



Roj: **STS 4116/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4116**

Id Cendoj: **28079120012022100873**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2022**

Nº de Recurso: **118/2021**

Nº de Resolución: **894/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 525/2020,**
STS 4116/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 894/2022

Fecha de sentencia: 11/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 118/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 118/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 894/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 118/2021, interpuesto por Ambrosio y por EL CAJON DE LA TELE OUTLET, SL representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. Lourdes García Méndez y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Jiménez Iribarren, contra la sentencia nº 113, dictada con fecha 13 de julio de 2020 por la Secc. nº 2 de la Audiencia Provincial de Lugo, que condena a Ambrosio y a EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. como autores criminalmente responsables del delito de estafa.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y la acusación particular Gloria, representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Vila Varela y bajo la dirección letrada de D. Victoriano de Azcárraga Varela.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento abreviado 24/2018 (dimanante del PA 3334/15 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Lugo), seguido ante la Audiencia Provincial de Lugo, secc 2^a, con fecha 13 de julio de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Ambrosio y EL CAJON DE LA TELE OUTLET S.L. como responsables de un delito de estafa, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Que se declaran expresamente como tales:

En el año 2014, día 19 de marzo, la denunciante Gloria suscribió un contrato de asociación con la entidad El Cajón de la Tele S.L., en cuyo nombre actuó el acusado Eloy, de la cual era administrador y representante legal el también acusado Ambrosio.

Gloria inició su negocio en Rúa San Pedro de Lugo, núm. 9, como local franquiciado del El Cajón de la Tela Outlet S.L. y abonó a la sociedad la cantidad de 6000,50 euros, mediante transferencia bancaria realizada el día 29 de marzo siguiente, en concepto de reserva de zona y servicios adicionales asesoramiento, plano 3D, estudio de mercado etc-; la entidad asumió la obligación de suministrarle "los productos propios para el desarrollo del negocio", haciéndose mención en la cláusula núm. 6.5 del contrato que era distribuidora de marcas reconocidas (D&G, Relish, Rare, Nolitat Antony Morato...) con continuidad sujeta a posibles variaciones

En el mes de junio de 2014 Gloria solicitó a la entidad nueva mercancía, ofreciéndole el acusado Ambrosio ropa que indicó ser de la marca "Amelie Arnour", presentándola como una prestigiosa marca creada en el año 1976 en París por la diseñadora y actriz Agueda, cuyas prendas se producían en una fábrica sita en Villepinte, a 15 km de París, y en cuyos sus talleres se realizaba todo el proceso de manufactura. Gloria aceptó el ofrecimiento, adquirió prendas -un lote Amelie 608 euros y vestido Amelie 19 euros-, en la creencia de que la información que le había sido facilitada era cierta, y recibió diversas prendas en su tienda. Para su abono hizo entrega de prendas de otras marcas más una cantidad adicional de 300 euros. En todo caso, la denunciante descubrió que dichas prendas no se correspondían con la oferta y que, en realidad, habían sido fabricadas por un almacén de venta al por mayor, por la entidad Modaland S.L., y posteriormente reetiquetadas como Amelie Arnour, marca que aún no había sido inscrita en ese momento.

Finalmente Gloria comunicó a la entidad El Cajón de la Tele Outlet SiL. la rescisión del contrato de asociación suscrito entre ambos, el día 10 de julio de 2014.

Ambos acusados son mayores de edad, sin que consten sus antecedentes".

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Lugo dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que condenamos a los acusados Ambrosio Y EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. como autores criminalmente responsables del delito de estafa antes definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas:

A Ambrosio, a las penas de prisión de 1 año y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. a pena de multa del doble de la cantidad defraudada, en total 1854 euros.

En concepto de responsabilidad civil dichos acusados indemnizarán, conjunta y solidariamente, a Gloria en la cantidad defraudada de 927 euros, cantidad que devengará, con fundamento en el artículo 1108 del Código

Civil, los intereses de demora legalmente establecidos calculados desde el día de presentación de la denuncia y, posteriormente, los del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igualmente, condenamos a Ambrosio y El Cajón de la Tele Outlet S.L. al abono de las costas de esta alzada, incluidas 2/3 partes de las de la acusación particular.

Finalmente, *absolvemos al acusado Eloy de la acusación contra él formulada*, con declaración de oficio del resto de las costas procesales".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Ambrosio y EL CAJON DE LA TELA OUTLET, SL que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación legal de Ambrosio y EL CAJON DE LA TELA OUTLET, SL alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. "PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el Art. 5.4 de la LOPJ en relación con el Art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

2. "SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de carácter sustantivo, los artículos 248, 249, 109, 110, 116 y 123 del Código Penal; todos ellos en relación con los artículos 27 y 28 del Código Penal".

3. "TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del Art. 21.6 del Código Penal en relación con la atenuante de dilaciones indebidas que debió aplicarse como muy cualificada en atención al excesivo tiempo transcurrido en la tramitación de la causa y la escasa complejidad de la misma".

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de mayo de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 10 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo: "por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

1. En el desarrollo del motivo se comienza diciendo que "se denuncia infracción del art. 24.2 en relación con el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no existe prueba suficiente de que la denunciante adquiriera a mis mandantes mercancía de la marca "Amelie Amour", no consta documento alguno donde se refleje la mercancía adquirida [...]", y, sin embargo, más adelante, en el bloque que encabeza como "prueba del delito según la sentencia", dice, "a pesar de lo expuesto, la Sentencia recurrida entiende acreditada la adquisición por la denunciante a mi mandante de prendas de la marca "Amelie Amour" por importe de 927 €, con base en dos pruebas: i) la existencia de unos albaranes y ii) la declaración de la denunciante", pasajes que consideramos que encierran una contradicción, pues, ciertamente, estos dos elementos tenidos en cuenta por la sentencia de instancia para formar criterio son auténticas pruebas, de manera que, si lo son, no cabe hablar de vulneración del derecho a la presunción, que implica condenar sin pruebas.

Al ser esto así, la recurrente, que no cuestiona que la validez de la prueba practicada en la instancia, sin embargo, alega que la vulneración de la presunción de inocencia se debe a que dicha prueba es insuficiente para desvirtuarla, y lo hace a base de cuestionar la valoración que de la misma realiza el tribunal sentenciador, además de pasar por alto otros elementos que también tuvo en cuenta para formar su criterio.

Planteado el motivo en tales términos, la realidad es que el discurso transita por los derroteros propios de un motivo por *error facti*, pues está dedicado a cuestionar la valoración de la prueba practicada, sin respetar los estrechos márgenes que impone el art. 849.2º LECrim., según cuyo texto cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo, como pueda ser invocando vulneración de derechos fundamentales, para desbordar este.

2. Por lo tanto, si existe prueba, lo que nos corresponde es revisar el juicio de razonabilidad sobre la valoración realizada por el tribunal ante cuya presencia se practicó, por lo que solo si su discurso no lo consideráramos razonable, por apartarse de las reglas de la lógica o máximas de experiencia, cabría compartir el planteamiento, lo que no sucede en el caso, en que nos encontramos tan solo con una discrepancia valorativa por parte del recurrente, que pretende que prevalezca su criterio de parte, por lo tanto interesado, frente al más objetivo e imparcial del tribunal sentenciador.

Así, en ese juicio de razonabilidad que hemos de verificar, pese al esfuerzo que se hace en el motivo por negar credibilidad al testimonio de la denunciante, restar valor a los referidos albaranes e insistirse que no hay prueba documental, la sentencia expone no solo las razones por las que resulta creíble el testimonio de aquélla, sino por qué no da crédito a la versión del condenado, como también hace mención a otra serie de elementos de prueba, como son los referidos albaranes, que los considera como tales y acreditativos de la recepción de ropa por la denunciante, y así lo razona en cuanto explica que "en los autos figura un Albarán en el que se hace referencia un lote Amelie 608 euros y otro a un vestido Amelie 19 euros. De ahí que el Tribunal considere, en base a la declaración de Gloria en relación con dicha documental, que ha de estimarse acreditado que hizo un abono total de 927 euros".

Como decíamos, no solo ha contado con estos dos elementos de prueba el tribunal sentenciador, sino que tuvo en cuenta otros más, que confirman la existencia de esa entrega de ropa, como la copia del contrato de asociación entre denunciante y la sociedad denunciada, o que aquélla abriera su negocio en un local franquiciado por ésta, o el correo electrónico que recibe el marido de la denunciante ofreciendo ropa de la marca "Amelie Amour" cuando no lo eran, o el hecho cierto de que la propia denunciante descubrió que no eran de tal marca, lo que difícilmente pudo constatar de no haberlas tenido entre sus manos.

En resumen, aun cuando no existan facturas de la adquisición de prendas, o justificantes de pago de las mercancías o de otra serie de documentos que se mencionan en el motivo, que, según el recurrente, deberían ser lo que acreditaran la tesis de la acusación, ello no significa que no exista prueba, pues, como decíamos, la prueba documental es una más, que no goza de mayor valor que cualquier otra, en esa labor de valoración conjunta de toda la prueba practicada, como en este caso ha sucedido partiendo del testimonio de la denunciante, corroborado por los demás elementos que sirvieron al tribunal sentenciador para su ratificación.

3. En el mismo motivo se alega también vulneración del principio "in dubio pro reo", lo que tampoco acabamos de entender, porque no se nos indica en qué pasaje de la sentencia de instancia se desliza alguna duda y no obstante lo cual se ha dictado un pronunciamiento de condena.

Se limita esta parte del motivo a cuestionar el testimonio de la denunciante, que pone en relación con la inexistencia de esos documentos que considera que debieron ser los que acreditaran la tesis de la acusación, que es cuestión distinta a la quiebra de dicho principio, que no lo consideramos vulnerado desde el momento que el tribunal sentenciador no ha abrigado ninguna duda para declarar probados los hechos que declaró como tales y la autoría del denunciado.

En este sentido, en STS 669/2020, de 10 de diciembre de 2020, recordando la STS 666/2010, de 17 de julio de 2010, en ésta "explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6)".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Segundo motivo: "por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de carácter sustantivo, los artículos 248, 249, 109, 110, 116 y 123 del Código Penal; todos ellos en relación con los artículos 17 y 28 del Código Penal".

1. Decíamos en STS 480/2021, de 3 de junio de 2021, respecto del delito de estafa que "se encuentra ubicado este delito en la Sec. 1ª del Cap. VI (de las defraudaciones), del Tít. XIII del C.P. que lleva por rúbrica "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", siendo considerado tradicionalmente como uno de los delitos patrimoniales más clásicos, en que la producción de un perjuicio patrimonial valorable en dinero es un requisito indispensable para su apreciación, y, así, se la ha venido definiendo por referencia al perjuicio patrimonial causado mediante engaño, línea a la que responde la noción que se nos da en el art. 248.1 CP, cuando dice que "cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno", definición de la que se desprenden los elementos esenciales para ser apreciada, y en la que, entre la acción engañosa y el perjuicio, ha de mediar una relación de causalidad, de manera que éste sea consecuencia de aquélla.

Además, esa acción engañosa ha de ser bastante, para producir un error en el sujeto pasivo, que es quien acaba realizando el acto de disposición patrimonial causante de su propio perjuicio, y esto puede suceder tanto tenga como base una actuación antijurídica o una causa ilícita, al igual que puede tratarse de una actuación puntual, como de una planificada con cierta proyección en el tiempo, porque lo importante es que se trate de un ardid engañoso, guiado de ánimo de lucro por parte del sujeto activo, que se consuma en el momento en que se produce el perjuicio patrimonial, siendo este, por ser el bien jurídico protegido el patrimonio, el elemento definidor del delito. Basta, por lo tanto, para su consumación que concurra un engaño anterior y bastante causante de un desplazamiento patrimonial, sin necesidad de un provecho o enriquecimiento por parte del agente".

2. Articulado el presente motivo de recurso, con invocación del art. 849.1 LECrim, conviene comenzar recordando que este artículo establece que se entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, "cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal", y ello, conforme a una reiterada jurisprudencia, exige el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Habremos, pues, de partir del escrupuloso respeto al relato fáctico, esto es, de la inmutabilidad del hecho que declara probado la sentencia recurrida, al no haber considerado procedente su alteración, desde el momento que en el fundamento precedente han sido rechazadas las alegaciones que, en orden a su modificación, conllevaba esa queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que encerraba una discrepancia con la valoración de la prueba hecha por el tribunal sentenciador.

Siendo esto así, el propio motivo realiza consideraciones que lo desbordan, como cuando dice que "no concurren otros los elementos del tipo de estafa, al no probarse que la denunciante realizara un desplazamiento patrimonial para la adquisición de prendas de la marca Amelie Amour, ni que haya existido un perjuicio para su patrimonio derivado de la supuesta adquisición, ni, en consecuencia, la necesaria relación de causalidad entre el supuesto engaño y el perjuicio sufrido", porque, si la línea argumental arranca de dicha premisa, está introduciendo matices fácticos de índole probatorio, a los que no cabe acudir, porque no se encuentran en el relato histórico de la sentencia.

Sin perjuicio de remitirnos a dicho relato, destacamos lo más significativo de él, donde aparecen esos elementos que definen el delito de estafa, como es cuando dice que la denunciante "adquirió prendas -un lote Amelie 608 euros y vestido Amelie 19 euros- en la creencia de que la información que le había sido facilitada era cierta y recibió diversas prendas en su tienda". "En todo caso, la denunciante descubrió que dichas prendas no se correspondían con la oferta". En los anteriores pasajes se está relatando el engaño, que consistió en que, confiada la denunciante por la información que le había dado el denunciado, y en la creencia de que recibiría unas prendas de la marca Amelie, sin embargo no se correspondieron con esa oferta.

Y en lo relativo al perjuicio patrimonial, cuando dice que "para su abono hizo entrega de prendas de otras marcas más una cantidad de 300 euros".

Los anteriores pasajes no solo describen el ardid engañoso y el perjuicio que le ocasionó a la denunciante, sino que reflejan la relación causal entre uno y otro elemento, de ahí el acierto de la subsunción de los hechos en el delito de estafa.

Y así lo explica la sentencia recurrida en su fundamentación de una manera sencilla pero clara, cuando, refiriéndose a la conducta del denunciado, que califica como "manipulación orquestada", explica que "su actuación constituye un verdadero engaño de entidad suficiente para configurar el delito de estafa previsto en el artículo 248 del Código Penal, porque se ofreció la ropa denominada Amalie Amour como si fuera de una marca de reconocido prestigio a nivel internacional, sin serlo".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO.- Tercer motivo: "por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del Art. 21.6 del Código Penal en relación con la atenuante de dilaciones indebidas que debió aplicarse como muy cualificada en atención al excesivo tiempo transcurrido en la tramitación de la causa y la escasa complejidad de la misma".

Recoge la sentencia de instancia en su fundamento las consideraciones que estima conducentes a la aplicación de dicha atenuante como simple, y dice que "no hay méritos para apreciar la circunstancia como muy cualificada, cuando incluso las defensas no ha concretado nada al respecto", y así lo reconoce el recurrente, que "no invocó la atenuante en sus conclusiones definitivas", de modo que, al margen de que se está beneficiando de algo que no solicitó, ahora, en el recurso, trata de ir más lejos, con una pretensión *per saltum*, que, si bien en ocasiones este Tribunal ha considerado insuficiente para su desestimación, no entraremos en ese debate, cuando hay razones de fondo que avalan el acierto del tribunal sentenciador.

En la línea argumental que se emplea para apoyo del motivo se expone que "ocurre que entre los hechos enjuiciados -junio de 2014- y el dictado de la Sentencia de Instancia -julio de 2020- transcurren más de 6 años, lo que ha de entenderse como una dilación indebida y extraordinaria en la tramitación del procedimiento, ya que i) ninguno de los periodos de inactividad que la han provocado son imputables a mis mandantes, y ii) la causa no revestía especial complejidad - no fue declarada compleja-, solo existen tres investigados, y tampoco fue necesaria la práctica de diligencias de prueba que motivaran una duración extraordinaria del proceso".

Pues bien, dejando al margen que el cómputo del tiempo debiera haberse hecho desde la toma de declaración de los investigados, y estando a la línea argumental del propio motivo, en que se considera que por el transcurso de poco más de seis años ha de entenderse la dilación como indebida y extraordinaria, en modo alguno podremos aplicar como muy cualificada la atenuante.

En efecto, a tenor de lo establecido en el art. 21, es circunstancia atenuante: "6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Así, tal como se plantea el motivo y vista la redacción de la referida circunstancia en el art. 21.6ª CP, resulta incompatible apreciarla con el alcance que se pretende de muy cualificada, si se considera extraordinaria la dilación, como se hace en el motivo, ya que, de la lectura del artículo, si es extraordinaria e indebida solo cabe su apreciación como simple, de manera que para dar el salto a la muy cualificada, la dilación habrá de ser superextraordinaria o hiperextraordinaria, siendo criterio de esta Sala que suele ser regla general para empezar a plantearse como tal, a partir de los ocho años de dilación, razón por la que, de entrada, descartamos entrar en el debate relativo a su cualificación.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso.

CUARTO.- Aunque no hay un desarrollo expreso, en la medida que se interesa la absolución de los dos condenados, uno de los cuales es una persona jurídica, la voluntad impugnativa que subyace en el recurso nos ha de llevar a dedicar la atención a esta cuestión.

A la presencia de la mercantil EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. en el proceso, como acusada, dedica la sentencia de instancia su primer fundamento, para dar respuesta a las quejas que se habían planteado por haberla llevado a juicio en tal condición, que, en lo que aquí interesa, podemos resumir diciendo que dicha sentencia las salva explicando que se abrió juicio oral contra ella, quien formuló escrito de defensa independiente, concluyendo que no hubo indefensión, porque, además, la sociedad intervino en la fase de instrucción como investigada a través de su representante legal y el procedimiento discurrió por sus cauces legales contra ella, lo que excluye cualquier tipo de nulidad.

La posición de dicha persona jurídica en el presente proceso presenta más complicaciones que a las que lo reduce la sentencia de instancia, y, si bien avanzamos desde este momento que, como consecuencia de lo que vayamos razonando en el presente fundamento, se dictará sentencia por la que se la absuelva del delito de estafa por el que viene condenada en la instancia, y la condenaremos como responsable civil, alguna explicación daremos hasta llegar a esa absolución.

1. En el repaso realizado de las actuaciones, hemos apreciado que, de la misma manera que fueron oídos en declaración las dos personas físicas contra las que la denunciante formuló su denuncia, no lo fue la persona jurídica. Es cierto que en el escrito de denuncia no aparece dato alguno en el relato de los hechos que apunte a la presumible perpetración del delito corporativo por parte de la persona jurídica, que debiera haber llevado a su condena, sino que es un relato que expone unos hechos que califica de estafa del art. 248 CP, considerándose engañada por los tres denunciados, sin distinción en cuanto su participación en los hechos que relata, esto es, los dos administradores solidarios de la sociedad y esta misma sociedad.

Siendo esto así, son llamados a declarar como imputados los dos administradores solidarios, no así la sociedad, y en el curso de su declaración se les pregunta por esos hechos que, presumiblemente, se califican como delito de estafa, sin que se formule a ninguno de ellos pregunta alguna que pudiera guardar relación con el delito corporativo en que se supone que podría haber incurrido la sociedad, lo que, por otro lado, tampoco debe extrañar, desde el momento que nada aportaba al respecto la denuncia inicial.

Avanzando las actuaciones, llegamos al auto de Procedimiento Abreviado de 18 de mayo de 2017 (folio 604), en que se declara "formalmente encausados a Eloy, Ambrosio, como administradores solidarios de EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET SL".

A continuación, el M.F. presenta su escrito de acusación, calificando los hechos como delito de estafa de los arts. 248 y 249 CP, acusando solo a los dos administradores, aunque solicitando que, junto con ellos, se declare la responsabilidad civil directa de la sociedad. Por su parte, la denunciante, constituida como acusación particular, en su escrito de acusación (folio 613), en cuyo relato histórico no hay elementos fácticos que aparentemente apunten al delito corporativo del que acusa a la sociedad, sin embargo la imputa el mismo delito de estafa que a las dos personas físicas.

Y pasamos al auto de apertura de juicio oral, de 13 de junio de 2017 (folio 618), en el que, sin la menor fundamentación que guarde relación con los avatares anteriores, se tiene formulada acusación contra las dos personas físicas y contra la jurídica, para los tres por el mismo delito de estafa de los arts. 248.1º, 249 y 250.6º CP, presentado, a continuación sus respectivos escritos de defensa los tres acusados, cierto que el que presentan la representación de Ambrosio y EL CAJÓN DE LA TELE, que se oponen a las correlativas de las acusaciones, son sustancialmente iguales.

2. Ante tales antecedentes, lo primero que llama la atención es que se abra juicio oral contra la sociedad por dicho delito de estafa, pues, al margen de que no había sido oída expresamente como investigada, las actuaciones practicadas no habían puesto de relieve indicio alguno que apuntase a un propio delito corporativo que debiera llevar a su imputación, pues, operando así, se estaba contraviniendo lo dispuesto en el art. 783.1 LECrim., conforme al cual "solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641", y qué duda cabe que, ante un escrito como el presentado por la acusación particular, en que se formulada acusación contra una persona jurídica, sin un relato con sustantividad propia para acusarla, se estaba en el caso del art. 637.2 LECrim y debiera haber llevado al sobreseimiento libre para ella.

Junto con lo anterior hay que insistir que, en realidad, la persona jurídica no llegó a ser imputada formalmente en fase de instrucción, pues, como hemos dicho, no fue oída expresamente entonces, y su imputación tiene lugar a partir del auto de apertura de juicio oral, tras ese insuficiente escrito de acusación de la acusación particular, lo que plantea un problema más, que pasa por alto la sentencia recurrida, porque, partiendo de la base de que el delito corporativo ha de tener su propia sustantividad, en principio, su derecho de defensa no quedaba cubierto por la imputación a la persona física, pues los criterios de imputación a una y otra son diferentes y la línea de defensa no tiene por qué coincidir, y los intereses en juego pueden entrar en conflicto.

Sobre este particular, decíamos que la sentencia de instancia niega que se ocasionara indefensión a la persona jurídica, porque intervino en instrucción como investigada, a través de su representante legal, el otro acusado y condenado Ambrosio; nos encontramos con que, al haberse operado de esta manera, en principio, entraría en contravención con lo establecido en el art. 409 bis LECrim.

No bastaba, pues, con la afirmación que se contiene en la sentencia recurrida, para excluir esa nulidad cuando la persona física encausada asume, también, la representación legal de la persona jurídica, pues, en principio, aquélla no debiera haberla asumido, por cuanto que hacerse cargo una misma persona de ambos papeles, más si coinciden los profesionales que llevan la defensa de ambas, podría generar un eventual conflicto de intereses, que es la razón a que se debe el sentido del referido art. 409 bis LECrim. Con todo, aunque nada se diga sobre este particular por el tribunal "a quo", en el caso concreto que nos ocupa, no cabe hacer reproche al respecto, por cuanto que no apreciamos tal colisión de intereses, de manera que esa asistencia unificada en una misma persona y unos mismos profesionales, consideramos que no ha reportado consecuencias perjudiciales ni para una ni para otra, con repercusión en sus respectivos derechos de defensa, que es, en definitiva, donde habría que residenciar cualquier pronunciamiento de nulidad, según resulta de artículos como el 238 LOPJ.

En este sentido, en la STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016, se hacían consideraciones relativas al conflicto de intereses, pues no consiente el Tribunal Supremo una toma de declaración uniforme y lineal a quien, estando imputado a título individual, se presente en el Juzgado de Instrucción en representación de la persona jurídica también imputada, bien entendido que esto ha de ser así en el caso de que los intereses de una y otra no coincidan, saliendo con ello al paso de cómo pudiera entenderse lo dispuesto en el mencionado art. 409 bis LECrim, que, sin distinción alguna, dice que "cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de Abogado. La declaración

irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización".

3. Decíamos que la condena a la persona jurídica ha tenido lugar sin una base fáctica que definiera su delito corporativo, del que derivar su responsabilidad penal, en que las premisas de organización y complejidad está la base de su propio fundamento, con elementos propios para conformar su culpabilidad, distintos de los de la persona física.

Cuando hablamos de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella; qué duda cabe, sin embargo, que cualquier hecho, como fenómeno del mundo exterior, generalmente es realizado por una persona física, que, en su caso, deberá responder por él; lo que sucede es que, en evitación de pasar por criterios de responsabilidad objetiva, esa responsabilidad de aquélla no ha de operar por transferencia automática a la exigible a la persona jurídica, sino que el camino elegido para ello ha sido que, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, con independencia de que presupuesto para ello esté en la actuación de la persona física, sin embargo, en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate, y todo ello sin prescindir de los criterios rectores del campo del derecho en que nos estamos moviendo, que es el penal, informado por principios como el de culpabilidad subjetiva, de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva, como supondría hacerla responsable por una simple transferencia acrítica del hecho cometido por la persona física; el cometido por ésta, como hecho de conexión, podría ser presupuesto de la comisión del de aquélla, pero no serviría como fundamento, que ha de buscarse en uno propio.

Con lo expuesto, no estamos diciendo nada que difiera de lo que encontramos en nuestra STS 154/2016, de 29 de febrero, en la que se puede leer lo siguiente: "[...] lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP , especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

Y en la misma línea, con razonamiento más sintetizado, la antes mencionada STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016 dice: "El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa".

4. De entre las consideraciones realizadas hasta el momento, nos quedamos en que, para hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito, es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad.

La misma STS 154/2016 ha tratado esta cuestión, si bien haciendo sus consideraciones en relación con las llamadas sociedades instrumentales o pantalla, carentes de la estructura organizativa propia de una sociedad que opera con normalidad en el tráfico mercantil, las cuales son trasladables a sociedades unipersonales,

siempre y cuando carezcan de una estructura corporativa compleja, y lo ha hecho con cita de la Circular de la Fiscalía 1/2016, que se mantiene en la idea de que "procede la exclusiva imputación de la persona jurídica" de la que se hablaba en la Circular 1/2011, y entre cuyos pasajes se puede leer lo siguiente:

"Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente", y, efectivamente, así se puede leer en la referida Circular, que hace tales reflexiones en su punto 3, que lo intitula "personas jurídicas imputables e inimputables".

Otras Sentencias de esta Sala vuelven a abordar esta problemática, entre ellas la reciente 747/2022, de 27 de julio de 2022, a cuyo fundamento de derecho octavo nos remitimos, y del que solo reproducimos alguno de sus pasajes.

"El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas".

Y más adelante continúa:

"Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito; y otra ¡por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas".

Sigue sus consideraciones haciendo mención a alguna sentencia de la Sala que ha preferido "hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTs 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, ó 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja", que matiza cuando de sociedades unipersonales se trata, en que tal enfoque solo podría jugar de forma subsidiaria.

5. Trayendo al caso lo dicho, vemos que es de aplicación la doctrina expuesta.

Dejamos al margen el planteamiento desde el punto de vista del principio *non bis in idem*, ante la problemática que plantea hablar de doble condena, cuando persona física y jurídica no son la misma persona y el fundamento de la condena de una y otra no es el mismo, y nos centramos en elemento complejidad.

En efecto, en el caso que nos ocupa nos encontramos con una sociedad, que, si bien formalmente contaba con dos socios administradores solidarios, solo uno de ellos ejercía sus funciones como tal, como lo evidencia que la sentencia de instancia condena exclusivamente a uno; y no solo eso, sino que lo que nos parece determinante es que se trata de una sociedad de tan mínima complejidad que era la forma de presentarse al público, a través de ella, su administrador, que, como persona física, ha sido condenada, o, dicho de otra manera, era tan mínima su complejidad, que difícilmente se diferenciaba el socio de la propia sociedad.

Así lo consideramos, porque la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad.

Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal, y, esto que decimos, encuentra apoyo en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la medida que los mecanismos de control lo pone en relación con las dimensiones de la persona jurídica, que, en lo que éstas se refiere, hace las siguientes consideraciones:

"La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica".

El discurso desarrollado hasta aquí nos ha de llevar a la estimación del recurso, en lo que a la absolución de EL CAJON DE LA TELE OUTLET SL se refiere, como autora penal del delito de estafa por el que viene condenada en la sentencia de instancia, por cuanto que, de manera muy resumida, podemos decir que se trata de una sociedad, a efectos reales de un solo socio administrador, y no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia; no apreciamos en ella ese sustrato material de la suficiente complejidad al que venimos refiriéndonos, "no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos", como ha dicho algún autor, lo que no significa que quede exenta de todo tipo de responsabilidad, como es la civil, según pasamos a analizar.

QUINTO.- La absolución de la mercantil EL CAJON DE LA TELE OUTLET del delito de estafa por el que viene condenada no agota su responsabilidad y así se lo ha planteado la Sala, en la medida que el M.F., pese a no acusarla como autora del delito de estafa, sí interesaba que indemnizara, con responsabilidad civil directa, dicha mercantil, y en similares términos formulaba su petición la perjudicada, constituida en acusación particular, que, además acusaba del delito de estafa

Entre las fórmulas a través de las cuales dar respuesta tal petición, tras plantearnos si acudir a la vía del art. 118.1 CP, la hemos descartado por la dificultad de encontrar soporte en el relato histórico de la sentencia de instancia, en que, como hemos dicho más arriba, no hay base fáctica para conformar el delito corporativo, a partir del cual entrar en consideraciones al respecto; sin embargo, esos hechos probados sí describen la existencia de una persona jurídica dedicada a una actividad comercial, cuyo único gestor, en el desempeño de sus obligaciones, ha cometido un delito por el que ha sido condenado, con lo que se cumplen los presupuestos que establece el art. 120.4º CP para declararla responsable civil subsidiaria.

Por lo demás, la absolución de la mercantil como autora del delito de estafa por el que venía condenada, conlleva declarar de oficio la tercera parte de las costas que le fueron impuestas en la sentencia de instancia.

SEXTO.- La estimación del recurso lleva aparejado, por disposición del art. 901 LECrim., la declaración de oficio de las costas ocasionadas con motivo del mismo.

FALLO

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

HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ambrosio y la mercantil EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 13 de julio de 2020, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo, que casamos y anulamos en los términos expuestos en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, dejando sin efecto, en consecuencia, la condena penal impuesta a la referida mercantil como autora del delito de estafa por el que venía condenada.

Se declaran de oficio las costas correspondientes a este recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 118/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 118/2021, interpuesto por Ambrosio y por EL CAJON DE LA TELE OUTLET, SL, contra la sentencia dictada con fecha 13 de julio de 2020 por la Secc. nº 2 de la Audiencia Provincial de Lugo, que, notificada, fue recurrida en casación por su representación procesal, sentencia que ha sido casada y anulada por la anterior sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En los fundamentos de derecho cuarto y quinto de nuestra primera sentencia se han expuesto las razones por las cuales hemos estimado parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Ambrosio y la mercantil EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.SL., por lo que a lo que en ellos decimos nos remitimos y, en consecuencia, se deja sin efecto la condena penal por el delito de estafa por el que venía condenada desde la instancia dicha mercantil, no obstante lo cual se la condena como responsable civil subsidiaria al pago de la indemnización fijada en la sentencia recurrida. Asimismo, se deja sin efecto el particular relativo al pago de un tercio de las costas de dicha instancia impuesta a dicha mercantil, que se declaran de oficio.

FALLO

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

ABSOLVER libremente a la mercantil EL CAJÓN DE LA TELE OUTLET S.L. del delito de estafa por el que venía condenada en la sentencia de instancia, y condenarla, como responsable civil subsidiaria, al pago de la indemnización fijada en la sentencia recurrida.

Asimismo, deja sin efecto su condena al pago de un tercio de las costas de la instancia, que se declaran de oficio.

En lo demás, se mantiene la sentencia recurrida.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ