



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2745

Madrid, miércoles 14 de octubre de 2009

## TS SOCIAL

2009/143992

TS Sala 4ª, Sentencia 9 junio 2009. Ponente: D. José Luis Gilmo López

### De las cuotas satisfechas por convenio especial con la TGSS Exclusión del cómputo de rentas a efectos de subsidio por desempleo

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante contra sentencia que computó como renta, a efectos de percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, el importe de las cuotas del convenio especial con la TGSS satisfechas por aquél.*

*El recurrente, tras extinción de su contrato a través de ERE, percibió prestación contributiva por desempleo y posterior subsidio y la indemnización legal por despido la recibía mensualmente a través de una aseguradora como consecuencia de una póliza suscrita por la empresa. De esa cantidad mensual una parte es la que va destinada a financiar el mencionado convenio por lo que, entiende la Sala, la misma debe excluirse del cómputo de la renta a efectos de determinar si se supera o no el límite legal del 75 % del SMI determinante de la concesión o no del subsidio. Ello supone, en el caso de autos, que se le reconozcan al recurrente cuatro meses más de subsidio que los reconocidos inicialmente por el SPEE.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, nacido el 26 de enero de 1951, vio extinguido su contrato de trabajo con la empresa "Gates Vulca, SA" como consecuencia de un expediente de regulación de empleo autorizado mediante Resolución administrativa del 1 de octubre de 2003 y, como resultado de tal extinción, estuvo percibiendo prestación contributiva por desempleo desde el 18 de mayo de 2004 hasta el 3 de noviembre de 2005.

El 4 de diciembre de 2005, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) le reconoció el subsidio de desempleo para mayores de 52 años desde esa última fecha (3-11-2005) pero sólo hasta el 30 de junio de 2006 en razón a que, al entender del SPEE, a partir de entonces (30-6-

2006) percibía rentas que superaban el límite legal del 75% del salario mínimo interprofesional (SMI).

Interpuesta demanda con la pretensión principal de que el referido subsidio alcanzara hasta el 26 de enero de 2016, fecha en la que el actor cumpliría los 65 años de edad, la sentencia de instancia, dictada el 8 de enero de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, la estimó parcialmente y declaró su derecho a percibir el subsidio hasta el 24 de octubre de 2006 (4 meses más de los reconocidos en vía administrativa) por considerar que únicamente desde esta fecha superaba el referido límite legal.

De la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, transcrita en su integridad en los antecedentes de la presente resolución,

además de los datos ya reseñados, conviene destacar el contenido de su primer ordinal porque, como luego se verá, el mismo va a resultar determinante para el sentido de nuestro fallo.

El hecho primero asegura que la mencionada empresa había "suscrito una póliza con BBVA Seguros a fin de abonar la indemnización correspondiente, de modo que el hoy demandante percibe la indemnización por despido mensualmente a través de dicha aseguradora, siendo la indemnización legal correspondiente, y por tanto exenta, la de 23.276,54 euros" (párrafo primero) y que "De la renta mensual percibida una parte va destinada a la financiación de un Convenio Especial con la Tesorería General de la Seguridad Social, de modo que si a la renta mensual que percibe el actor de la aseguradora, se le restan las cantidades destinadas a financiar el Convenio Especial, computando exclusivamente aquellas sumas se agota la indemnización legal exenta en octubre del 2006, según cálculos que se dan por reproducidos (folios 69-72)" (párrafo segundo).

Según razona la sentencia de instancia en su fundamentación jurídica, "una vez ha quedado acreditado que el actor en octubre del 2006 supera el mínimo exento de contribución correspondiente a su indemnización legal por importe de 23.276,54 euros, más exactamente el 24-10-2006, se ha de dar lugar a lo solicitado como petición subsidiaria, pues es a partir de esa fecha y no antes cuando se incumple el requisito" de no superar el límite legal de rentas.

Recurrida en suplicación por el SPEE la precitada sentencia de instancia, la Sala de Cataluña, en la sentencia de fecha 18 de junio de 2008 (R. 3179/07) que es ahora objeto de casación unificadora, rechaza el primer motivo que, con amparo en el art. 191.b de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), con cita de los folios 69 a 71 de los autos y con la única argumentación de que "tal modificación incide en el fondo de la presente litis y en el fallo de la sentencia, pues lo que sigue no es un hecho probado sino la interpretación de los hechos construida por el actor para que puedan cuadrar las cifras

## SUMARIO

### TS

#### PENAL

Inaplicación del subtipo agravado referente a vivienda en delito continuado de estafa **3**

#### SOCIAL

Exclusión del cómputo de rentas a efectos de subsidio por desempleo **1**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

según su tesis, sin apoyo en precepto alguno, (folios 2 (hecho cuarto de la demanda) y 18)" (sic), pretendía que el párrafo segundo del hecho probado primero solamente dijera que "de la renta mensual percibida una parte va destinada a la financiación de un Convenio Especial con la Tesorería General de la Seguridad Social".

La Sala catalana, para desestimar ese primer motivo, asegura que la redacción del ordinal cuestionado "no debe ser entendida en términos de predeterminación del fallo; lo que en ella se refleja es el alcance temporal del subsidio por desempleo en el caso de que no se compute el importe correspondiente al abono del convenio especial".

Pese a mantener incólume, pues, el relato fáctico de instancia, y a pesar también de la cita de otra resolución de la misma Sala (sentencia de 4-2-2008) que parece sostener lo

contrario, la Sala de suplicación termina desestimando la demanda al acoger favorablemente el único motivo de denuncia jurídica de la Gestora, en el que se imputaba "la incorrecta aplicación de los arts. 215.1.3 y 215.3.2 " de la LGSS, con el principal argumento, en síntesis, de que "si el importe correspondiente a la indemnización legal no se considera renta, no es posible aplicar el primer párrafo del apartado 3. 2), que excluye de la consideración de renta el importe de las cuotas destinadas a la financiación de dicho convenio especial, siendo intrascendente a estos efectos el destino que se dé a la indemnización legal".

**SEGUNDO.-** Es el demandante el que formula recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como infringido el artículo 215.3.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y ofreciendo para acreditar la contradicción la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 22 de marzo de 2006 (R. 145/06), firme desde el 10 de abril del mismo año según la comunicación recibida en esta Sala 4ª el pasado 21 de mayo de 2009 ante la duda manifestada al respecto de su idoneidad por el Abogado del Estado en su escrito de impugnación.

El Letrado impugnante también niega que sean contradictorias entre sí las sentencias contrastadas, sosteniendo además que el propio recurso carece de contenido casacional porque la cuestión debatida, según dice, está ya resuelta por la jurisprudencia, citando al respecto nuestra sentencia de 31 de mayo de 1996.

Pero lo cierto es que, por un lado, empezando por esto último, el problema analizado y resuelto por la mencionada sentencia (cómputo de ingresos brutos o netos a efectos del subsidio por desempleo: deducción o no de los gastos necesarios, fiscales en aquél caso) no es en absoluto el que aquí se plantea, razón por la cual hemos de rechazar ese primer óbice.

Por otra parte, la contradicción entre las sentencias sometidas al juicio de identidad es evidente, tal como admite el Ministerio Fiscal.

En la sentencia de contraste se analiza el caso de un trabajador que, igual que el aquí recurrente, como consecuencia de la extinción contractual acordada en un ERE, percibió una indemnización superior a la legal través de una póliza de seguro suscrita por la empresa con una aseguradora; la mencionada póliza, se-

gún se constata en el ordinal tercero de la incombata declaración de hechos probados de la sentencia referencial, "garantiza al trabajador el abono de una renta bruta mensual hasta el cumplimiento de edad de 62 años desglosada en dos partidas: renta bruta mensual e importe del convenio especial a suscribir por el trabajador una vez agotase prestaciones por desempleo nivel contributivo", dándose por reproducido el anexo I del certificado individual de seguro de grupo correspondiente al demandante que obraba en el expediente administrativo.

Con verdadero valor fáctico, la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste asegura que el demandante está percibiendo a través de la aseguradora una suma mensual integrada por la parte correspondiente de la indemnización pactada, superior a la legal, y la correspondiente a la financiación de Convenio Especial, concluyendo de la siguiente manera:

"Puesto que el demandante recibe mensualmente una suma que engloba los tres conceptos (indemnización legal, exceso sobre la anterior hasta la pactada, y la financiación del Convenio), si se tiene en cuenta lo percibido globalmente mes a mes el límite de rentas para tener derecho al subsidio quedaría superado en la fecha que sostiene la Gestora, pero si no se suman todas las percepciones mensuales sino cada concepto, el demandante estaría percibiendo sumas relativas a indemnización legal y a Convenio, exentas para el cómputo del límite de rentas, hasta la fecha en la que, según mantiene la sentencia (de instancia), se supera ya dicho límite, el 28-2-200".

Como decíamos pues, la contradicción es palmaria porque, cuestionándose en ambas sentencias la incidencia que haya de tener el abono de la cuota del Convenio Especial para la determinación del límite obstativo del subsidio por desempleo de los mayores de 52 años, la sentencia recurrida desprecia su cómputo con el argumento esencial de que resulta intrascendente el destino que se dé a la indemnización legal por despido, dando así a entender, posiblemente, que aquella cuota se podría estar abonando con cargo a la parte de indemnización que superaba la legalmente establecida.

Por el contrario, la sentencia de contraste descuenta del cómputo tanto el importe de la indemnización legal como la cantidad destinada al

abono de la cuota del Convenio Especial.

**TERCERO.-** Como ya ha quedado implícitamente enunciado, el núcleo central del debate se ciñe a determinar el alcance que, sobre las rentas anuales de un trabajador despedido, y a los efectos de la obtención del subsidio por desempleo para los mayores de 52 años, pueda tener el abono que haga la empresa, directamente o a través de una aseguradora, de la suma destinada al pago del Convenio Especial que el trabajador suscriba con la TGSS una vez finaliza la percepción de la prestación contributiva de desempleo.

El segundo párrafo del número 2) del apartado 3 del art. 215 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 45/2002, establece con claridad que "el importe de la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta", añadiendo, para mayor precisión, que ello sucederá "con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica".

Cabe, pues, que la indemnización legal se abone a tanto alzado o mediante alguna fórmula que, como su satisfacción periódica por una entidad aseguradora, garantice su percepción por el trabajador afectado por un despido.

Se utilice uno u otro método, el importe legal de la indemnización (no así el que lo supere) no computa a los efectos del límite obstativo del subsidio por desempleo. Pero el propio apartado 3 de ese mismo precepto, en el primer párrafo de su núm. 2), también excluye de la consideración de rentas, con idéntica claridad, además de a "las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo", al "importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social".

Son esos dos conceptos, indemnización legal e importe de las cuotas del convenio, los que, en principio, han de excluirse del cómputo, pero no de una forma que permita su acumulación o su confusión, sino de manera separada e independiente: por un lado la indemnización legal y por otro la cuota.

El problema puede surgir cuando, como sucedía en el caso de autos, ambas cantidades han sido garantizadas a través de una póliza de seguro

colectivo. Pero si, como refleja el inmodificado relato fáctico de instancia cuando da por reproducidos los cálculos unidos a los folios 69 a 72, las rentas mensuales percibidas por el trabajador afectado, descontadas la suma de los importes de la indemnización legal abonada mensualmente y de las cuotas destinadas al pago del convenio especial, cuyo efectivo abono a la TGSS está fuera de discusión en el caso, solamente superan el 75% del SMI a partir de una determinada fecha (octubre de 2006), es obvio que hasta entonces el beneficiario tuvo derecho a percibir el subsidio porque antes su nivel de rentas no superaba el umbral legalmente establecido. Como vimos, el Ente Gestor intentó infructuosamente modificar en suplicación la declaración de los hechos probados de instancia, pero la Sala rechazó tal pretensión con el argumento de que "lo que en ella (en la sentencia de instancia) se refleja es el alcance temporal del subsidio por desempleo en el caso de que no se compute el importe correspondiente al abono del convenio especial", y, como vimos, no siendo éste computable, se impone la estimación del recurso.

**CUARTO.-** Lo anteriormente razonado pone de manifiesto que fue la sentencia de contraste la que aplicó la buena doctrina al no computar como renta el importe de las cuotas del Convenio Especial, por lo que, oído el parecer del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el de tal clase formulado en su día por la Gestora, confirmando en consecuencia la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en instancia. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada Dª Isabel Hoyos Ortiz, en nombre de D. Juan Luis, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 18 de junio de 2008, en autos núm. 648/06, seguidos a su instancia contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el de tal clase formulado en su día por la Gestora, confirmando en consecuencia la sentencia dictada

por el Juzgado de lo Social en instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis

Fernando De Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- Mariano Sampedro Corral.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Y porque quedó acreditado en el plenario que muchos de los inversores tenían un nivel de cultura suficiente para no ser engañados en relación a las cuantiosas entregas de dinero realizadas sobre una oferta de un interés del 10% mensual que en un principio se cobraron, y sobre la base de que el mundo de las subastas era un buen negocio por cuanto el recurrente, persona conocida por ellos, está en contacto con importantes vasteros de Barcelona.

Esta impugnación no puede merecer favorable acogida.

Debemos señalar, previamente, que aún cuando el delito de apropiación indebida coincide con el de estafa, en el resultado, o sea, en que hay un enriquecimiento a costa del perjuicio de un patrimonio ajeno, sin embargo hay entre ambos una diferencia sustancial respecto al dolo específico de los mismos, pues mientras en la estafa, consiste en el empleo de maquinaciones engañosas para sorprender la buena fe y la credibilidad del sujeto pasivo, en la apropiación indebida no es el engaño, sino el abuso de confianza que aquél depositó en el autor del delito.

El delito de apropiación indebida no requiere del engaño como elemento relevante e impulsor de la conducta delictiva, sino que la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte, esto es el propietario confía la posesión al apropiamiento por su libre voluntad y consentimiento no viciado, o sea legítimamente, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad, convirtiendo anti-jurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado en provecho propio, o de otras personas, por lo que el engaño no puede reputarse como elemento constitutivo de este delito.

Contrariamente en la estafa, el engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal, ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa, motivando por error la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente pero a causa de dicho engaño (SSTS. 224/98 de 26.2, 767/2000 de 3.5, 867/2000 de 29.7, 210/2002 de 15.2, 5/2003 de 14.1, 84/2005 de 1.2, 1210/2005 de 28.10, 513/2007 de 19.6, 700/2007 de 20.7).

En el caso que se analiza hemos de partir de que la vía casacional elegida, art. 849.1 LECrim., infracción de Ley obliga a respetar las previsiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al no constituir este motivo, ni una apelación, ni una revisión de la prueba.

Se trata, en este supuesto de un motivo de carácter sustantivo penal, cuyo objeto es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiera hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado (STS. 56/2009 de 3.2).

Siendo así en los hechos probados se dice que el recurrente, puesto de acuerdo con los demás acusados, desempeñando diversas funciones en el plan ideado, siendo Fermín la persona que dirigía todo el entramado y dirigía las operaciones, crearon y desarrollaron una actividad orientada a lucrarse defraudando a sus clientes mediante la utilización de diversas sociedades y la puesta en práctica de un sistema operativo fraudulento dirigido a la obtención de cantidades de dinero entregadas por los inversores perjudicados.

Añadiendo como los acusados aparentaban una importante gestión de patrimonio de sus clientes, así como un alto nivel de solvencia, conduciendo vehículos de alta gama y disponiendo de diversos despachos, entre los que destacaba el de la calle Diputación núm. 161 de Barcelona, convenientemente decorado de forma reveladora de su alto potencial económico y asimismo aparentaban un nivel de contactos y conocimiento del sector de las subastas judiciales.

Describiendo igualmente los dos tipos de operaciones que realizaron los acusados. En una de ellas ofrecían depósitos de alta rentabilidad, que oscilaba en torno al 10% mensual, indicando a los inversores que tenían conocimiento y dominio del mercado de las subastas judiciales de inmuebles y que en ellas atenderían esas altas rentabilidades, además de recuperar el capital invertido.

En la segunda modalidad, los acusados hacían creer a los clientes que el inmueble por el que estaban interesados y por el que pagaban un precio o una parte del mismo, les sería adjudicado primero a los acusados en la correspondiente subasta judicial y luego éstos, en virtud del contrato previamente firmado con el inversor le cederían el inmueble por el precio pactado, muy inferior al usual en el mercado inmobiliario, ocultado que en muchos casos se trataba de fincas que ni siquiera estaban gravadas con carga hipotecaria o real al-

## TS PENAL

2009/112110

TS Sala 2ª, Sentencia 2 junio 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Interpretación restrictiva que se refiere solo a las que constituyen el domicilio

### Inaplicación del subtipo agravado referente a vivienda en delito continuado de estafa

*Interponen recurso de casación los condenados como autores responsables de un delito continuado de estafa que resulta parcialmente estimado en el sentido de no considerar aplicable el tipo agravado de vivienda. Señala el TS que cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250,1 CP 95, 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 y en el caso que nos ocupa no resulta probado que las entregas de dinero fueran destinadas a adquirir primeras viviendas. Por lo demás, continúa la Sala, se confirma que los acusados se apropiaron de distintas cantidades de dinero de clientes por prometer a los mismos inversiones que luego no fueron realizadas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Fermín:

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de Ley por aplicación indebida del tipo agravado de la estafa, art. 250.1.1, "haber recaído la estafa sobre "cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social", no obstante tal enunciado plantea otras cuestiones distintas.

Así en primer lugar, señala la no concurrencia del engaño bastante cualificador de la estafa, entendiéndose que los hechos debieron ser calificados como de apropiación indebida, tesis que sostuvo la defensa y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, en sentencia de 17.7.2001, por la que condenó al hoy recurrente por hechos idénticos

comprendidos entre el 10.12.98 y 30.7.99. Argumenta que no ha existido engaño bastante porque en la mayoría de los contratos de inversión suscritos se cobró, sobre todo al comienzo de la inversión, el interés del 10% mensual pactado, porque el lujo con el que estaba decorado el despacho de la calle Diputación de Barcelona no constituye elemento suficiente para configurar el engaño por cuanto la mayoría de las víctimas realizaron con todas las operaciones en el círculo de vecindad de El Masnou, lugar de residencia del recurrente y donde es conocida su familia, porque el dolo falsario que se le imputa no tenía el objetivo de no devolver las cantidades entregadas para acudir a las subastas y de hecho se efectuaron varios desembolsos y devoluciones que motivaron la retirada del procedimiento de numerosos afectados;

guna, o en otros que ni siquiera habían salido a subasta.

En ambas dinámicas comisivas los acusados en realidad no invertían el dinero percibido de los clientes conforme a los contratos suscritos sino que se apropiaron del mismo, incorporándolo a su propio patrimonio o al mantenimiento del entramado fraudulento.

Del anterior relato fáctico la concurrencia de los elementos típicos del delito de estafa resulta incuestionable -la pretensión del recurrente de calificar los hechos como de apropiación indebida, en base a que no existió engaño alguno, aun cuando no debe prosperar por las razones que a continuación expondremos, aunque lo fuera, en definitiva, no conduciría a nada práctico, pues las penas de ambas infracciones son las mismas por la remisión que hace el art. 252 a los arts. 249 y 250 CP.

En efecto como hemos dicho en sentencias 37/2007 de 1.2, 1169/2006 de 30.11, 700/2006 de 27.6, 182/2005 de 15.2 y 1491/2004 de 22.12 la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 24.2) y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000). hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 26.7.2000 y 2.3.2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la insidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En resumen, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo (SSTS. 1169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6), o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada".

Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad, o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11.7, 11218/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SSTS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003).

Procede por ello en sede teórica recordar la teoría de los negocios jurídicos criminalizados y la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS. 17.11.97, indica que:

"la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la

conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..."

En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal.

Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira;

En el caso de la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado", dice la STS 20.1.2004, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS 12.5.98, 23 y 2.11.2000 entre otras).

De suerte que, como decíamos en la sentencia de 26.2.01, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS 26.2.90, 2.6.99, 27.5.03).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa.

En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito.

Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente.

Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia.

Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96).

Añadiendo la jurisprudencia que ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante.

En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -s. 1045/94 de 13.5-.

Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92, 5.3.93 y 16.7.96).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En el caso que se examina en los hechos probados se destaca como los

perjudicados suscribieron depósitos de inversión o entregaron el dinero para la adquisición del inmueble por medio de subastas judiciales, por la confianza que el acusado y su padre les habían generado, por conocerles desde hacia bastante tiempo y presumir los acusados de conocer el mundo de las subastas judiciales, haciéndoles creer que iban a obtener por los depósitos una rentabilidad muy superior a la del mercado o iban a lograr la adquisición de un inmueble en subasta judicial a un precio inferior al normal, cuando en ninguno de estos dos casos el dinero recibido fue invertido en las operaciones pactadas, no pudiendo, por ello, hablarse de inversiones arriesgadas o desafortunadas.

Respecto al engaño la Sala destaca la puesta en escena orquestada por los acusados a través de una red de empresas (CIMPRES TIME, S.L. y MECASA MOBEL, S.L., actuando éstas con el nombre comercial de PROURBAN), utilizando una serie de despachos, uno de ellos, como detalla la sentencia, especialmente suntuoso, todo "lo cual confería una apariencia de solvencia y seriedad que resultó fundamental en orden a mover la voluntad de los futuros clientes", más aún -como resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo- cuando la mayoría de ellos conocía por razón de vecindad al recurrente y a su padre, que residían desde hacia muchos años en la misma localidad, y tras haber constatado por los altos intereses ofrecidos eran pagados mensualmente, con cargo -como reconoció este recurrente- a los fondos de los nuevos inversores.

Y en relación a las operaciones de adquisición de inmuebles, no era solo que no se llegara a adquirir el inmueble afectado, sino que ni siquiera el inmueble estaba gravado con carga alguna, convenientemente debemos declarar la racionalidad de la conclusión alcanzada por el Tribunal a quo de que los hechos probados constituyen un delito de estafa, deducción conforme a las reglas de la lógica y los principios de experiencia.

**SEGUNDO.-** Se cuestiona igualmente la suficiencia del engaño. En este punto es cierto como señalábamos en las SSTs. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, y 1276/2006 de 20.12, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico,

que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante".

Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

El juicio de probabilidad (pronosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa.

En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido.

Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de pronosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor.

Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo

objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor.

La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones posteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error.

En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria.

Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado.

En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la ven-

cibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica.

El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotecterse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial.

De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia.

En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.

Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exi-

gibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

Doctrina ésta inaplicable al caso presente, como ya hemos señalado en la mayoría de los casos se trataba de personas conocidas del entorno de los acusados, lo que facilitó la confianza depositada en éstos y la suscripción de los contratos, unido al desconocimiento que la mayoría de los ciudadanos suele tener sobre el funcionamiento de las subastas judiciales.

Por ello hemos dicho reiteradamente (SSTS. 1420/2005 de 11.11, 1050/2006 de 9.10), que, cuando así se actúa, no puede escudarse el autor del delito en la falta de activación de los resortes de la auto-protección del sujeto pasivo, para conseguir su propia impunidad.

Sería aventurado cargar con las consecuencias exculpatorias que aprovecharían al autor, precisamente a quien se pretende engañar, manteniendo que, si se produjo el desplazamiento patrimonial a causa de un error inducido por el agente delictivo, ello fue debido a un deficiente control de sus mecanismos auto-protectores.

Solamente en casos extremos podrá mantenerse esta posición, pues la normalidad nos dice que el despliegue de la maquinación, cuando ésta es aparentemente creíble por cualquier sujeto, bastará para configurar el engaño bastante, suficiente y proporcional, que exige el tipo penal definido en el art. 248 del Código Penal.

Como hemos dicho (Sentencia de 25 de abril de 2005), el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito.

También hemos declarado que en casos de negocios especulativos o de alto riesgo, los controles de auto-protección son mayores y, correlativamente, la capacidad de engaño disminuye, suponiendo ello que las barreras protectoras del derecho penal no pueden ser activadas en función de las características del negocio jurídico en sí mismo considerado; de modo que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores auto-defensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél, que es lo que aquí ha ocurrido, sujeto todo ello a lo que la Sala sentenciadora de instancia declaró probado, y reforzó en su argumentación jurídica, al razonar sobre la seriedad del engaño desplegado.

**TERCERO.-** En relación al subtipo agravado el art. 250.1.1 CP., esta Sala, por ejemplo STS. 372/2006 de 31.3., dado que se trata de una circunstancia de agravación específica (o tipo cualificado), viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de “segundo uso” o a las adquiridas como “segunda vivienda” como “inversión” o con finalidad recreativa (SSTS. 1174/97 de 7.1, 658/98 de 19.6, 620/2009 de 4.6, 297/2005 de 7.3, 302/2006 de 10.3 y 568/2008 de 22.9).

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

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la 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.

Pues bien en los apartados del relato fáctico en que se trata de manera pormenorizada a cada perjudicado, se distingue entre los que entregan determinadas cantidades como inversión con un interés mensual entre el 8 y el 10% mensual, y en los que no se hace referencia a vivienda alguna, y entre los que tales entregas tenían por finalidad la adquisición de un vivienda en subasta pública, pero en estos últimos no se precisa si las entregas de dinero pretendían la compra de primeras viviendas o si por el contrario, realizar una inversión ante las expectativas de revalorización que entendían existentes en el sector inmobiliario en aquellos años (SSTS. 297/2005 de 7.3, 302/2006 de 10.3).

Así en el “factum” solo se refiere a que uno de los compradores -entre más de 60- Victorio el 5.6.2000 celebró con Juan Enrique -uno de los acusados- (en representación de Mecasa Nobel SL.), un contrato de compraventa de una vivienda en la calle Lluís Mollet de El Masnou, por un precio de 30.940.771 ptas., entregando en el momento de la firma del contrato la suma de 19.303.789, añadiendo, a continuación:

“Vivía en Zaragoza y se iba trasladar a vivir a El Masnou a la vivienda que se proponía adquirir a los acusados”.

De tan escueto relato no se evidencian los presupuestos fácticos precisos para la concurrencia del subtipo agravado, pues con independencia de que, a diferencia del resto de los perjudicados, no se dice que la entrega fue para la adquisición mediante subasta pública por los acusados de la vivienda referida, lo cierto es que tampoco se recoge en el relato fáctico que tuviera que vender el piso que habitaba en Zaragoza para obtener el dinero que entregó para la compra de la vivienda en “El Masnou” sin que exista prueba documental de tal hecho.

Nada de ello se hizo constar en la querrela criminal presentada por el Sr. Victorio ni en su escrito de conclusiones provisionales, y tampoco está acreditado si, en todo caso, ese cambio de domicilio se produjo realmente.

Siendo así y no declarándose probado que las entregas de dinero fueran destinadas a adquirir primeras viviendas, la agravación no resulta procedente por lo que este aspecto del motivo debe ser estimado.

**CUARTO.-** Denuncia por último, que se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Cimpres Time SL. y Mecasa Mobil SL. sin que ambas fueran emplazadas para defenderse en el juicio oral de la acción civil que se ejercitaba

contra ellas. Igualmente cuestiona la exoneración de la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Vip Forgas SL., dado que esta sociedad fue la primera que inició esta clase de actividades, como recogió en su día la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de 17.7.2001.

Esta impugnación deviene inadmisible al no poder hablarse de indefensión alguna.

Es evidente que todos aquellos que, en uno u otro concepto, penal o civil resulten sujetos pasivos de pretensiones ejercitadas en el juicio oral, deben ser citados al mismo para permitir el ejercicio del derecho de defensa.

Las consecuencias de su incomparecencia no son las mismas, pues la ausencia injustificable del tercero responsable civil citado en debida forma, no es por sí misma causa de suspensión del juicio oral (art. 786.1 LECrim.), pero es ineludible la previa citación.

A diferencia del imputado, que debe haber sido tenido como tal en la fase de instrucción con carácter previo a la formulación de la acusación contra el mismo, la Ley no establece como requisito para el ejercicio de la acción civil que, previamente a la presentación del escrito de conclusiones provisionales, haya existido una declaración formal de responsabilidad civil subsidiaria que tenga la naturaleza de procedibilidad civil (STS- 2162/2001 de 14.1, 136/2001 de 31.1).

Por lo tanto, la adopción de medidas asegurativas de tal clase de responsabilidades en la fase de instrucción, que se contemplan en el artículo 615 para el procedimiento ordinario y en el artículo 764 para el abreviado, no es un requisito previo para la posibilidad de traer al proceso a aquellos contra quienes las acusaciones se dirijan en el citado concepto.

La expresión de las pretensiones de las acusaciones en orden a la responsabilidad civil directa o subsidiaria deberá realizarse con carácter provisional en el escrito de conclusiones provisionales conforme a los artículos 650 y 781 de la LECrim, sin que sea necesario hacerlo con anterioridad a ese momento procesal.

Una vez que la acusación solicita la apertura del juicio oral y dirige la acción civil contra aquél a quien considera responsable civil subsidiario, el Juez de instrucción debe resolver expresamente sobre tal pretensión al dictar el auto correspondiente, pues así lo exige el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, adoptando en su caso las medidas oportunas (artículo 783.2 LECrim), pues es en ese momento cuando se procede a concretar la constitución de la relación procesal.

En el caso actual examinado la causa, en virtud de lo prevenido en el art. 899 LECrim. se constata que por auto de apertura del juicio oral de 3.7.2006, y a instancia de algunas de las acusaciones, se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades de Mecasa Nobel SL. Cimpris SL. y Vip Forgas SL., constando que en relación a las dos primeras, por diligencia de 5.11.2007, fueron citadas para comparecer al juicio oral en la persona del administrador de ambas Juan Enrique, contra el que además, se dirigió la acción penal.

Siendo así como lo esencial no es que hayan sido parte en el procedimiento, sino que hayan tenido la oportunidad de serlo, no puede hablarse de indefensión material alguna; por cuanto, como hemos dicho en STS. 1276/2006 de 20.12, la indefensión se conecta al derecho de defensa, del que constituye su reverso, suponiendo su efectivo y verdadero menoscabo de las posibilidades defensivas, pudiéndose destacar estas notas:

-La interdicción de la indefensión es la garantía negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, para cuya prevención se garantizan los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 CE.

-Supone la obligación de respetar el derecho de defensa contradictorio mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses.

-el principio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, una indefensión material del derecho de defensa, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que puede verse frustrada.

-No basta con que se haya cometido una irregularidad procesal, se necesita que ésta tenga una significación material, debiendo valorarse las situaciones de indefensión en cada caso concreto.

-No puede alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen, no en la decisión judicial, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido por su inactividad, desinterés, desinterés, impericia, negligencia, o de los profesionales que la defienden o representan.

Supuesto que sería el de las sociedades referidas, quienes si no se personaron en forma solo fueron a ellas imputable, y en todo caso, en el juicio oral a cuya celebración fueron citadas, la comparecencia de su administrador con la posibilidad de alegar en defensa de sus intereses lo que tuviese por conveniente, excluye cualquier indefensión.

Respecto a la absolución de Vip Forgas la sentencia fundamento sép-

timo, último párrafo, razona y justifica tal pronunciamiento al no constar intervención alguna de la misma, salvo la utilización del sello de esta mercantil en alguno de los documentos utilizados en las operaciones descritas.

Pronunciamiento absolutorio que no ha sido recurrido por las acusaciones, sin que el recurrente -que no fue socio y administrador de la misma- está legitimado para hacerlo.

QUINTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 Ce., en cuanto reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Denuncia que estas dilaciones debieron dar lugar a la aplicación de la atenuante del art. 21.6 CP., y señala que el procedimiento incoado por el Juzgado Instrucción 31 se acumularon otros procedimientos seguidos contra el recurrente por hechos similares y así por auto 2.3.2002 dicho juzgado acordó reabrir la causa, acumular las diligencias reseñadas por la Sección 3ª Audiencia Provincial y retomar la instrucción, pero tuvieron que transcurrir más de 6 años para la celebración del juicio oral, sin que la conducta del recurrente haya sido de obstrucción a los distintos procedimientos en los que venía siendo acusado, adoptando una colaboración procesal intachable.

El motivo debe ser desestimado.

Como decíamos en las SSTs. 258/2005 de 8.3, 1144/2005 de 11.10, 857/2007 de 7.11, 892/2008 de 21.1), la doctrina de esta Sala, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 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, señala los factores que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordenados de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable.

Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramita-

ción de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama.

En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

■

*"...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..."*

■

En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto los efectos nuestra sentencia de 23.1.2004, con cita de la 1.7.2002 dice lo siguiente:

"los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal ha sido objeto de discusión en tres reuniones de pleno no jurisdiccional de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

a) en la primera de ellas, del día 2-10-92, obtuvo mayoría de votos entre los Magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el correspondiente pronunciamiento condenatorio. Habría de tener eficacia en una posible solicitud de indulto o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, conforme al art. 121 CE. y a los arts. 299 y ss. LOPJ.

b) luego el tema volvió a tratarse en otra reunión de 29.4.97 en la que se acordó que, en caso de apreciarse que en el proceso penal hubiera habido la mencionada vulneración y hubiera de estimarse su motivo de casación al respecto, así habría de declararse por esta Sala en la correspondiente sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se considerasen adecuados, en su caso, sobre proposición de indulto, suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitara la solicitud de esta medida de gracia, conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP. y un pronunciamiento de segunda sentencia.

c) días más tarde, en otra reunión celebrada el 21.5.99, se acordó reconocer eficacia en la sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a través de la circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 CP. vigente que se corresponde con la del art. 10.10 CP. 1973.

Se acordó por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 CE., podía producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio producido por el retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

Postura esta sentada en la jurisprudencia más reciente, por ejemplo STS 1.7.2004, que sobre la base del art. 4.4 CP. ha descartado que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria.

Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada

da de la pena en el momento de la individualización, por lo que habrá de atender a la entidad de la dilación.

El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el Derecho Fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del art. 21 CP.

Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

Además de lo anterior se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS. 1151/2002 de 19.6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001; STS 175/2001, 12 de febrero)".

Sin embargo, como hemos dicho en las STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, y 705/2006 de 28 de junio, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial.

Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios.

El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar

cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien, lo que si debe exigirse es que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebida.

Así se pronuncian las SSTS. 10.12.2004 y 15.3.2007, "para la apreciación de la atenuante analógica no es suficiente su mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama, explícite y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas.

Como recuerda la STS. 1373/2002 de 23.7 "Sin perjuicio de que una excesiva prolongación del procedimiento, se reconozca o no la existencia de dilación indebida, puede valorarse en la individualización de la pena conforme a las reglas generales, hay que señalar que aquella no opera abstractamente, es decir, no basta con señalar que la duración del procedimiento no ha sido razonable con independencia de aducir las situaciones procesales concretas que deben tenerse en cuenta para alcanzar la conclusión de la vulneración del derecho".

Previsiones estas omitidas por el recurrente que se limita a señalar el lapso de tiempo, que considera prolongado, desde el momento en que los distintos procesos se acumularon, 2.3.2003, hasta la fecha en que fueron sentenciados, 21.1.2008, pero lo cierto es que no detalla los periodos de inactividad de la presente causa, no olvidemos con 6 procesados y 6 acusaciones particulares, y que afecta a 75 perjudicados, con abundante y compleja prueba, testifical y documental, en la fase instructora.

Recurso Interpuesto Por Santiago:

SEXTO.- El motivo primero por infracción de Ley, indebida aplicación de los arts. 248, 249, 250.1.1º y 6º CP.

El recurrente parte de la intangibilidad de los hechos probados referidos a la existencia de unas disposiciones de dinero que alcanzan lo que la doctrina ha denominado "punto sin retorno", que es cuando quien percibe el dinero realiza un acto de disposición que supone la sustracción absoluta o la falta de reintegro a quien se le confió.

Argumenta que es claro que de los hechos probados se infiere que

existieron unos negocios jurídicos contractuales que suponían la percepción de importantes sumas de dinero por parte del coacusado Fermín, pero nunca por su padre, el recurrente Santiago, por lo que no se puede hacer es establecer una suerte de cooperación en la representación del negocio jurídico criminalizado como la estafa, tan solo porque este recurrente tuvo la desdicha de presentar a alguno de los afectados, los cuales -y es notable subrayarlo, se recomendaban entre ellos para perseverar en el negocio a la vista de las pingües ganancias que se obtenían- y ello implicaría en sede de estafa un acuerdo con otras personas para realizar esa representación dolosa desde el principio, sin que nada de ello haya sido objeto de inferencia en la sentencia.

El motivo se desestima.

En el relato fáctico se declara probado que los acusados Fermín, Juan Enrique, Daniel, Isaac y Santiago, puesto de común acuerdo y desempeñando diversas funciones en el plan ideado, durante los años 1998 y 2001 crearon y desarrollaron una actividad orientada a lucrarse defraudando a sus clientes, mediante la utilización de diversas sociedades y la puesta en práctica de un sistema operativo fraudulento dirigido a la obtención de cantidades de dinero entregadas por los inversores perjudicados, describiendo asimismo la concreta actuación de este recurrente en los siguientes términos:

"Por su parte Santiago, padre del acusado, que dirigía todo el entramado y las sociedades, era una persona conocida en la zona del Maresme, lugar en el que residían la mayoría de los perjudicados, y realizaba tareas de captación de clientes, con pleno conocimiento de toda la trama fraudulenta".

Del anterior "factum" es correcta la subsunción típica realizada por el Tribunal de instancia pues como señalan las SSTS. 1177/98 de 14.12, 1240/2000 de 11.9, 247/2001 de 23.2, 258/2006 de 8.3 la nueva definición coautor acogida en el art. 28 CP. 1995, como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el hecho colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por si mismo, los actos naturales integradores del núcleo del tipo, en este caso, el engaño, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones causales decisivas.

En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al hecho del tipo como la realizada en el caso actual

por el recurrente que aún cuando no intervino de manera directa y personal en la firma de los contratos, si se integró desde el primer momento en el plan común de la estafa, realizando conjuntamente con su hijo, acciones anteriores igualmente integradoras del diseño completo de la acción delictiva y que permitían consumir el desplazamiento patrimonial y materializar el perjuicio derivado del engaño.

La estafa, tal y como está diseñada, se configura como un único proyecto delictivo desarrollado en varias fases, todas ellas integradas en la acción delictiva, por lo que el hecho de que el papel asumido por el acusado se desarrolle en la primera fase no excluiría que nos encontremos ante un supuesto de coautoría conjunta.

Incluso aunque el recurrente se hubiera limitado a la captación de algunos clientes y éstos, a su vez, hubieran animado a otros a invertir su dinero en las operaciones ofrecidas, tal conducta hubiera merecido el mismo reproche penal, pues, como hemos dicho en STS. 700/2006 de 2006 de 27.6, en un supuesto similar:

"En la estafa, como esta que se examina los recurrentes realizan una puesta de escena en ejecución de un designio criminal único encaminada a defraudar a un número indeterminado de personas, y esta acción defraudatoria puede proyectarse sobre una persona, que a su vez convenza a otras, como consecuencia de su propio engaño, a realizar similares inversiones, aunque estas últimas no tuviesen contacto directo con los acusados.

Esto es precisamente la mecánica comisiva de estas estafas en "cascada" o "piramidales", que los inversores primeros convencidos de la seriedad de su inversión, difundan boca a boca a otras personas que los intereses pactados se abonaban efectivamente, extendiendo así, de forma involuntaria, los efectos de la estafa y número de perjudicados, en provecho de los recurrentes..."

Respecto a la aplicación del tipo agravado, art. 250.1.1ª, la cuestión ya ha sido analizada en el motivo primero del anterior recurrente, remitiéndonos a lo allí razonado en orden a su estimación en aras a la brevedad y para evitar repeticiones innecesarias.

SÉPTIMO.- El segundo motivo infracción de Ley en relación al ordinal primero del art. 849.1 LECrim., art. 24.2 CE. y 5.4 LOPJ. Vulneración del principio de presunción de inocencia, pues admitiéndose que el recurrente presentó a personas interesadas en invertir, ello no puede ser un "acto nuclear" dentro del tipo penal, pues ello extendería de suyo tal imputación a todos los testigos/perjudicados que a su vez, traen a otras

personas que finalmente también fueron perjudicados.

Por ello en sede de delito de estafa no hay un previo animo de engaño, no existe concertación alguna, ni puesta a disposición dineraria a favor del patrimonio del recurrente y si se afirma que captaba clientes "con pleno conocimiento de la trama fraudulenta", se ha de explicar cómo tenía conocimiento de dicha trama y cual era el sistema de captación de consumo.

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aún sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción.

Como venimos afirmando el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.

De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable.

En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al ca-

non de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 300/2005 de 2.1, 70/2007 de 16.4).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos

con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad.

Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión

■

*"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..."*

■

de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los

hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración "en comprobar " que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada "; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

En el caso presente, la sentencia, fundamento jurídico tercero, destaca en relación a este recurrente el carácter principal de su intervención, realizando funciones de captación de clientes a los que ofrecía los diversos negocios y negociaba las condiciones de los mismos e incluso mostraba las fichas de las fincas que ofrecía.

Conclusión que alcanza la Sala tras el análisis de las declaraciones de los testigos/perjudicados Carlos Jesús, Maximiliano y Montserrat, Millán, Agustina, Mari Juana, Ángela, Victorio, Pablo Jesús y Cristóbal, coincidentes todos en destacar esa participación relevante del recurrente.

Consecuentemente, el Tribunal de instancia ha alcanzado su íntima convicción de una prueba de cargo directa, validamente practicada, suficiente y significativa, para enervar la presunción de inocencia que considera desvirtuada por el testimonio de esos perjudicados confirmados por la prueba documental aportada.

Siendo así cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, pues no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas personales practicadas hacen los órganos judiciales, una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de la condena y de la participación del recurrente en los mismos, siendo la estructura racional del discurso valorativo, lógica y racional y conforme a los principios de la experiencia, sin que se hayan aportado datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por el Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

OCTAVO.- El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim. y 5.4 LECrim. por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE. en relación con el art. 21.6 CP.

Coincidiendo el motivo en su argumentación con el motivo segundo

del anterior recurrente, nos remitimos a lo ya razonado para su desestimación.

Recurso Interpuesto Por Juan Enrique:

NOVENO.- El motivo primero al amparo del art. 851.1 LECrim., quebrantamiento de forma, por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados, donde se hace constar en primer lugar que este recurrente actuó de común acuerdo con el resto de los condenados desempeñando diversas funciones en el plan ideado durante los años 1998 y 2001, defraudando a clientes, cuando en los mismos hechos probados se manifiesta textualmente que Juan Enrique era Administrador de sociedades que fueron instrumentalizadas para fines defraudatorios, firmando en muchas ocasiones contratos, recibiendo también en muchas ocasiones los fondos de los clientes a sabiendas del plan fraudulento y sin embargo, resulta probado por la Sala, como éste recurrente no realizó acción alguna hasta el año 2000, resultando, por lo tanto, totalmente contradictorio el hecho de que se le atribuya un acuerdo de voluntades desde 1998.

El motivo debe ser desestimado.

Como decíamos en las SSTs. 728/2008, 649/2008 de 22.10, 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, 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 suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra.

Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse

en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierta o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución.

A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

En el caso presente no se observa la contradicción denunciada en el relato fáctico en el que no se señala la fecha de su nombramiento como administrador de Mecasa Mobel SL. y Cimpres Time, sino que "era administrador de las sociedades instrumentalizadas para los fines defraudatorios referidos y firmaba en muchas ocasiones los contratos y recibía también en muchas ocasiones los fondos de los clientes, a sabiendas

también del plan fraudulento, detallando a continuación las distintas operaciones en las que intervino en las Pág. 12 a 21 de los hechos probados en el periodo comprendido entre el 22.2.2000 y 26.7.2001, y sí lo que se cuestiona es la falta de prueba de la connivencia de este recurrente en el periodo anterior a su nombramiento como administrador, tal alegación es propia del ámbito de presunción de inocencia y no del vicio procedimental denunciado.

DECIMO SÉPTIMO.- El motivo cuarto al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ. por vulneración de preceptos constitucionales, en concreto del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.1 CE. y al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, en concreto por inaplicación del art. 24.1 CE, por cuanto la sentencia declara como probados hechos que en absoluto se desprenden de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, que la Sala de instancia valora de un modo totalmente irracional y arbitrario al deducir de las declaraciones de los testigos que este recurrente tenía "pleno conocimiento de la dinámica defraudatoria", ideada y dirigida por el coacusado Fermín, y realizaba "tareas de captación de clientes", participaba en las negociaciones de las operaciones fraudulentas y recibía luego las reclamaciones de algunos perjudicados.

El motivo se desestima.

La valoración de la credibilidad de los testigos no puede quebrantar el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva por el mero hecho de que no apoya la tesis de la defensa. El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de experiencia y los conocimientos científicos.

Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que desprenden substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. La cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación.

Ello es así porque la inmediación, aunque no garantice el acierto ni sea por sí misma suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, es presupuesto de la valoración de las pruebas personales, de forma que la decisión del Tribunal de instancia en cuanto a la credibilidad de quien declara ante él no puede ser sustituida por la del otro Tribunal que no las haya presenciado, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos rehecho

no tenidos en cuenta adecuadamente en su momento que puedan poner de relieve una valoración manifiestamente errónea que debe ser corregida.

Situación que no es la del presente supuesto en el que no puede calificarse el razonamiento del Tribunal a quo de arbitrario o ilógico, puesto que los testigos que relaciona coincidieron en destacar en que firmaron los contratos como consecuencia de la gestión de Daniel y que cuando le reclamaron les dio todo tipo de garantías sobre la seguridad de su inversión.

Así Mónica señaló que intervino en las negociaciones junto con Fermín y Juan Enrique y daba la sensación de que Fermín y Daniel eran socios, Jaime que sabía que Daniel se dedicaba a buscar clientes porque se lo había comentado las veces que comieron juntos;

Carlos Jesús que en las negociaciones intervinieron Fermín y Daniel y parecía que ambos eran socios; el representante legal de la entidad Dona Mae SL. que realizó todos los tratos y negociaciones con Daniel;

Montserrat que tenía la idea de que Daniel era la mano derecha de Fermín pues era uno de los que más sabía sobre las operaciones y que más explicaciones daba; Ascensión que Daniel hacía comentarios de lo bien que habían salido otras operaciones y del probable existo de las futuras;

Eulalio que reclamó a Daniel cuando se produjo el incumplimiento al considerar que era parte importante del negocio ya que puso mucho énfasis en venderle el producto y cuando se realizó la reclamación le dio todo tipo de seguridades;

Epifanio hijo del fallecido Amador, que su padre le comentó que realizó todos los tratos y negociaciones con Daniel, testimonio este de referencia en cuanto no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas, que puede ser utilizado con virtualidad para enervar la presunción de inocencia, al no ser posible la práctica de la prueba testifical directa por imposibilidad material de la comparecencia del testigo directo al juicio por haber fallecido (SSTS. 1559/98 de 2.12, 852/2000 de 19.9, 1035/2001 de 4.6).

DECIMO OCTAVO: El motivo quinto al amparo del art. 849.2 LECrim. por infracción de ley, en concreto error en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos obrantes en autos, señalando al efecto, las declaraciones testificales prestadas por las víctimas en el juicio oral y los contratos en que se instrumentalizaron la operación de inver-

sión o adquisición de las fincas su-  
bastadas, ninguno de ellos firmado  
por el recurrente.

El motivo pretende una revisión  
del material probatorio de la causa  
para extraer del mismo una conclu-  
sión diferente del modo en que ocu-  
rrieron los hechos, pero como ya he-  
mos argumentado al analizar el  
motivo tercero del correcurrente  
Juan Enrique, las declaraciones de  
los encausados como las de los testi-  
gos se encuentran desprovistas del  
carácter documental (SSTS. 162/96  
de 23.2, 891/2002 de 10.6,  
1522/2002 de 20.9, 1183/2003 de  
23.9, 1061/2005 de 30.9, 1145/2005  
de 11.10), por tratarse de pruebas  
personales que únicamente se docu-  
mentan en el proceso sin perder por  
ello aquél carácter.

Esto es así porque tales pruebas  
carecen de la nota de veracidad en  
cuanto al contenido de las declara-  
ciones emitidas.

Tampoco es documento el acta del  
juicio oral que, según SSTS. 162/96  
de 23.2, 13.3.97, 21.1.98, 15.4.98,  
626/2005 de 13.5, 1101/2005 de  
30.9, se limita a recoger, con veraci-  
dad absoluta la realizada de lo acaeci-  
do en la vista oral, no su verosimi-  
litud intrínseca, aunque pueda  
indirectamente acoger, documentos  
veraces a tales efectos casacionales.

En el presente caso, el desarrollo  
argumental gira en torno a la inter-  
pretación pericial e interesada que  
realiza el recurrente del resultado de  
la testifical documentada en el acta  
del juicio oral, olvidando que la tes-  
tifical es prueba personal cuya valo-  
ración depende exclusivamente de la  
inmediación de que goza en su prác-  
tica el Juzgador, y que siendo, en  
trance de recurso irrepitable, no pue-  
de ser revisada, al menos, por la pre-  
sente vía casacional.

Y en cuanto a los documentos fir-  
mados por Fermín solo acreditan que  
éste intervenía en esas operaciones  
fraudulentas, pero no contradicen la  
valoración que la Sala de instancia  
realiza de la prueba testifical practi-  
cada en orden a fundamentar la par-  
ticipación de este recurrente en la  
trama delictiva del motivo, por lo ex-  
puesto, se desestima.

DECIMONOVENO: El motivo  
sexto al amparo del art. 849.1 LE-  
Crim. por infracción de Ley, por  
aplicación indebida del art. 248 CP.  
al no quedar acreditados en el juicio  
oral la existencia del engaño o error  
en las víctimas motivador de su con-  
ducta.

Desestimados que han sido los  
motivos precedentes e incólume el  
relato fáctico, la existencia del enga-  
ño y error sufrido por las víctimas,  
como elementos tipificadores de la  
estafa ya han sido analizados en el  
motivo primero del recurso inter-  
puesto por Fermín al que nos remiti-  
mos en orden a su desestimación de-

biendo solo añadirse en relación a la  
conducta de alguno de los perjudica-  
dos motivada, según el recurrente,  
por su avaricia ante el ofrecimiento  
de esos elevados intereses mensuales  
en la inversión, que la doctrina ma-  
yoritaria considera que el daño patri-  
monial subsiste en estos casos y la  
estafa se consuma en relación al es-  
tafador, toda vez que con su actua-  
ción se produjo un quebranto de la  
norma y hubo como consecuencia de  
su acción una efectiva disposición  
patrimonial por parte del perjudica-  
do, de modo que puede haber estafa  
cuando el objeto de la misma sea ilí-  
cito, pus lo determinante es que con  
el engaño se produce un perjuicio  
patrimonial y no la moralidad o in-  
moralidad del negocio jurídico o del  
ulterior destino de la cosa (STS.  
132/2007 de 16.2).

Por ello en la moderna dogmática,  
se sigue manteniendo la posición tra-  
dicional que entiende que "siempre  
que mediante engaño se produzca la  
disminución patrimonial con animo  
de enriquecimiento injusto habrá es-  
tafa, aunque el engaño se propu-  
siera también obtener un beneficio  
ilícito o inmorale".

En efecto, la conducta desvaliosa  
de la víctima no impide que subsista  
la contradicción normativa en la con-  
ducta 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 es-  
tafa se dirige a proteger la potencia-  
lidad 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 posi-  
ble- la conducta dirigida a esa finali-  
dad delictiva.

VIGESIMO: El motivo séptimo al  
amparo del art. 849.1 LECrim. por  
infracción de Ley, en concreto apli-  
cación del art. 250.1.1º y 1º CP. al  
no concurrir la agravante de que los  
hechos delictivos recaigan sobre vi-  
viendas, y no ser, por ello aplicable  
el marco penal previsto en el segun-  
do párrafo del mismo artículo 250,  
para el caso que concurra conjunta-  
mente la 6ª ó 7ª.

El motivo al coincidir en su plan-  
teamiento con el motivo primero de  
los recursos interpuestos por Fermín  
y Santiago, debe ser estimado en este  
concreto particular.

VIGESIMO PRIMERO.- El moti-  
vo octavo al amparo del art. 849.1  
LECrím. por infracción de Ley, en  
concreto por inaplicación debida del  
art. 116.1 CP. dado que en el acto  
del juicio oral quedó acreditado que  
el único de los acusados que se apro-  
pio de las cantidades entregadas por

las víctimas fue Fermín por lo que la  
Sala, en aplicación de lo previsto en  
el art. 116.1 CP. debió condenar ex-  
clusivamente a éste a la devolución  
del 100% de las mismas en concepto  
de responsabilidad civil, no estable-  
ciendo ninguna cuota a cargo del  
resto de acusados.

El motivo debe ser desestimado.

El actual art. 116.1 que se corres-  
ponde con el derogado art. 106 CP.  
1973, ordena que en caso de ser dos  
o más los responsables de un delito o  
falta, los Jueces y Tribunales han de  
señalar la cuota que deba responder  
cada uno, ello implica la obligación  
de fijar la cuota de que deba respon-  
der cada partícipe, bien entendido  
que tratándose de un único delito y  
de idéntico grado de participación,  
la señalización de una cantidad única  
no tiene más trascendencia que la de  
entenderse atribuida la responsabili-  
dad civil por partes iguales, esto es  
cuando los distintos partícipes en el  
delito lo sean en el mismo grado, el  
señalamiento globalizado cuantitati-  
vamente ha reentenderse por partes

"...no declarándose  
probado que las  
entregas de dinero  
fueran destinadas a  
adquirir primeras  
viviendas, la agravación  
no resulta procedente  
por lo que este aspecto  
del motivo debe ser  
estimado."

iguales, habida cuenta el criterio de  
solidaridad establecido para cada  
grupo de partícipes (autores y cómp-  
lices) apelando por ello a la integra-  
ción interpretativa que suministra al  
efecto el art. 116.2, resulta evidente  
que ha de entenderse por mitad si  
son dos, o por partes iguales si son  
varios, puesto que no existe razón al-  
guna para que se atribuyan en pro-  
porciones distintas cuando su partici-  
pación y contribución al resultado  
dañoso sea idéntica.

Pero cuando este no es el supuesto  
han de señalarse las cuotas de res-  
ponsabilidad civil de cada partícipe  
con arreglo a criterios que habrán de  
establecerse en el supuesto concreto  
(incidencia causal de cada actuación  
delictiva en el resultado a indemnizar,  
reprochabilidad de los compor-  
tamientos punibles, si hubo o no en-  
riquecimiento, etc...) que el Tribunal,  
como siempre, habrá de razonar.

No otra cosa sucede en el caso en-  
juiciado, en el que el Tribunal "a  
quo", pondera no solo la diferente

participación material de cada uno  
de los acusados -condenando a Fer-  
mín el organizador y director de la  
trama- sino el lucro o enriquecimen-  
to que cada uno de ellos obtuvo con  
la conducta desarrollada, y fija así el  
60% de la responsabilidad civil a  
cargo de Fermín y un 10% a cada  
uno de los condenados restantes, con  
la limitación afectante, precisamente  
a este recurrente Isaac de que su res-  
ponsabilidad se refiere a los hechos  
cometidos a partir del año 2000.

Fijación de cuotas razonada, que  
no infringe lo dispuesto en el art.  
116 CP. con la consiguiente desesti-  
mación del motivo.

VIGESIMO SEGUNDO.- El moti-  
vo noveno al amparo del art. 849.1  
LECrím. por infracción de Ley, en  
concreto por inaplicación de la aten-  
nuante analógica de dilaciones inde-  
bidas del art. 21.6 CP. al haber pro-  
ducido un retraso injustificado en la  
tramitación del proceso.

La cuestión planteada ya ha sido  
examinada en motivos anteriores de  
otros recurrentes, por lo que nos re-  
mitimos a lo ya razonado en orden a  
su improsperabilidad.

Recurso Interpuesto Por Isaac:

VIGESIMOTERCERO.- El moti-  
vo primero por quebrantamiento de  
forma, al amparo del art. 850.1 LE-  
Crim. por haberse denegado la sus-  
pensión del juicio oral por la incom-  
parencia de los testigos Saturnino  
y Julieta, cuyo testimonio había sido  
declarado pertinente, lo que vulnera  
el derecho a la prueba e interrogar  
los testigos de cargo y/o de descargo.

Se argumenta que ante la denega-  
ción de la Sala de la suspensión del  
juicio oral formuló protesta y aportó  
por escrito las preguntas que pensaba  
formular a dichos testigos, y entien-  
de que tales preguntas estaban dirigi-  
das a determinar la existencia de  
unos hechos que podrían haber con-  
ducido al dictado de una sentencia  
distinta, pues con la comparencia  
de Saturnino se pretendía demostrar  
que ellos se involucraron en el nego-  
cio a través de terceras personas y  
que el Sr. Isaac no les enseñó vivien-  
da alguna, ni firmaron el contrato en  
su presencia y únicamente cuando no  
pudieron localizar al Sr. Fátima fue  
cuando hablaron con el hoy recu-  
rrente, y la testigo Julieta ni siquiera  
sabía quien era Isaac.

El motivo debe ser desestimado.

Esta Sala exige, para acordar la  
suspensión, además de los requisitos  
formales de que la diligencia proba-  
toria que no haya podido celebrarse  
por denegación de la suspensión hu-  
biese sido solicitada por la parte re-  
currente en tiempo y forma, que tal  
prueba hubiese sido declarada perti-  
nente por el Tribunal y en conse-  
cuencia, programada procesalmente;  
que ante la decisión de no suspen-  
sión se hubiese dejado constancia

formal de la protesta, en momento procesal oportuno, con el adecuado reflejo en el acta; y que tratándose de testigos, la parte recurrente haya solicitado consignación, siquiera sea de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio que le proponía formular al testigo inasistente con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio, la concurrencia de unos requisitos de fondo, necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba denegada (y a ello equivale la denegación de la suspensión del juicio oral ante la inasistencia de uno o varios testigos):

1º) sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia;

2º) sea posible, en el sentido de que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal;

3º) su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba.

En la práctica "habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso" (SSTS. 152/97 de 10.2; 999/95 de 16.10).

Como primer requisito de fondo, por tanto, es preciso que la prueba cuya práctica se ha denegado, no sólo fuese pertinente sino necesaria.

La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible.

La necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el art. 746.3º de la L.E.Criminal.

Decisión que se adopta por no considerar necesaria la declaración de los mismos, bien por su irrelevancia (visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado), o bien por su redundancia (después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario, ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser substanciales a la hora de formar

la convicción de la Sala.

A este requisito de la necesidad ha hecho abundante referencia la jurisprudencia (S S.T.S. 136/2000 de 31.1, 1217/2003 de 29.9, 474/2004 de 13.4), habiéndose cuidado de expresar que la facultad del Tribunal de decidir si considera o no la comparecencia de los testigos como necesaria a efectos de suspender el juicio conforme a lo prevenido en el art. 746.3º de la L.E.Criminal, es revisable en casación (S.T.S. 1145/97 de 23.9).

La decisión del Tribunal sobre la necesidad de la declaración testifical le vendrá, pues, determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de las preguntas que se iban a someter al testigo incomparecido y probable resultado de su declaración (STS. 388/98 de 11.3).

En definitiva, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por la prueba no practicada, y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (STS. 109/2002 de 29.1).

En el caso presente, examinadas las preguntas que se pretendía formular a los dos testigos incomparecidos, la respuesta favorable a los intereses de la parte, no hubiera cambiado el sentido del fallo, pues en el juicio oral otros testigos afirmaron que fue este acusado quien contactó con ellos para participar en el negocio de adquisición de inmuebles a través de las subastas judiciales e incluso una de ellas, Inmaculada señala que le ofreció dos o tres pisos y la llevó a ver la finca.

VIGESIMO CUARTO.- El motivo segundo fundamentado en los arts. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de la presunción de inocencia en relación con el art. 248 CP, dado que la sentencia de instancia contiene en los hechos probados una serie de aseveraciones que están huérfanas de prueba y que no se corresponden con lo verdaderamente ocurrido.

Así señala, en primer lugar, que la sentencia, Pág. 24, establece que "En todas las operaciones los acusados se apropiaron de las cantidades de dinero entregadas por los clientes", cuando ninguna de las testificales manifestaron que el dinero fue entregado a este recurrente, sino a otros procesados, en especial a Fermín, que era quien firmaba los recibos.

Tampoco Isaac tenía participación societaria ni apoderamiento de nin-

guna de las sociedades declaradas responsables civiles y el dinero obtenido era ingresado en una cuenta de Caja Madrid en la que este recurrente no estaba autorizado.

Esta queja resulta injustificada. Si en la trama de la estafa participaron todos los acusados, y en lo relativo a este recurrente mediante la captación de clientes y negociación de las operaciones que iban a suscribir los clientes, que el mayor beneficiario de las operaciones fuese Fermín no excluye la coautoría y el ánimo de lucro en el recurrente, pues consistente éste en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener con su antijurídica conducta, es suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno; al no ser preciso un lucro propio, basta que sea para beneficiar a un tercero (SSTS. 629/2002 de 13.3, 297/2002 de 20.2, 577/2002 de 8.3, 238/2003 de 12.2, 348/2003 de 12.3).

En segundo lugar la sentencia, Pág. 33, manifiesta que la conducta del Sr. Isaac consistió "en la captación de clientes y la negociación de las condiciones de postcontratos cuando no hay testimonio ni documento, ni otra prueba que acredite ni justifique esa aseveración, y Fermín reconoció que era él quien redactaba los contratos, que eran firmados por él mismo, pero olvida éste que la prueba testifical que la sentencia analiza acredita que si bien en el reparto de funciones asignado a cada coacusado, no le correspondía a Isaac la de firmar los contratos, su intervención sí consistía en las conversaciones preliminares a estas firmas y en mostrar a los clientes las viviendas que estos pretendían adquirir.

El motivo, consecuentemente, se desestima.

VIGESIMOQUINTO.- El motivo tercero fundamentado en los arts. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ, 849.2 y 849.1 LECrim. por vulneración de la presunción de inocencia en relación con el art. 248 CP.

Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 248 CP. por cuanto no concurre el elemento subjetivo del tipo de la estafa.

Infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por inaplicación indebida del art. 14 CP. en relación con los arts. 248 y 250.1 y 6 CP.

Empleando estas distintas vías casacionales el recurrente viene a cuestionar la concurrencia del elemento subjetivo de la estafa. La participación en los hechos declarados probados no conduce a considerar que el recurrente conociera que su empleador no pensaba cumplir los contratos firmados y que desde su entrada en

la sociedad conociera que todo era un "montaje" con el único fin de apropiarse de determinadas cantidades de dinero pertenecientes a terceras personas.

Al contrario, hay una serie de indicios que obligan a entender que era desconocedor del fin último de las operaciones.

En el desarrollo del motivo cuestiona la argumentación de la sentencia en relación con el conocimiento y participación de Isaac, efectuando para ello un nuevo examen, interesado y parcial de las declaraciones testificales en los que la sentencia fundamenta el pronunciamiento condenatorio.

Asimismo señala una serie de indicios de es falta de conocimiento del recurrente sobre el destino real de las inversiones y en su caso, la falta de voluntad de cumplir los contratos, cuales son que tenía una vida laboral normal y para trabajar con el Sr. Fátima tuvo que pedir una excedencia en una multinacional en la que trabajó durante 20 años, que el 30.9.99 este recurrente y su esposa Serafina entregaron 1.155.000 ptas. para la adquisición mediante subasta pública de una vivienda sita en la calle Montserrat Roig de El Masnou por un precio de 15.800.000 ptas., que no tenía participación alguna en ninguna de las sociedades, que no firmó documento, ni contrato alguno, ni recibió dinero por su intervención de los diversos perjudicados, y que en cuanto se dio cuenta que podía haber una estafa llamó a todas las personas que conocía, las citó y las recomendó que se pusieran en contacto con su Abogado.

Por último denuncia la falta de prueba del elemento sujeto del injusto, al no explicar la sentencia qué le ha llevado a la conclusión de que el recurrente conociera la situación de la empresa y era consciente de la comisión del delito, esto es, de la existencia del engaño.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar esa amalgama de motivos en un solo contradice las previsiones del art. 874 LECrim. en el sentido de que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes, que se presentarán debidamente separados y numerados.

En segundo lugar la prueba testifical valorada por la Sala acredita cual era la función del recurrente, que no consistía en la firma de los contratos y la percepción del dinero, sino el de la captación de clientes, participar en las negociaciones, como de las operaciones y en su momento, recibir las reclamaciones de algunos de los perjudicados.

Así Millán manifestó que fue Julieta quien le entregó los cheques sin fondos; Romeo que fue acusado el

que contactó con él y le presentó a Fermín para participar en un negocio;

Fermina que tuvo conocimiento de los negocios a través de Isaac, que trabajaba con su marido y con éste firmaron el contrato;

Rogelio que el primer contacto con el grupo fue a través de Isaac, y en el mismo sentido se manifestaron María Inés e Inmaculada, señalando ésta última que el acusado les ofreció dos o tres pisos y les llevó a ver la finca;

También Gregorio, legal representante de Nautipis SL, manifestó que entró en el negocio a través de Isaac, como así lo manifestaron Felicísimo, legal representante de Systems-Tra de SL, Pablo Jesús y Dámaso.

En este extremo es cierto que el control casacional de las pruebas personales no puede limitarse a la mera constatación formal de la existencia de estas declaraciones y la regularidad de su obtención por su práctica en el juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva, y en su caso, publicidad, sino que ha de comprobar también la racionalidad de la convicción expresada en la motivación de la sentencia.

Esa función controladora del derecho fundamental a la presunción de inocencia que cumple el recurso de casación, debe satisfacer el derecho del condenado a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Desde la perspectiva expuesta el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, realiza también una función valoradora de la prueba practicada en el juicio oral referida a la comprobación de la existencia de una actividad probatoria; a la comprobación de la licitud en su práctica y su regularidad porque ha sido realizada conforme al proceso debido; y a la comprobación del carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para hacer deducir racionalmente la culpabilidad de una persona por su participación en un hecho punible.

El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizado tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control.

Esta estructura racional del proceso valorativo sí puede, por ello, ser controlado en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE.), (STS. 778/2007 de 9.10).

Situación que no es la presente pues deducir - como hace la sentencia recurrida- de la testifical practicada que la versión del acusado afirmando que únicamente trabajaba en el despacho, no se acomodaba a la realidad, y por el contrario que su intervención consistía en captar a esas personas para que entraran en el negocio, no puede entenderse ilógica e irracional, sin que los indicios que detalla el recurrente que avalarían su desconocimiento de la trama delictiva tengan esa eficacia exonerativa.

En efecto la reunión que se dice mantuvo con algunos de los perjudicados se produjo cuando las distintas estafas ya se habían consumado por el que quien es titular de un bien o un valor se desprende de él y éste pasa al ámbito predisposición de la persona que con su proceder previa ha dado lugar a esa transmisión (SSTS. 342/95 de 17.3, 766/2003 de 27.5), y lo perjudicados estaban alarmados por la situación producida; y el hecho de que su propia mujer en septiembre 1999 hubiese entregado a Fermín la cantidad de 1.155.000 ptas. para la adquisición de un inmueble, cantidad que no recuperó, lejos de exculparle constituye un indicio más en su contra pues no se explica cómo si ello fue así, accedió en el año siguiente a participar en ese entramado, cuando -como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- tenía que tener serias dudas sobre la solvencia y legitimidad del negocio que proponía a los clientes que captaba.

VIGESIMO SEXTO.- El motivo cuarto por infracción del art. 849.1 LE-Crim. por aplicación indebida del art. 28 CP. e inaplicación del art. 29 CP.

El motivo supeditado a la desestimación de los anteriores entiende que la conducta del recurrente, que la sentencia de instancia considera como cooperación necesaria, debió ser entendida como complicidad.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que la diferencia entre la coautoría y la cooperación, o la participación, radica

en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS. 590/2004 de 6.5);

Y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10, 891/2006 de 22.9)".

En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen.

Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Esta Sala en sentencia 677/2003 de 7.3, recoge de forma detallada la doctrina de la Sala expresada en varias resoluciones sobre la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad.

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 C.P.) -se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio-; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P. (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico

realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoria de la participación.

La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que " la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo " , refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la " conditio sine qua non " , la del " dominio del hecho " o la de las " aportaciones necesarias para el resultado " , resultando desde luego todas ellas complementarias.

Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría (S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, el objetivo- material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión.

Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho.

Serán, pues, coautores los que dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho.

En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores.

La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría.

Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999)

que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario.

Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación.

De una parte la de la "conditio sine qua non", para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito;

Y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría.

En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Por ello la complicidad "requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas" (STS. 1216/2002 de 28.6).

Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (STS. 888/2006 de 20.9).

VIGESIMO SÉPTIMO.- En el caso presente el recurrente hace una valoración subjetiva de la testifical de los distintos clientes distinguiendo entre aquellos perjudicados citados expresamente en la sentencia, aquellos que ni conocieron al recurrente y aquellos que fueron presentados por Isaac a los otros condenados para concluir que el recurrente no participó en la configuración y planificación inicial del engaño, que informar a compañeros de trabajo sobre una buena inversión y presentarles al Sr. Santiago no forma parte de una participación directa o cooperación necesaria en el delito, y que trabajar unos meses a las ordenes de Santiago sin participar en la negociación ni firma de los contratos civiles criminalizados, supone una participación claramente secundaria.

Interpretación que no respeta los hechos probados en los que se afirma que si bien Isaac participó en los hechos a partir del año 2000, realizó tareas de captación de clientes y participó en las negociaciones de las operaciones y asimismo recibió en un momento reclamaciones de algunos de los perjudicados, todo ello con pleno conocimiento de la dinámica defraudatoria.

Actuación ésta correctamente encuadrada dentro de la cooperación necesaria, por cuanto -como ya se ha razonado en el motivo segundo del recurso interpuesto por el acusado Perruna, admitiéndose la participación admisible en el delito continuado, la naturaleza y grado de la participación de quien se suma a ese entramado delictivo no debería valorarse en base a que el delito ya venía realizándose sin su aportación, sino en razón de cual es la posición que ocupe el adherido en la continuación del plan delictivo, en el nuevo reparto de papeles y en eficacia para la posible ejecución de las acciones que integran el futuro comportamiento delictivo conjunto.

VIGESIMO OCTAVO: El motivo quinto por infracción de Ley conforme al art. 849.1 LECrim. incorrecta aplicación de la agravante específica 250.1.1ª referida a la vivienda, por cuanto no se ha probado que Victorio adquirió una vivienda para residir en ella, vendiendo la que anteriormente tenía.

El motivo en cuanto coincide con el planteado por otros recurrentes debe ser estimado, dando por reproducido lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

VIGESIMO NOVENO: Estimándose parcialmente los recursos, las costas se declaran de oficio (art. 903 LECrim.).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Fermín, Santiago, Juan Enrique, Daniel e Isa-

ac, contra sentencia de 21 de enero de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, en causa seguida contra los mismos por delito de estafa, y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente mentada resolución, dictando, a continuación nueva sentencia más acorde a derecho con declaración de oficio de las costas de los respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Pérez D. José Ramón Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. José Antonio Martín Pallín

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 31 de Barcelona, y fallada posteriormente por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona; y que fue seguida por delito de estafa, contra Fermín, Santiago, Juan Enrique, Daniel, Isaac, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente no es de aplicación el subtipo agravado del art. 250.1.1º, lo que conlleva, a su vez, la inaplicación del apartado 2 del mismo precepto en concreto a la determinación de la pena.

SEGUNDO.- Consecuentemente debe procederse a una nueva individualización penológica teniendo en cuenta que los hechos probados constituyen un delito continuado de estafa del art. 250.1.6 CP.

Pues bien, respecto a la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, 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, 860/2008 de 17.12.; 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 250.1.6º, 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.

Supuesto que no es el enjuiciado, en el que no se produce una doble valoración, por cuanto la especial gravedad no surge de la cuantifica-

ción global de las defraudaciones, sino que varias de ellas, individualmente consideradas, por sí mismas conllevan esa especial gravedad, por lo que concurre el subtipo agravado del art. 250.1.6, con carácter continuado, aplicándose el párrafo 1º del art. 74, pena en su mitad superior, dentro del marco penológico de 1 a 6 años prisión y 6 a 12 meses multa, esto es, 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años prisión, y 9 a 12 meses multa.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer a cada uno de los acusados, deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Así en cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como las circunstancias o factores de su personalidad que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

Y en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a su mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar esa mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto que la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá, en primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto, en delitos imprudentes.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de imputabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado por el injusto culpable y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

En el presente caso y teniendo en cuenta la proporción que debe existir entre la pena concreta y el contenido del injusto, con el grado de responsabilidad o culpabilidad del sujeto y con la mayor o menor reprochabilidad que merezca el mal causado, como resumen de lo expuesto deben tenerse en cuenta las circunstancias que se desprenden de los hechos probados y en particular a Fermín su papel de organizador y director de toda la trama defraudatoria y ser el principal beneficiario de la misma, unido, como factor de individualización, a la larga duración de la tramitación del proceso, y que algunas cantidades entregadas por las víctimas les han sido devueltas, por lo que la Sala considera apropiado imponer a los acusados Santiago, Juan Enrique, Daniel y Isaac, las penas de 3 años, 6 meses y 1 día prisión y 9 meses multa con cuota diaria de 5 euros; y a Fermín la de 4 años y 6 meses prisión y multa de 10 meses, con cuota diaria de 5 euros.

#### FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, de fecha 21 de enero de 2008, debemos condenar y condenamos a Fermín como autor responsable de un delito de estafa, a las penas de 4 años y 6 meses prisión y 10 meses multa con cuota diaria 5 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena; y a Santiago, Juan Enrique, Daniel y Isaac, como autores responsables del mismo delito, a las penas, a cada uno de ellos, de 3 años 6 meses y 1 día prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 5 euros, con la accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.- José Antonio Martín Pallín.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.

### TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150489

TC Sala 1ª, Sentencia 29 junio 2009.  
Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

#### Derecho a la tutela judicial efectiva: resolución que incurre en incongruencia omisiva

Se solicita amparo frente a resoluciones que desestimaron el recurso del interno recurrente contra el Centro Penitenciario y que le impusieron ciertas sanciones como responsable de faltas muy graves por desórdenes colectivos. El TC estima parcialmente la demanda de amparo y reconoce su derecho a la tutela judicial efectiva. Considera la Sala que cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna la sanción impuesta por la Administración penitenciaria denunciando la indebida denegación de pruebas, estaba ejerciendo su derecho a promover la actividad jurisdiccional, derecho que debió de ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, no tenía que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido, más aún, cuando dichas pretensiones estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, cosa que en el presente supuesto no ocurrió.

### TS CIVIL

2009/112077

TS Sala 1ª, Sentencia 28 mayo 2009.  
Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

#### Inexistente intromisión al honor al no existir excesos verbales

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que apreció que no existía vulneración del honor del conductor del autobús escolar que interpone la demanda, hoy recurrente, por el hecho

de que el demandado remitiera un escrito al departamento de transportes escolares de la diputación provincial en el que imputaba al demandante, basándose en las declaraciones de algunos alumnos, una serie de actuaciones impropias de un profesional del transporte. Confirma la Sala que las expresiones recogidas en dicho documento en modo alguno pueden ser catalogadas no ya como vejatorias o denigratorias, sino ni tan siquiera como meros excesos verbales.

2009/120190

TS Sala 1ª, Sentencia 4 junio 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Indemnización por incendio de nave asegurada

El TS desestima los recursos por infracción procesal y de casación, confirmando la sentencia impugnada que condenó a la entidad demandada a indemnizar a la actora al importe de los daños y perjuicios causados por el incendio de las naves de su propiedad, así como a la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia por la reconstrucción de la nave, y a la aseguradora codemandada a indemnizar solidariamente por los importes fijados en concepto de responsabilidad civil y gastos de desescombros.

### TS PENAL

2009/42591

TS Sala 2ª, Sentencia 18 marzo 2009.  
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

#### Delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales. Dice la Sala que tratándose de este delito, todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del art.368 CP 95, en calidad de autoría directa, dado los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal,

pues constituyen actos de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de sustancias estupefacientes. Y el transporte de aproximadamente ciento cincuenta kilos de cocaína no cabe duda que se subsume dentro de esos amplios términos con evidente dominio funcional sobre tan importante cantidad de sustancia estupefaciente.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/92542

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 6 mayo 2009.  
Ponente: D. Ramón Trillo Torres

#### Archivo de la denuncia formulada por no facilitar testimonios de diligencias probatorias

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, que acordó el archivo de la queja formulada relativa al Juzgado de Instrucción núm. 4 de León, pues lo que subyacía a la queja era la disconformidad del hoy recurrente con la negativa a que le fueran facilitados testimonios de las diligencias probatorias por él requeridos. La Sala considera que la orden de entrega de testimonios en relación con un proceso, en petición dirigida a un Juez, es actividad jurisdiccional no fiscalizable por el Consejo, con independencia de que el hecho concreto de la expedición de las certificaciones y testimonios de las actuaciones judiciales, no declaradas secretas ni reservadas, sea una función de los Secretarios Judiciales.

2009/92450

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 6 mayo 2009.  
Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

#### Suspensión de la ejecución de sanción impuesta por dopaje en el deporte

El TS desestima el recurso de casación que la representación procesal de

la Administración General del Estado interpone contra el auto que dictó la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la pieza separada de medidas cautelares. La Sala considera que siendo cierto que el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a derecho de la sanción impuesta, considerando que es correcta la doctrina aplicada, conforme a la cual, para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte, es precisa una lesión más específica al interés general, que derive de la aplicación de la sanción en este caso concreto.

### TS SOCIAL

2009/120332

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2009.  
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

#### Denegación del derecho a cobrar complemento singular de puesto

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que, revocando la de instancia, rechazó su derecho a percibir el complemento singular de puesto del grupo profesional III desde la fecha reclamada. La Sala señala que la disp. adic. 2ª del II Convenio Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado tiene como finalidad, dada la refundición en un solo grupo profesional de los anteriores grupos III y IV, atribuir un complemento singular a los puestos de trabajo del anterior grupo III para primar a quienes ya ostentaban tal categoría frente a quienes pasaron del anterior grupo IV al actual III, como es el caso del actor, y ello aunque viniese desempeñando las funciones de una categoría profesional superior comprendida en dicho grupo profesional III y percibiera por ello la diferencia retributiva correspondiente por movilidad funcional, pero ello no implicaba la pertenencia ni la adquisición del grupo profesional; en definitiva, la norma adicional 2ª del II Convenio es aplicable exclusivamente a quienes en el primer convenio estaban encuadrados formalmente en su ahora extinto grupo profesional III y la posible desigualdad cabe, en principio, calificarla como objetiva y razonable.