrada de la vivienda, acusado proporcionaba los impresos oficiales de solicitud de viviendas de protección oficial para su formalización y les pedía que le facilitasen los documentos personales que deben acompañar a la solicitud con la excusa de proceder él mismo a su presentación ante el organismo oficial, entre otros: DNI, libro de familia, la última nómina , la última declaración de la renta y un certificado del Registro de la Propiedad donde constara que no tenía propiedad alguna.

En un momento posterior les exigía nuevas cantidades de dinero para trámites ordinarios en esta clase de procedimientos como pago de tasas, gastos de notaría u otros."

En consecuencia el acusado les hacía saber que el proceso de adjudicación seguiría sus trámites ante el organismo competente al tiempo que les indicaba la necesidad de cumplir los requisitos exigidos para la adjudicación de la vivienda, entregándoles solicitud para la formalización, así como les exigía la entrega de documentación necesaria para el éxito de la petición con indicación de todos los conceptos: pago de precio, gastos de notaría o abono de tasas a las que iban destinadas las cantidades, por lo que sí resulta de aplicación la circunstancia 1ª del art. 250.1, ya que estamos ante viviendas que pueden calificarse de primera necesidad, siendo las mismas de protección oficial, y no disponiendo los afectados de otras viviendas, es obvio que para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de una morada que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, sin que ello quede excluido por el hecho de que el acusado les manifestase que iba a utilizar sus influencias, porque también forma parte del engaño, como hemos visto, por lo que los afectados por el menoscabo patrimonial deben ser objeto de tutela.

El motivo debe ser desestimado.

### **Tercero.**

El tercer motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 1º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 250. 1, 5º del Código Penal, en relación con el art. 74. 2 del mismo Código.

Respecto a la compatibilidad entre el delito continuado, en general, y la figura agravada el art. 250.1.6º, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 1236/2003, de 27.6, 605/2005, de 11.5, 900/2006, de 27.9, 918/2007, de 20.11, 8/2008, de 24.1, 581/2009, de 1.6, 239/2010, de 10.3) tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.1.6º, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 octubre 2007, acordó:

"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla prevenida, art. 74.1 del CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración".

Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aún inferiores a 36.060,73 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el 2º; pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1 y no la del art. 249 CP.

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

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

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

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

3. En el supuesto, tal y como correctamente analiza el Tribunal de instancia, ninguno de los actos defraudatorios individualmente considerados alcanza la cantidad de 50.000 euros, pero globalmente, en su conjunto, exceden de dicho importe, por lo que de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada, es de aplicación el subtipo de especial gravedad del artículo 250 número 1º, apartado 6º, y además dada la continuidad delictiva el artículo 74 párrafo 2º que permite recorrer la pena del artículo 250 en toda su extensión, no siendo aplicable el párrafo 1º del artículo 74 porque ya ha sido tenido en cuenta el total importe para determinar la aplicación del art. 250 Código Penal.

Con base a lo anterior, el Tribunal fija la pena a imponer en la mitad de su extensión, teniendo en cuenta la circunstancia de que los afectados tuvieron una gran repercusión en su patrimonio, pues sus recursos económicos

eran limitados, oscilando los perjuicios entre los 2.000 y 5.000€, criterio por el que entiende que la pena es proporcionada, no aplicando en apartado 1º del art 74.

El motivo debe ser desestimado.

**Cuarto.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede imponer al recurrente las costas causadas en este recurso.

**FALLO**

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fructuoso, contra Sentencia de fecha 22 de marzo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla, en el Procedimiento Abreviado 459/2017, dimanante de las Diligencias Previas nº 1268/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Melilla.

2º) Imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

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.