

**CASOS PRÁCTICOS
DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO
CON JURISPRUDENCIA**

Miguel D. Olmedo Cardenete

Ana Tárrago Ruiz

(Directores)

Josefa Muñoz Ruiz

(Coordinadora)

**CASOS PRÁCTICOS
DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO
CON JURISPRUDENCIA**

MIGUEL D. OLMEDO CARDENETE

*Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Granada*

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

*Prof^a de Derecho Penal
Universidad de Murcia*

SABINA M^a ALCARAZ ACOSTA

*Doctoranda en Derecho Penal
Universidad de Murcia
Jueza Sustituta de la Administración
de Justicia de la Región de Murcia*

ANA TÁRRAGO RUIZ

*Fiscal Jefe Provincial de Granada
Vocal del Consejo Fiscal*

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

*Doctoranda en Derecho Penal
Universidad de Granada*

ANTONIO PRADOS VALERO

*Doctorando en Derecho Penal
Universidad de Murcia
Letrado sustituto de la Administración
de Justicia*

 *Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes somos](http://www.dykinson.com/quienes-somos)

© Copyright by
Los Autores

Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 915 44 28 46 - (+34) 915 44 28 69
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-883-7
Depósito legal: M-31261-2016

Realización Gráfica:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
1. EL DELITO DE HURTO	15
1.1. Tipo básico (Art. 234)	15
1.1.1. Casos Prácticos	15
1.1.2. Jurisprudencia	16
1.2. Subtipo agravado (Art. 235)	23
1.2.1. Casos Prácticos	23
1.2.2. Jurisprudencia	26
1.3. Hurto de la posesión (Art. 236)	28
1.3.1. Casos Prácticos	28
1.3.2. Jurisprudencia	29
2. EL DELITO DE ROBO	31
2.1. El robo con fuerza en las cosas	31
2.1.1. Tipo básico (Arts. 237, 238, 239)	31
2.1.1.1. Casos Prácticos	31
2.1.1.2. Jurisprudencia	33
2.1.2. Subtipos agravados (Art. 240.2 y 241)	38
2.1.2.1. Casos Prácticos	38
2.1.2.2. Jurisprudencia	40
2.2. El robo con violencia o intimidación.	43
2.2.1. Tipo básico (Arts. 237 y 242.1)	43
2.2.1.1. Casos Prácticos	43
2.2.1.2. Jurisprudencia	45
2.2.2. Subtipos agravados (Art. 242.2 y 3)	52
2.2.2.1. Casos Prácticos	52
2.2.2.2. Jurisprudencia	55
2.2.3. Subtipo atenuado (Art. 242.4)	57
2.2.3.1. Casos Prácticos	57
2.2.3.2. Jurisprudencia	59
3. EL DELITO DE EXTORSIÓN (Art. 243)	65
3.1. Casos Prácticos	65
3.2. Jurisprudencia	68
4. EL DELITO DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS	74
4.1. Tipo básico (Art. 244.1)	74
4.1.1. Casos Prácticos	74
4.1.2. Jurisprudencia	75

4.2. Subtipos agravados (Art. 244.2 y 4)	77
4.2.1. Casos Prácticos	77
4.2.2. Jurisprudencia	79
5. EL DELITO DE USURPACIÓN	80
5.1. La ocupación (Art. 245)	80
5.1.1. Casos Prácticos	80
5.1.2. Jurisprudencia	82
5.2. La alteración de términos o lindes (Art. 246)	88
5.2.1. Casos Prácticos	88
5.2.2. Jurisprudencia	89
5.3. La distracción de aguas (Art. 247)	93
5.3.1. Casos Prácticos	93
5.3.2. Jurisprudencia	95
6. LAS DEFRAUDACIONES	98
6.1. El delito de estafa	98
6.1.1 Tipo básico (Art. 248)	98
6.1.1.1. Casos Prácticos	98
6.1.1.2. Jurisprudencia	100
6.1.2. Subtipo agravado (Art. 250)	118
6.1.2.1. Casos Prácticos	118
6.1.2.2. Jurisprudencia	126
6.1.3. El delito de estafa impropia (Art. 251)	132
6.1.3.1. Casos Prácticos	132
6.1.3.2. Jurisprudencia	134
6.2. El delito de administración desleal (Art. 252)	138
6.2.1. Casos Prácticos	138
6.2.2. Jurisprudencia	142
6.3. El delito de apropiación indebida	147
6.3.1. Tipo básico (Art. 253)	147
6.3.1.1. Casos Prácticos	147
6.3.1.2. Jurisprudencia	149
6.3.2. Otras formas de apropiación indebida (Art. 254)	155
6.3.2.1. Casos Prácticos	155
6.3.2.2. Jurisprudencia	157
6.4. El delito de defraudaciones de fluido eléctrico y análogas	161
6.4.1. Defraudación de energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos (Art. 255)	161
6.4.1.1. Casos Prácticos	161
6.4.1.2. Jurisprudencia	162
6.4.2. Uso de equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento de su titular (Art. 256)	166
6.4.2.1. Casos Prácticos	166
6.4.2.2. Jurisprudencia	167
7. FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN	170
7.1. Alzamiento de bienes (Art. 257)	170
7.1.1. Casos Prácticos	170
7.1.2. Jurisprudencia	178

7.2. Presentación de relación de bienes incompleta o mendaz en ejecución judicial o administrativa (Art. 258)	181
7.2.1. Casos Prácticos	181
7.2.2. Jurisprudencia	183
7.3. Uso indebido de bienes embargados constituidos en depósito (Art. 258 bis)	183
7.3.1. Casos Prácticos	183
7.3.2. Jurisprudencia	186
8. LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES	187
8.1. Concurso punible (Art. 259)	187
8.1.1. Casos Prácticos	187
8.1.2. Jurisprudencia	188
8.2. Subtipo agravado (Art. 259 bis)	192
8.2.1. Casos Prácticos	192
8.2.2. Jurisprudencia	193
8.3. Favorecimiento ilícito de acreedores (Art. 260)	193
8.3.1. Casos Prácticos	193
8.3.2. Jurisprudencia	195
8.4. Presentación en el procedimiento judicial de datos falsos relativos al estado contable (Art. 261)	196
8.4.1. Casos Prácticos	196
8.4.2. Jurisprudencia	197
9. LOS DELITOS DE DAÑOS	200
9.1. Tipo básico (Art. 263.1)	200
9.1.1. Casos Prácticos	200
9.1.2. Jurisprudencia	202
9.2. Subtipo agravado (Art. 263.2)	204
9.2.1. Casos Prácticos	204
9.2.2. Jurisprudencia	206
9.3. Supuestos específicos de daños (Arts. 264, 264 bis, 264 ter, 265 y 266)	207
9.3.1. Casos Prácticos	207
9.3.2. Jurisprudencia	212
9.4. El delito de daños imprudentes (Art. 267)	216
9.4.1. Casos Prácticos	216
9.4.2. Jurisprudencia	221
10. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	224
10.1. Tipo básico (Art. 270.1, 2, 3, 5 y 6)	224
10.1.1. Casos Prácticos	224
10.1.2. Jurisprudencia	230
10.2. Subtipo atenuado (Art. 270.4)	243
10.2.1. Casos Prácticos	243
10.2.2. Jurisprudencia	244
10.3. Subtipo agravado (Art. 271)	246
10.3.1. Casos Prácticos	246
10.3.2. Jurisprudencia	247

10.4. Responsabilidad civil (Art. 272)	250
10.4.1. Jurisprudencia	250
11. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	253
11.1. Patente, modelo de utilidad, procedimiento patentado y dibujo industrial artístico y topografía (Art. 273)	253
11.1.1 Casos Prácticos	253
11.1.2. Jurisprudencia	256
11.2. Signo distintivo y variedad vegetal protegida (Art. 274)	260
11.2.1. Casos Prácticos	260
11.2.2. Jurisprudencia	263
11.3. Denominación de origen o indicación geográfica representativa de calidad (Art. 275)	271
11.3.1. Casos Prácticos	271
11.3.2. Jurisprudencia	275
11.4. Subtipo agravado (Art. 276)	279
11.4.1. Casos Prácticos	279
11.4.2. Jurisprudencia	282
11.5. Divulgación de invención objeto de patente secreta (Art. 277)	286
11.5.1. Casos Prácticos	286
11.5.2. Jurisprudencia	287
12. DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES	288
12.1. El delito de descubrimiento de los secretos de empresa (Art. 278) ..	288
12.1.1. Casos Prácticos	288
12.1.2. Jurisprudencia	292
12.2. El delito de revelación de secretos de empresa (Art. 279)	294
12.2.1. Casos Prácticos	294
12.2.2. Jurisprudencia	298
12.3. El delito de revelación de secretos de empresa sin tomar parte en su descubrimiento (Art. 280)	301
12.3.1. Casos Prácticos	301
12.3.2. Jurisprudencia	303
12.4. El delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad (Art. 281)	304
12.4.1. Casos Prácticos	304
12.4.2. Jurisprudencia	305
12.5. El delito de publicidad engañosa (Art. 282)	306
12.5.1. Casos Prácticos	306
12.5.2. Jurisprudencia	316
12.6. El delito de estafa de inversores (Art. 282 bis)	325
12.6.1. Casos Prácticos.....	325
12.6.2. Jurisprudencia	328
12.7. El delito de facturación de cantidades superiores por productos o servicios cuyo coste o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos (Art. 283)	330
12.7.1. Casos Prácticos	330
12.7.2. Jurisprudencia	333

12.8. Subtipos agravados (Art. 284)	337
12.8.1. Casos Prácticos	337
12.8.2. Jurisprudencia	340
12.9. Abuso de información privilegiada en el mercado de valores o instrumentos negociados (Art. 285)	346
12.9.1. Casos Prácticos	346
12.9.2. Jurisprudencia	349
12.10. Vulneración de los sistemas de acceso a los servicios de radiodifusión o interactivos (Art. 286)	353
12.10.1. Casos Prácticos	353
12.10.2. Jurisprudencia	354
13. EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS	358
13.1. Corrupción en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (Art. 286 bis)	358
13.1.1. Casos Prácticos	358
13.1.2. Jurisprudencia	359
13.2. Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Art. 286 ter)	361
13.2.1. Casos Prácticos	361
13.2.2. Jurisprudencia	362
14. SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA A UTILIDAD SOCIAL O CULTURAL (Art. 289)	363
14.1. Casos Prácticos	363
14.2. Jurisprudencia	364
15. LOS DELITOS SOCIETARIOS	366
15.1. Falsificación de cuentas anuales u otros documentos dentro de la sociedad (Art. 290)	366
15.1.1. Casos Prácticos	366
15.1.2. Jurisprudencia	369
15.2. Prevalerse de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración para imponer acuerdos abusivos (Art. 291)	373
15.2.1. Casos Prácticos	373
15.2.2. Jurisprudencia	376
15.3. Imposición de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia (Art. 292)	377
15.3.1. Casos Prácticos	377
15.3.2. Jurisprudencia	380
15.4. Obstaculizar a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes (Art. 293)	381
15.4.1. Casos Prácticos	381
15.4.2. Jurisprudencia	384
15.5. Obstaculizar la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras (Art. 294)	386
15.5.1. Casos Prácticos	386
15.5.2. Jurisprudencia	387

15.6. Perseguibilidad de los delitos societarios (Art. 296)	387
15.6.1. Jurisprudencia	387
16. LOS DELITOS DE RECEPCIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS ...	390
16.1. El delito de recepción	390
16.1.1. Tipo básico (Art. 298.1)	390
16.1.1.1. Casos Prácticos	390
16.1.1.2. Jurisprudencia	393
16.1.2. Agravaciones específicas (Art. 298.1. a), b) y c))	399
16.1.2.1. Casos Prácticos	399
16.1.2.2. Jurisprudencia	404
16.1.3. Subtipo agravado: uso de establecimiento o local (Art. 298.2) ..	406
16.1.3.1. Casos Prácticos	406
16.1.3.2. Jurisprudencia	408
16.2. Disposición común: aplicabilidad de las disposiciones del capítulo (Art. 300)	410
16.2.1. Casos Prácticos	410
16.2.2. Jurisprudencia	411
16.3. El delito de blanqueo de capitales	415
16.3.1. Tipo básico (Art. 301.1 y 2)	415
16.3.1.1. Casos Prácticos	415
16.3.1.2. Jurisprudencia	418
16.3.2. Agravaciones específicas (Art. 301.1 párrafos 2º y 3º)	429
16.3.2.1. Casos Prácticos	429
16.3.2.2. Jurisprudencia	432
16.3.3. Subtipo atenuado: imprudencia grave (Art. 301.3)	436
16.3.3.1. Casos Prácticos	436
16.3.3.2. Jurisprudencia	438
16.3.4. Subtipo agravado: pertenencia a organización delictiva dedi- cada a esos fines (Art. 302)	443
16.3.4.1. Casos Prácticos	443
16.3.4.2. Jurisprudencia	445
16.4. Subtipo agravado: Empresarios, facultativos, funcionarios, trabaja- dores sociales o docentes (Art. 303)	449
16.4.1. Casos Prácticos	449
16.4.2. Jurisprudencia	455

PRESENTACIÓN DE LIBRO

Es muy grato realizar la presentación de este excelente trabajo dirigido a explicar, apoyándose en supuestos prácticos, la naturaleza de los delitos económicos y cuál ha sido su desarrollo en el ámbito de su persecución.

La presente obra, a cargo de un escogido equipo de profesionales, responde a la confianza en que el material presentado sirva de ayuda a quienes demuestren interés en el tema, avanzando en la comprensión de este tipo de delitos.

El estudio ofrece la oportunidad de reflexionar, desde la teoría y la práctica, sobre las dificultades que entraña una materia tan importante en el derecho penal, con el objetivo último de mejorar sus niveles de aplicación. Asimismo el material contiene una selección de varias sentencias realizadas en el marco del enjuiciamiento de los casos de delitos económicos, con un gran esfuerzo de selección interpretativa.

Este libro también nace con la idea de facilitar, a los estudiosos de Derecho Penal, el aprendizaje de los delitos económicos.

Para ello han sido elegidos, entre los numerosos materiales utilizados, diversos casos prácticos, confiando en que puedan servir de ayuda a quienes aspiran a hacer del Derecho una interpretación rigurosa de las normas penales.

Estos casos, también han sido seleccionados para hacer del estudio de los delitos económicos un trabajo personal y colectivo de interpretación de la ley, argumentación y defensa de posiciones justas.

Se alcanza un conocimiento profundo de las distintas modalidades delictivas en materia económica, ya que se analizan de forma individualizada cada una de ellas y adaptadas a la última reforma del código penal operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre del código penal.

El documento que se propone, es sólo un posible modelo, que puede servir a nivel docente para el conocimiento de los delitos económicos, y que se adapta al planteamiento práctico que consiste en abordar las cuestiones a través de los problemas, para así interesar e involucrar, en la reflexión y en la propuestas de soluciones, en las que deberán emplearse los instrumentos propios de la argumentación jurídica.

La intención que subyace en la redacción de este libro es la comprensión del proceso a seguir en la argumentación de los casos prácticos. Lo que interesa que saquen en claro sus lectores es, en definitiva, como se construye el proceso de argumentación y consecuentemente, como deben de plasmarse por escrito las reflexiones jurídicas de nuestra jurisprudencia.

En conclusión, en el sistema empleado por sus autores, se presentan, de forma clara y práctica, los aspectos fundamentales de cada precepto penal, combinando la teoría y la práctica, gracias a la inclusión, por parte de los autores, de la jurisprudencia aplicable al supuesto práctico, incluyendo sus consideraciones teóricas y doctrinales. Por todo ello, tenemos el convencimiento de que el texto será un elemento de indudable ayuda a las personas que tengan interés en el ámbito de estos delitos y en el conocimiento de la materia tratada.

Los tipos penales aparecen configurados de forma muy amplia, comprendiendo cualquier clase de actividad dirigida al encubrimiento del origen ilícito de los bienes, así como la sustracción, adquisición, utilización o transmisión de esos bienes. Debemos recordar que el delito económico se refiere a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida económica.

La reflexión desde el Derecho penal sobre las conductas que más gravemente perjudican al orden económico, aparece hoy como un imperativo a afrontar por los penalistas.

Los autores de este libro resuelven este reto, y lo hacen reflejando su compromiso personal y su elevado grado de formación.

Granada, marzo de 2016

Ana Tárrago Ruiz
Fiscal Jefe Provincial de Granada y Vocal del Consejo Fiscal

1.

EL DELITO DE HURTO

1.1 Tipo básico (Art. 234)¹

1.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 1

En la madrugada del 23 de agosto de 2013, el acusado Pedro C.P., mayor de edad y sin antecedentes penales, con ánimo de ilícito enriquecimiento, y tras haber estado bebiendo con el denunciante Domingo J. E., tanto en la calle como en el domicilio de éste último, sito en la Calle 000, núm.001, de Zaragoza, aprovechó que Domingo J.E. se quedó dormido, y sin emplear fuerza en las cosas ni violencia en las personas se apoderó de varios efectos propiedad del Sr. J. E, valorados en 1200 euros.

CASO N.º 2

Sobre las 10:00 horas del día 11 de junio de 2012 el acusado, Gregorio G.G., mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 26 de noviembre de 2008, por un delito de robo con fuerza en las cosas, se acercó al camión con matrícula 0001, propiedad de la empresa Janer S.L., que se encontraba estacionado en la Plaza de España de la localidad de «La Rábita» (Granada). Guiado por la intención de enriquecerse ilícitamente y aprovechando el acusado que el camión se encontraba abierto, Gregorio G.G. accedió al vehículo y se llevó del mismo una máquina ingletadora marca «Vitux», propiedad de la referida mercantil y que ha sido tasada pericialmente en la cantidad de setecientos siete (707) euros.

Poco después, Gregorio G.G. resultó detenido por agentes de la Policía Local, siéndole intervenida la máquina sustraída que posteriormente le ha sido devuelta a su propietario.

CASO N.º 3

El día 15 de junio de 2009 Vidal contrató con Predivi S.L. a la que representaba el acusado Julio, la fabricación y montaje de placas de hormigón pretensado para el cerramiento de la nave industrial propiedad de Elías, ubicada en Quintanar de la Orden, Camino del Corral Viejo, polígono 1, parcela 12.

¹ El artículo 234, aunque mantiene la misma definición del tipo básico, ha sido sustancialmente modificado por la LO 1/2015: ha introducido un número 2 en el que se mantiene el límite cuantitativo de 400 euros para una clara delimitación entre el delito leve de hurto y el tipo básico; y número 3, que determina la aplicación de las penas de los apartados anteriores en su mitad superior en caso de neutralización, eliminación e inutilización de dispositivos de alarma de seguridad instalados en las cosas sustraídas.

Unos días después Vidal colocó las vallas de hormigón en la nave industrial referida, para lo cual se insertan machihembradas entre barras metálicas verticales sobre una base de nivelación y se sellan con silicona las rendijas para que no entre el agua.

Dado que Vidal no pagó a Julio el importe del material adquirido, éste se dirigió a la nave propiedad de Elías, durante la mañana del día 18 de junio de 2010, y provisto de una grúa fue recuperando una a una cada placa de hormigón para así resarcirse de la deuda que con él mantenía Vidal.

CASO N.º 4

El día 26 de agosto de 2011, aproximadamente sobre las 00:15 horas, Virgilio, nacido el 000 de 1987 en Rumanía, con documento rumano núm.001, mayor de edad y sin antecedentes penales accedió al interior del recinto del Punto Limpio sito en la Calle Cidro de Madrid, cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento de Madrid, donde se apoderó de diferentes efectos, en concreto, un video grabador, que llevaba en un carro, siendo sorprendido por agentes de la Policía Nacional cuando permanecía en el interior del recinto.

El punto Limpio se encontraba rodeado de una valla en todo su perímetro, pero presentaba un agujero de 1,5 metros junto al que se encontraba el carro de Virgilio.

Los objetos fueron recuperados sin desperfectos y fueron tasados en 13,50 euros.

Los daños causados en la valla por el mencionado agujero se han tasado en 50 euros.

CASO N.º 5

Sobre las 4 horas del día 9 de marzo de 2010, José Manuel y Pablo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, encontrándose en el ejercicio de sus funciones como agentes de la Policía Local núm. 010 y núm.011, respectivamente, y comisionados por sus superiores, acudieron al establecimiento comercial «Vodafone», sito en el Passatge San Sebastià n.º 66, puerta A de la localidad de Palafrugell, al haberse recibido el aviso de que la puerta de dicho establecimiento estaba abierta. Como la puerta presentaba signos de haber sido violentada y no funcionaba el sistema de alarma debido a la ausencia de luz en toda la población como consecuencia de la gran nevada que había caído, los agentes recibieron la orden de trasladar a las dependencias policiales el material y efectos que se encontraban en la tienda.

Antes de proceder al traslado de los teléfonos a las dependencias policiales, y sin que conste que fuera después de recibir la orden de que procedieran a su recogida, los acusados, actuando de común acuerdo y con la intención de beneficiarse, aprovechando que se encontraban en el establecimiento en su condición de policías y que, por ese motivo, nadie podría impedirselo, cogieron, haciéndolos suyos, los siguientes teléfonos móviles: Teléfono móvil marca Nokia modelo 85, con IMEI núm.012, valorado en 269 euros; Teléfono móvil marca Nokia, modelo 85, con IMEI núm.013, valorado en 269 euros; Teléfono móvil marca Black Berry, modelo Curve 8520 Gemini, con IMEI núm.014, valorado en 199 euros; Teléfono móvil, marca Black Berry, modelo Curve 8520 Gemini, con IMEI núm.015, valorado en 199 euros.

1.1.2. *Jurisprudencia*

«(...) debe analizarse si en el delito de hurto (*artículo 234 del Código Penal*) la valoración del bien, en la medida que es necesaria para discriminar el delito de la falta o para

concretar el subtipo agravado del *artículo 235.2* del Código Penal, integra el tipo penal. (...) el tipo penal es la descripción del conjunto de los elementos que dan como resultado el delito. En el presente caso la definición clásica de hurto contenida en el tipo penal del *artículo 234* del Código Penal colma las exigencias propias del principio de legalidad y contiene los elementos básicos de la conducta punible al describir de forma estereotipada y general los elementos configuradores del delito tales como «apoderamiento (tomar) de cosa ajena sin la voluntad del dueño en cuantía superior a 400 euros».

El tipo no tiene que describir necesariamente cómo ha de hacerse esa valoración y desde siempre, sin que ello suponga lesión del principio de legalidad, ha sido la jurisprudencia la que ha determinado la forma de valoración. Piénsese, a título de ejemplo, en las discusiones doctrinales sobre si el valor debía ser el intrínseco de la cosa o el de afección o (en décimos de lotería) si el valor de los décimos debía ser el de compra o el correspondiente al premio que pudiera haberse obtenido.(...) muchos tipos penales contienen elementos valorativos y normativos y es frecuente la remisión a otras normas del ordenamiento para complementar la norma penal que puede limitarse a definir en algunos casos el núcleo básico del tipo. En el propio hurto ha de acudir a normas extrapenales para caracterizar el concepto de bien mueble o de ajenidad del bien. Por tanto, el *artículo 365* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe entenderse como una norma complementaria del tipo, en un aspecto accesorio que regula la forma de valoración del bien en un supuesto muy concreto, esto es, la sustracción de bienes en establecimientos comerciales. La norma extrapenal es precisa, fácilmente determinable y tiene como finalidad valorar la sustracción de acuerdo con el beneficio que hubiere obtenido el autor caso de lograr su propósito, simplificando el criterio de valoración y dotándolo de certeza.

En algunas resoluciones judiciales se afirma si la citada norma se entiende como una regla especial de valoración de la prueba tampoco se ajustaría a los parámetros de constitucionalidad vigentes, dado que en nuestro sistema rige el principio de valoración libre. Frente a tal argumento cabe oponer que la libre valoración de la prueba conlleva que el Juzgador analiza y valora en su conjunto toda la prueba practicada con arreglo a criterios no tasados, y que eso no impide que algunos elementos de prueba, aisladamente considerados, se valoren con arreglo a criterios tasados legalmente y piénsese, a título enunciativo, en el valor probatorio de los documentos públicos.

También se ha afirmado que el *artículo 365* comentado no debe ser objeto de una interpretación meramente literal. Se sostiene que el precepto utiliza la expresión «se fijará atendiendo a su precio de venta al público» y «atender» no es sino «tener en cuenta o en consideración algo» por lo que el valor de venta al público podría estimarse como valor de referencia que admite modulaciones y precisiones y en tal contexto cabe plantearse, por ejemplo, si debe incluirse o no el IVA del producto. A nuestro juicio, el tenor literal de la norma es claro y no admite matizaciones por lo que el valor ha de fijarse necesariamente tomando como referencia exclusiva el precio de venta.

De todo lo expuesto y a modo de resumen cabe concluir que el *artículo 365* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una norma de contenido eminentemente procesal en cuanto tiende a establecer un criterio rígido en la valoración de la sustracción de mercancías en establecimientos comerciales y de ahí su ubicación sistemática en la ley procesal. Ciertamente la norma complementa también el tipo de hurto en un supuesto muy concreto estableciendo un elemento normativo y, por tal razón, no es imprescindible que tenga el rango de ley orgánica» (SAP de Madrid 342/2015, de 8 de mayo [JUR 2015\150678]).

* * *

«La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que el que los objetos sustraídos sean de ilícito comercio no impide la calificación de los hechos como robo. Así, la STS 45/2011 [RJ 2011\1942] afirma que «El que las cosas sustraídas sean de ilícito comercio (...) no impide considerar vulnerado el bien jurídico protegido por el tipo que es la propiedad. En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que son ajenas las cosas extra commercium como ocurre con las drogas, sin que haya que ceñir el concepto legal a las cosas de lícito comercio, que los objetos de comercio o tráfico intervenido por una reglamentación legal que los excluya del comercio normal, como ocurre con las drogas o estupefacientes, pueden ser objeto de un delito de hurto y robo, aunque su tenedor lo sea ilegalmente o contrario a la norma legal, en cuanto que es materia susceptible de propiedad, y ello implica el carácter ajeno que tiene para el sujeto activo de la infracción».

En el delito de robo, además de los restantes elementos que describe el artículo 237 del Código Penal, exige que las cosas que entran en el apoderamiento sean muebles ajenas, independientemente de que la titularidad dominical del que las posea esté afectada de vicio de ilegitimidad por la adquisición susceptible de impugnarse o no estar protegida por el ordenamiento jurídico la ilicitud, como ocurre en todas aquellas en que su tráfico es ilícito, por ser géneros estancados o sometidos su transmisibilidad a requisitos de la Ley. STS 912/2010 [RJ 2010\7835]» (STS 456/2012, de 7 de junio [RJ 2012\7516]).

* * *

«(...) el ánimo de lucro consiste en la intención o voluntad de obtener ganancia, provecho o utilidad de una cosa, o lo que es igual, la intención de obtener una ventaja patrimonial directa como consecuencia del apoderamiento de las cosas muebles de propiedad ajena como correlato del perjuicio causado a su propietario.

En este sentido, (...) el Tribunal Supremo que «la noción de ánimo de lucro ha sido ya aclarada en la Jurisprudencia de esta Sala (entre las precedentes ya antiguas SSTS de 9-2-1981; 19-10-1981; 21-10-1981; 28-9-1982; 12-2-1985; 20-6-1985; 29-1-1986). De acuerdo con estos precedentes, el delito de robo lo mismo que el de hurto, son delitos estructurados sobre una acción contra la propiedad, de apropiación de cosas y, consecuentemente, no pueden ser considerados como delitos de enriquecimiento. Entre ellos, por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el «ánimus rem sibi habendi», es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ánimo de dominio.

En cuanto a la prueba de su existencia en el caso concreto, la jurisprudencia más antigua entendía que el ánimo de lucro se presumía siempre por el hecho de tomar las cosas muebles ajenas, al estimar que concurre implícitamente en el apoderamiento. Sin embargo, actualmente la jurisprudencia recuerda que dicha doctrina vulnera la presunción sin prueba de cargo que provoca la inversión de la carga de la prueba, pues exige a la defensa del acusado la acreditación por medio de prueba directa, es preciso que se concurrencia se infiera de indicios racionales basados en las circunstancias objetivas de la sustracción.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo, declara que «...no resulta ocioso recordar que es doctrina reiterada de esta Sala que en los delitos patrimoniales el ánimo de lucro es inferible, como cualquier hecho psicológico, en función de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores y no es necesaria su inserción en los hechos probados (SSTS 1036/94, de 18-5; 36/2002, de 25-1), al incluirse en el iudicium de la sentencia y no en el «factum», su discusión afecta el ámbito de la calificación jurídica y no al de presunción de inocencia, pues es una cuestión de derecho y no de hecho (STS 104/2000, de 4-2, debiéndose examinar la concurrencia de ese ánimo de lucro).

Numerosas sentencias de nuestras audiencias al examinar el ánimo de lucro lo conciben como cualquier ventaja, utilidad, beneficio o satisfacción, incluso los meramente contemplativos que se proponga el agente —STS de 30 de mayo de 1980 y 10 de marzo de 1981—; ánimo que se presume que concurre en el simple apoderamiento de una cosa con valor económico apreciable —STS de 3 de marzo de 1973—; salvo que se pruebe la concurrencia de otra intención que lo excluya —STS de 20 de octubre de 1979— como hacerse pago con cosa del deudor»(SAP de Toledo 98/2015, de 24 de septiembre [JUR 2015\245742]).

* * *

«Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de hurto porque no concurre el ánimo de lucro, en sentido estricto, que caracteriza este tipo de infracción. (...) La corriente marcada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo es clara y contundente cuando afirma (Sentencia 3-2-1981[RJ 1981\478] y Sentencia 21-3-1991 [RJ 1991\2331]) que el ánimo de hacerse pago excluye el ánimo de lucro y, por tanto, el posible delito contra la propiedad. El juzgador «a quo» examina la posibilidad de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de realización arbitraria del propio derecho; pero descarta esta hipótesis con fundamento, aparte de en la ausencia de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, en que los efectos apoderados no pertenecían a la exclusiva titularidad del deudor (...)» (SAP de Huesca de 16 de mayo de 2000 [ARP 2000\2112]).

* * *

«Efectivamente, la conducta descrita en el escrito de acusación y en los hechos probados se incardina en el art. 253 del Código Penal, que sanciona al que se apropia con ánimo de lucro de una cosa perdida o de dueño desconocido. El acusado no sustrajo, en los términos del art. 234 CP, un objeto que poseía el denunciante (por ejemplo, al descuido). Se dio cuenta de que el testigo olvidaba dicho objeto, que pasaba a la condición de cosa perdida y, en lugar de advertir al perjudicado o informar lo más pronto posible a sus superiores de lo sucedido, resolvió quedarse con el contenido de la funda, que era la cantidad de efectivo antes mencionada. Esta infracción ya existía en el Código Penal de 1973 como hurto; en todo caso se trataba de un infracción diferenciada y más levemente penada que el delito de hurto por cuanto el agente no despliega similar energía criminal; razón por la que la sanción penal asociada es de multa. Actualmente estos comportamientos se regulan en el ámbito de la apropiación indebida, como un tipo especial, pues tampoco la conducta es equivalente a la sancionada en el art. 252 CP: el agente no ha recibido directamente del perjudicado un bien mueble a título de depósito, comisión, administración u otro semejante, sino que se lo ha encontrado y no lo devuelve a su conocido o desconocido dueño.

La conducta que se reprocha en este tipo penal no se centra en el «hallazgo» sino en «la no devolución de la cosa perdida hallada», como en este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5.^a, en sentencia de fecha 28 de febrero de 2011, n.º 228/2011 (JUR 2011, 181117), rec. 5/2011. Pte: Assalit Vives, José María, indicando: «el art. 253 del propio Código penal castiga penalmente a los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido.

La conducta reprochada penalmente no es el hallazgo sino la conducta consistente en no devolver la cosa perdida hallada, haciéndola definitivamente suya. El artículo 253 del vigente Código Penal castiga por lo tanto el comportamiento consistente, no sólo en tomar algo ajeno hallado (que por sí mismo no supone una posesión ilícita),

sino en no devolverlo o entregarlo en el Ayuntamiento tras haberlo encontrado, tal como establece el artículo 615 del Código Civil (LA LEY 1/1889). De ahí que la conducta tipificada en el artículo 253 se incardine en la Sección 20 del Capítulo Sexto bajo la rúbrica de la apropiación indebida, conjuntamente con la apropiación indebida llamada por la doctrina propia del artículo 252 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), ya que en ambos casos la inicial posesión no es ilícita, como lo es en el hurto o en el robo. El TS ha declarado que la cosa debe reputarse pérdida cuando por su naturaleza u ostensible valor, no sea creíble que hubiere sido abandonada por su dueño» (SAP de Madrid 914/2014, de 5 de diciembre [ARP 2014\1696]).

* * *

«En *sentencia de esta Sección Tercera núm. 318/09 de 5 de junio de 2009 (JUR 2009, 420610)* expusimos «...no se puede identificar el ánimo de lucro con el ánimo de usar una cosa». Basta con reproducir lo dicho por el *Tribunal Supremo en sentencia de 22 febrero de 2000 (RJ 2000, 1056)* que señala «... El ánimo de lucro es la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena. Constituye un elemento esencial en los delitos contra el patrimonio que nos permite deslindar las figuras típicas de apoderamiento previstas en el Código Penal de otras sustracciones con finalidad distinta. Supone en definitiva, la intención de «tomar la cosa como propia», pudiendo respecto a ella, ejercitar las facultades que son características del propietario».

Desde la anterior concepción podemos distinguir los elementos que caracterizan el ánimo de lucro. De una parte, que el sujeto persiga una ventaja patrimonial con la incorporación a su dominio de una cosa mueble. De otra, que la incorpore a su patrimonio como propia, esto es, que se convierta en propietario de la misma. El primer elemento se rellena no sólo a través de la incorporación al patrimonio también concurrir cuando se realiza con el bien adquirido actos de liberalidad, etc., pues, indudablemente, suponen una ventaja patrimonial. El segundo elemento señalado, ánimo de tener la cosa como propia, permite distinguir en la acción sustractiva el ánimo de apropiación del ánimo de usar una cosa mueble ajena.

El ánimo de usar una cosa mueble ajena es atípico, salvo que exista una tipicidad concreta como ocurre en el *art. 244* del Código Penal con relación a los vehículos a motor. Así resulta de la propia descripción del robo, *art. 237* del Código Penal, que señala como típica la conducta de quien con ánimo de lucro se apodera de una cosa mueble ajena. El término apoderar, como con acierto recoge el Ministerio Fiscal del Diccionario de la Academia de la Lengua, supone «hacerse uno dueño de una cosa». La otra acepción que se emplea «poner en poder de alguno una cosa», que permitiría declarar la tipicidad del hurto o del robo de uso, además de una ampliación de los supuestos del robo y hurto encaja mal con la previsión del legislador que ha previsto su tipicidad sólo para los vehículos a motor. Por otra parte, el delito de robo, y el de hurto, son delitos de apropiación, no de enriquecimiento, y requieren una incorporación al patrimonio propio del bien mueble desde cuya situación se obtienen ventajas patrimoniales».

La anterior doctrina es perfectamente aplicable al supuesto de autos donde según la Juzgadora de instancia lo que consta acreditado no es la intención del menor de incorporar a su patrimonio la bicicleta, sino un ánimo de usarla de forma temporal que sería atípico por cuanto no aparece previsto como conducta típica.» (SAP de Sevilla 317/2012, de 25 de junio [JUR 2012\303296]).

* * *

«Sobre esta cuestión esta Sección desde la resolución dictada el 23 de noviembre de 2011, RAA 509/2011 (PROV 2012, 175223), viene considerando que la ausencia de la nota de ajenidad en los objetos depositados en el Garbigune impide la tipificación del hecho como un delito de hurto o robo, sin perjuicio de la posible comisión de otros tipos penales en su casos. Dijimos entonces que «... los propietarios que entregan sus propiedades muebles en los Garbigune —o que los dejan en los lugares adecuados para su reciclaje— realizan auténticos actos de abandono de la propiedad, convirtiéndolos en *res derelictae*. Se produce en estos casos un abandono del objeto en condiciones especiales, aquellas que hacen posible el aprovechamiento de los elementos reciclables, o peligrosos, o que precisan de un tratamiento ulterior una vez usados. El abandono así producido, no lo sustituye una ocupación hábil para adquirir la propiedad ni lo pretende el sistema de gestión de los residuos. El gestor del reciclaje no adquiere la propiedad, sino una autorización administrativa para dar a los objetos el destino administrativo autorizado.

(...) los Garbigune o Punto Limpio, son instalaciones de recogida selectiva de residuos domésticos, puestos a disposición de los ciudadanos para que depositen aquellos materiales que, siendo susceptibles de ser reutilizados, reciclados o valorizados, han dejado para ellos de tener valor económico, dejándolos allí directamente o por cauce de los sistemas públicos de recogida de basuras para que se les dé el destino o tratamiento que corresponda del que en todo caso se desentiende por resultarles indiferente, lo que no ocurre, en cambio, con supuestos de depósito para donación o con fines de beneficencia concretos, no siendo por ellos equiparables los efectos derivados de los actos de apoderamiento sobre éstos con los que recaen sobre residuos o basuras. Por lo expuesto, los efectos almacenados en dichos Centros de recogida selectiva no pueden tener otra consideración que la de bienes abandonados —*res derelictae*— no pudiendo configurar su apoderamiento por parte de terceros el elemento objetivo de un delito de hurto o robo sin perjuicio de que la conducta desplegada para llevarlo a cabo pueda constituir una infracción administrativa o incluso penal conforme a otros artículos o disposiciones aplicables.

No habiendo sido en el presente caso objeto de acusación más que un delito de robo con fuerza no puede apreciarse concurrente por atipicidad de la conducta recogida en el relato de los hechos probados de la sentencia al recaer el acto de apoderamiento intentado sobre bienes abandonados» (SAP de Vizcaya 90584/2013, de 26 de octubre [JUR 2013\153520]).

* * *

«Una pacífica y constante doctrina jurisprudencial, reiterada, entre las sentencias más recientes de esta Sala, en la núm. 823/1999, de 27 de mayo (RJ 1999, 5261), la núm. 1184/1998 de 8 de octubre (RJ 1998, 6976) o la núm. 441/1999, de 23 de marzo (RJ 1999, 1847), declara que: «En el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada —ahora tentativa acabada— se trata, se ha optado por la racional postura de la «*illatio*», que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —«*contrectatio*»—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —«*ablatio*»—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo «apoderar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse

alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad —facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir— de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (sentencias de 20 [RJ 1978, 2448] y 26 de junio de 1978 [RJ 1978, 2654], 19 de enero de 1979 [RJ 1979, 123], 7 de marzo de 1980, 28 de septiembre de 1982, 7 de febrero y 10 de octubre de 1983, 16 de enero de 1984, 30 de abril, 4 de julio, 7 y 31 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5596], 31 de marzo de 1987 [RJ 1987, 2249], 3 de febrero [RJ 1988, 848] y 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1989, 9 de mayo y 1 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1994 [RJ 1994, 671], 10 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7262), 16 de marzo de 1998 [RJ 1998, 2425]).

No siendo de necesidad que se alcance el fin último pretendido por el delincuente, que ilumina y preside toda su dinámica actuacional, fase de agotamiento material no confundible, por su posterior alineación cronológica, con el instante perfectivo o de consumación del delito, estadio ulterior, muchas veces prolongado en el tiempo, al que no quieren referirse las normas penales al momento de definir el tipo. Radicando en ello el sentir jurisprudencial proclive a reconocer en los delitos de robo y hurto una consumación anticipada, haciendo innecesaria para su perfección el logro del lucro o fin de aprovechamiento, radicando el tránsito de la tentativa acabada a la consumación en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición —que supondría la entrada en fase de agotamiento—, como ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre ella» (STS 1150/2003, de 19 de septiembre [RJ 2003\6309]).

* * *

«(...) el arrancamiento de una reja con el fin de aprovechar su utilidad o su valor intrínseco, y no con el propósito de acceder a la edificación en cuya pared está enclavada, debe ser considerado hurto y no robo, pues, como establece el artículo 237 del Código Penal —en lo que aquí interesa—, el robo consiste en apoderarse de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran, siendo una modalidad del mismo el rompimiento de pared, techo o suelo, o la fractura de puerta o ventana, pero claro está, para acceder al espacio protegido por tales elementos (cfr. SSTS. 35/2004, de 22 de enero, y 586/1999, de 15 de abril. En ésta última se dice expresamente que la fuerza ha de emplearse con carácter previo a la sustracción, para acceder a la cosa, por los que los casos de arranque o corte no se integran en el concepto típico de fuerza, porque es una fuerza empleada sobre la cosa, y no una fuerza instrumental). La propia sentencia recurrida admite este criterio de manera inadvertida, cuando razona que «la fuerza locativa ha de ejercerse para acceder al lugar donde se encuentra la cosa, por lo que se denomina vis ad rem, de modo que no es relevante para la calificación del delito la vis in re o fuerza que se ejerce sobre la cosa misma objeto de sustracción»(SAP de Granada 623/2014, de 31 octubre [JUR 2015\84160]).

* * *

«La STS 618/2010 [RJ 2010,7163], citada por la reciente STS 412/2013 [RJ 2013,4412], recordaba, con cita de otras resoluciones que «...la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art.268 del vigente CP, equivalente al art.564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por razón de fuertes lazos de sangre...». Esta Sala, en acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 1 de marzo de 2005, acordó que «a los efectos del art.268 CP, las relacio-

nes estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial». Esta doctrina es aplicada en al STS n.º91/2005 [RJ 2005,4378], en la que se argumentaba que «Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código Penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad puede dar lugar la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre un situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito».

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, como se dice en la STS 42/2006, de 27 de enero [RJ 2006,4603] existe incluso «la posibilidad de aplicación de oficio de la mencionada excusa absolutoria».

No obstante, en cuanto a la responsabilidad civil, reiterando los argumentos contenidos en el STS 618/2010 [RJ 2010,7163] y en la STS 412/2013 [RJ 2013,4412], antes mencionadas, y en las que en ellas se citan, el Tribunal entiende que no existen razones para suprimir el pronunciamiento sobre ese extremo, toda vez que en esta causa se han practicado todas las pruebas necesarias para la acreditación de los hechos de los que tal responsabilidad surge, habiéndose podido defender adecuadamente el acusado de la pretensión indemnizatoria. Como se decía en la STS 618/2010 [RJ 2010, 7163], no faltan sentencias en esta Sala, (STS 719/1992, de 6 de abril [RJ 1992,2769], o STS 198/2007, de 5 de marzo [RJ 2007,1541]), «que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el Tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados aunque luego aplique la excusa para acordar la absolución del acusado», debiendo tenerse en cuenta «...la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados»(STS 445/2013, de 28 de junio [RJ 2013\5570]).

1.2. Subtipo agravado (Art. 235)²

1.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 6

El acusado Luis Andrés, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, funcionario de la Delegación Territorial de Cultura de la Junta de Castilla y León y

² Tras la LO 1/2015 se amplía el repertorio de agravantes específicas del hurto, también aplicables al delito de robo con fuerza en las cosas, se incluyen los supuestos de aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, multirreincidencia delictiva, utilización de menores de dieciséis años y comisión del delito por miembro de una organización o grupo criminal, dedicados a la comisión de delitos de la misma naturaleza. Igualmente, se da respuesta a los delitos cometidos en explotaciones agrícolas o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares, a las sustracciones de cable de cobre de redes de servicio público o interés general y aquellos casos en que el hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o telecomunicaciones o a conducciones o infraestructuras de hidrocarburos.

destinado en el Archivo Histórico Provincial de León, sito en la Plaza Puerta de Castillo s/n de esta ciudad, desde tiempo indeterminado, en ocasiones sucesivas, al menos desde junio de 2001 hasta el mes de enero de 2002, aprovechando el fácil acceso a las instalaciones del citado archivo y su conocimiento del edificio y de los efectos en él existentes por su puesto laboral, se apropió de numerosa documentación y libros depositados en dicho organismo, entre los que existían numerosas obras de notable valor histórico y cultural con un valor económico incalculable. Entre estos como obras más valiosas por ser piezas únicas y que se hallaban en la sala denominada «El Cubo de los Notarios» a las que fueron trasladadas mientras se realizaban obras de remodelación del edificio en los últimos meses del año 2001, se encontraban:

- El libro «confirmación de Privilegios de Colinas del Campo», propiedad de la Junta Vecinal de Colinas del Campo de Martín Moro, que fue entregado al Archivo en depósito para su restauración en mayo de 1992, no recuperado.
- Un fascimil del libro «La Biblia de San Isidoro», propiedad del Estado, que tampoco ha sido recuperado.

De la misma manera aprovechándose de su condición de archivero, se ponía en contacto con numerosas instituciones públicas y privadas, religiosas o con particulares, ocasiones que aprovechaba para apropiarse de documentos y libros con fines lucrativos.

Practicadas dos entradas y registros debidamente autorizados en sendos inmuebles titularidad del acusado sito en: Calle000 núm.000 de León y Calle001, núm.001 de la localidad de Villomar (León) los días 4 y 5 de febrero y 19 del mismo mes del año 2002, se incautó copiosísima documentación (parte de la sustraída) consistente en libros, expedientes archivos notariales, pergaminos, ficheros, documentos eclesiásticos, etc., que han sido entregados provisionalmente a los titulares que han sido identificados.

CASO N.º 7

Los acusados Ignacio, Rodolfo y Ángel Daniel, mayores de edad y sin antecedentes penales, y el acusado Leandro, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 24.4.2009 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Murcia, cómo autor de un delito de robo con fuerza a la pena de dos años de prisión, puestos de común acuerdo y guiados por un ánimo de ilícito enriquecimiento, procedieron, en las primeras horas del día 9 de agosto de 2010, a apoderarse de entre ciento cincuenta y doscientos metros de cable conductor de cobre del tendido de las líneas telefónicas que discurren en paralelo a la carretera BV3008, en concreto a la altura del pk 18 de dicha vía, termino municipal de Fonlosa, propiedad de Telefónica, ocasionando que más de cien usuarios de dicha compañía se quedaran sin suministro de telecomunicaciones, con grave quebranto para los mismos y para la perjudicada que debió hacer frente al restablecimiento de la línea como de los perjuicios materiales y económicos ocasionados.

Una vez tuvieron los acusados dicho cable en su poder lo depositaron en el vehículo Volkswagen Bora matrícula....NNN donde a las 9:00 horas fueron interceptados por una dotación de los Mossos d'Esquadra a la altura del peaje de Sant Vicenc de Castellet de la C-16, habiendo procedido previamente y una vez que avistaron a la fuerza policial a detener el vehículo en el arcén y desprenderse del cable que transportaban arrojándolo al bosque, maniobra vista por la fuerza policial actuante, quienes constataron que el aspecto físico de tres de los acusados —excepto el conductor— se correspondía con el de personas que recientemente habían estado en el bosque, al mostrar suciedad y restos de tierra y hierbas en sus ropas.

El metro de cobre ha sido tasado en tres euros, y los daños totales causados a Telefónica no han podido ser tasados atendida la urgencia de las presentes actuaciones, si bien dicha entidad reclama por dichos daños.

CASO N.º 8

El día 2 de marzo de 2009, César G., con DNI n.º 000, mayor de edad, hijo de Isaac e Inocencia, sin antecedentes penales a la fecha de los hechos, que, en condición de administrador de las mercantiles Nuevo Campo S.L y Sociedad de Servicios Agrícolas Carlos Peña S.L, alquiló a la entidad «Compo Agricultura S.L» una nave almacén agrícola ubicada en la localidad de Riocerezo, Burgos, nave en la que esta mercantil había depositado en el mes de noviembre de 2008 varias toneladas de producto de su propiedad, fertilizante, abono, marca ENTEC 24-8-7.

César G., aprovechando la circunstancia de disponer de una llave del citado almacén, sin contar con la autorización de «Compo Agricultura S.L.», y movido por el ánimo de obtener un beneficio económico, en los meses de febrero a mayo de 2009, se apoderó de unas 939,70 toneladas de ese producto y procedió a su venta a terceras personas. El valor del fertilizante sustraído era de 351.339,98 euros, cantidad que reclama «Compo Agricultura S.L.».

CASO N.º 9

Entre el 26-9-11 y el 2-2-12, la acusada, María T.C., con ánimo de incrementar de forma injusta su patrimonio, actuando como cuidadora de María Milagros, de 82 años de edad y con sus facultades mentales limitadas, y de su hija incapaz, aprovechando que se encontraba con firma autorizada en la cuenta corriente de la Caja de Granada en la que es titular María Milagros, sin autorización de ésta, realizó ocho reintegros por importe total de 7.094 euros, apropiándose de esta cantidad.

María Milagros, reclama el importe de las cantidades sustraídas.

CASO N.º 10

Se declara probado que el acusado Mateo, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia firme del Juzgado de lo Penal n.º1 de Almería de 10 de octubre de 2011, como autor de un delito de robo con violencia/intimidación, en virtud de sentencia firme de divorcio 23 de febrero de 2009, viene obligado a abonar para el sustento de sus hijas menores de edad habidas de su matrimonio con Dña. Marisa, la cantidad de 280 euros mensuales, a razón de 140 euros por hija.

Que no obstante disponer de capacidad económica suficiente, el acusado desde febrero de 2009 hasta el corriente mes de octubre de 2012, nunca ha dado cumplimiento a dicha obligación, habiéndose visto obligada la señora Marisa, a instar la ejecución forzosa de dicho pronunciamiento, habiendo logrado el pago de alguna cantidad cuyo importe no ha sido determinado.

Que desde el mes de enero de 2012 el acusado, con la intención de incrementar de forma ilícita su patrimonio, valiéndose de sus hijas de 8 y 10 años de edad, ha venido tomando del domicilio de su ex esposa y del de la madre de ésta, dinero en efectivo y joyas que ha vendido en diversos establecimientos de compra/venta de oro, lucrándose con su importe.

En concreto el acusado se hizo con las siguientes joyas cuyo valor no ha sido determinado: un cordón de oro amarillo de grosor medio y largo; una medalla de Cristo de oro amarillo; unos pendientes de oro amarillo con piedras celestes; unos pendientes en

forma de aro gruesos de tamaño medio; una pulsera de cordón de oro amarillo; un juego de perlas japonesas y anillo; un juego de pendientes de agua marinas y anillo haciendo juego; una pulsera de comunión con perlas pequeñas blancas; una pulsera de oro con la inscripción JYM; y una medalla de oro con la inscripción Amor.

1.2.2. *Jurisprudencia*

«Como manifiesta la sentencia de esta Sección segunda de 14 de abril del 2002 se comete el delito previsto en el artículo 235.1 del Código Penal en relación a obras de carácter histórico-artístico, cuando el bien aparezca inventariado o declarado de interés cultural en los términos establecidos en la Ley de 25 de junio de 1985 relativa al Patrimonio Histórico Español o resulte acreditado en el plenario que los objetos afectados por el hurto ostentan un valor histórico artístico que justifique la aplicación del reiterado precepto (dicho criterio aparece reflejado en una nutrida Jurisprudencia de la que son ejemplo las SSTs de 12 de julio de 1988, 12 de noviembre de 1991 y 14 de septiembre de 1992). En este caso ha quedado acreditado de la pericial practicada que se trata del expolio de material de indudable valor histórico y cultural al tratarse de la sustracción de ánforas del tipo conocido como Dressel 7-11 de una nave mercante romana hundida» (SAP de Alicante 118/2008, de 18 de febrero [JUR 2008\122309]).

* * *

«En dicho delito concurre además la circunstancia prevista en el Art. 235.2 del Código Penal al recaer sobre cosas destinadas a un servicio público como debe entenderse el de telecomunicaciones, aún servido por entidad privada. E igualmente, debe entenderse que se ha producido un grave quebranto a dicho servicio al dejar inutilizadas las comunicaciones de más de cien usuarios. Tesis la aplicada sostenida entre otras en la STS 3.12.1992, de la que se entresaca:

«... El delito de desórdenes públicos y los delitos de robo y hurto coinciden en sus elementos objetivos, cuando estos últimos, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 25-6-1983, presentan como supuestos agravados —arts. 506.6º y 516.1.º— el que se trate de cosas destinadas a un servicio público cuando se produjera grave perturbación del servicio. Se produce un concurso de normas y no concurso de delitos, entre tales supuestos agravados de robo y hurto y el delito de desórdenes públicos, al resultar incompatibles, concurso que debe ser resuelto, conforme al principio de especialidad, aplicando este último precepto si los sujetos actúan impulsados por el deseo o voluntad de lesionar el orden o paz pública, elemento subjetivo especializante que estará ausente en los antes referidos subtipos patrimoniales, en los que el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público responde exclusivamente a miras lucrativas [cfr. SS. 20-11-1991 y 2-10-1992]...».

Por el contrario, no es de apreciar el delito de daños invocado por la acusación particular por cuanto la acción de hurto objeto de condena subsume hasta consumir el daño patrimonial sufrido por la perjudicada, conforme a lo dispuesto en el Art. 8 del Código Penal» (SJP n.º 3 de Manresa 288/2010, de 19 de agosto [JUR 2010\324906]).

* * *

«Nada establece el art. 235.3 del C. Penal acerca de que haya de tenerse en cuenta si el perjudicado se trata de una persona física o jurídica para entender de aplicación dicha circunstancia de agravación, ya que en dicho precepto solo se hace mención, en cuanto afecta al supuesto que se examina, a cuando revista especial gravedad,

atendiendo al valor de los efectos sustraídos, siendo el apartado 4 de dicho artículo, que no se aplica en este supuesto, el que hace mención a la situación de la víctima o a sus circunstancias personales. Y por lo que hace a la cuantía sustraída (...) la sentencia St. 1034/2007 de 19 de diciembre, analizando al igual que las que en ella se invocan, un supuesto de estafa y aplicación del art. 250.6 del C. Penal establece que «El tema suscitado en este motivo ha sido ya planteado en muy diversas ocasiones y resuelto de manera sustancialmente uniforme por esta sala, en el sentido de que el precepto que se dice infringido cifra la cualificación de la conducta en que ésta aparezca connotada por una «especial gravedad», lo que tendría que determinarse en razón de los criterios que el mismo ofrece y con los que el tribunal debe operar razonadamente. Pues bien, cuando la cantidad en sí misma tiene una determinada importancia (es superior a 6 millones de las antiguas pesetas o 36.000 euros) este solo dato conferirá a la acción esa singularidad agravatoria. (SSTS 414/2006 de 17 de abril, 276/2006 de 10 de marzo y 142/2003 de 5 de febrero)» (SAP de Madrid 681/2008, de 23 de julio [JUR 2009\30044]).

* * *

«La circunstancia de agravación debe aplicarse, a tenor de la conjunción utilizada por el legislador en su redacción, tanto a los supuestos en los que, como en éste, el hurto revista especial gravedad atendido el valor de los efectos sustraídos, como a los supuestos en los que se hayan producido perjuicios de especial consideración» (SAP de Barcelona 736/2012, de 7 septiembre [JUR 2012\363471]).

* * *

«Aduce que la relación laboral se utiliza para aplicar las dos agravantes: la específica del 235-4 y la genérica del art. 22.6 del Código Penal cuando sólo podría fundamentar una de ellas.

El abuso de confianza del llamado hurto doméstico, en términos generales y sin excluir terminantemente toda posibilidad, no sólo que se produzca la agravación del art. 235-4 porque recalca el Legislador que se trata de abusar en relación con «las circunstancias personales de la víctima», es decir, no en atención a la situación en que voluntariamente se ha colocado la víctima dando su confianza o admitiendo a la inculpada en su casa, sino en vista de las circunstancias personales que en la víctima concurren, como pueden ser casos de invidentes, menores, paralíticos, minusválidos, o similares.

Pero según esta argumentación, ni el hurto con abuso de confianza debe sin más incluirse en esta figura agravada, ni resulta incompatible apreciar el hurto con abuso de confianza, como agravante genérica, y al mismo tiempo la figura agravada del hurto prevenido en el artículo 235-4 cuando además del aquél inicial abuso de confianza, se aprovecha también para cometer el hurto de las circunstancias personales de la víctima aludidas.

En el presente caso, se actúa con abuso de confianza, circunstancia que deriva junto a la relación laboral consistente en entrar en el servicio doméstico el hecho de haber puesto a disposición de la inculpada las llaves de la casa sin restricción en cuanto a dependencias o lugares donde tenía esos objetos; es decir, que el sujeto pasivo otorgó a la recurrente el acceso a los bienes jurídicos lesionados, depositando en ello una confianza especial, que es luego aprovechada por ella para sustraer objetos de valor quebrantando así los deberes de lealtad y fidelidad que aquella relación comportaba, lo cual es característico del abuso de confianza integrando la circunstancia agravante del art. 22-6 del Código Penal.

Sin embargo, entendemos que no cabe aplicar la circunstancia específica del abuso de las circunstancias personales de la víctima, no porque no fuera posible técnicamente sino por surgir una duda seria y no destruida sobre la circunstancia del real aprovechamiento de la invalidez del perjudicado para cometer el hurto» (SAP de Valladolid 99/2003, de 13 de marzo [JUR 2003\103416]).

1.3. Hurto de la posesión (Art. 236)³

1.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 11

Se declara probado que en fecha 16 de septiembre de 2002 D.^a Virginia y Pedro Miguel, actuando en nombre y representación de la mercantil «Argecom Sociedad Cooperativa», celebraron contrato para la ejecución de obra a llevar a cabo en la vivienda propiedad de D.^a Virginia, sita en la Calle000 núm.000, Dirección000 de Cartagena. Como consecuencia de dicho contrato, «Argecom» procedió a la realización de determinados trabajos y adquisición de materiales para su instalación en la citada vivienda.

Ante la existencia de discrepancias entre las partes sobre los pagos y el grado de ejecución del contrato, el acusado Pedro Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 9.30 horas del día 22 de septiembre de 2003, en su calidad de presidente de dicha sociedad cooperativa, sirviéndose de un empleado para su ejecución y sin contar con la autorización de D.^a Virginia, procedió a retirar de la vivienda de ésta los siguientes materiales: una bañera de hidromasaje marca Roca, modelo Hawai y cuatro aparatos de aire acondicionado, todo ello tasado en 6.310,16 euros.

D.^a Virginia había abonado diversas cantidades en función de las distintas certificaciones de obra que le fueron facturando sin que se pueda determinar exactamente a quien de ambas partes correspondía la propiedad de cada uno de los bienes apoderados por el acusado.

CASO N.º 12

En virtud de procedimiento de apremio 3/106-90878, 03/77395169 y 03/141729-93 abiertas por la Tesorería General de la Seguridad Social (Unidad de Recaudación Ejecutiva de Elche núm. 3/05) al acusado se trabó embargo sobre la furgoneta de su propiedad Mazda, A-...-BD, que le fue notificado el 7 de febrero de 2000, permaneciendo el vehículo en poder del acusado a resultas del procedimiento abierto siendo adjudicado en venta directa dicho vehículo a Manuel Salvador G. G. el 5 de octubre de 2004, de lo que tuvo conocimiento el acusado quien se negó a entregar el vehículo al adjudicatario ante lo cual la Unidad de Recaudación de Elche núm. 3/05 dio orden de precinto del vehículo embargado para entrar en posesión del mismo y poderlo entregar a dicho adjudicatario, y tras ser hallado en la C/ Juan Miró, 4, fue trasladado al depósito sito en la carretera Casas del León, km 1 de Elche desconectando la batería, lugar al que acudió el acusado el día 22 de marzo de 2005, sobre las 19 horas, apoderándose del mismo quitando el precinto de sus puertas sin que conste donde lo ocultó,

³ Se mantiene la misma conducta típica contemplada en la regulación anterior, pero la LO 1/2015 ha introducido un delito leve en el número 2.º para aquellos casos en que la cuantía de lo sustraído no supere los 400 euros.

con el ánimo de evitar verse privado de su uso e impedir su entrega al adjudicatario. El adjudicatario había pagado el 14 de octubre de 2004, lo que restaba del importe del remate, por el que se vendió el vehículo, sin que hasta el momento haya recuperado el vehículo o el dinero (810 euros).

CASO N.º 13

El acusado, Carlos Alberto, nacido el 10-6-1965, con DNI núm.000 y con antecedentes penales cancelables, propietario del vehículo Peugeot 407 matrícula.... RKF, lo entregó para reparar el día 20 de diciembre de 2007 en el taller Automoción Méndez SL, sito en la avenida del Príncipe de Alcantarilla, por haber sufrido un accidente en el que intervino el vehículo matrícula ZE-....-ZB propiedad de Estanislao.

La peritación de los daños del vehículo del acusado la efectuó su propia aseguradora, la mercantil Liberty, ascendiendo a 3.380,47 euros y fue aceptada por el taller que lo reparó. No obstante, el siniestro no fue finalmente aceptado por las aseguradoras intervinientes de los vehículos siniestrados que llegaron al acuerdo de indemnizar solo al propietario del vehículo matrícula ZE-....-ZB en la cantidad de 1.738,22 euros.

El acusado intentó en diversas ocasiones llevarse el vehículo del taller sin reparar, a lo que el titular Leopoldo se opuso, llegando incluso este último a tratar de gestionar, infructuosamente, un préstamo para financiar el pago de la reparación. Así las cosas, el día 6 de marzo de 2008, aprovechando un descuido del personal del taller, el acusado se apoderó del vehículo, sin que hasta la fecha haya hecho efectiva la factura de reparación.

El vehículo lo transfirió el acusado, en fecha 30 de abril de 2008, a su cuñada Inmaculada, el 3 de junio de 2008 de ésta última a la hija del acusado, Sara y, finalmente, el 31 de julio de 2008 de ésta a Carlos Miguel.

1.3.2. Jurisprudencia

«Resulta meridiano que el bien jurídico protegido es la posesión legítima, porque si ésta fuera ilegítima, el derecho penal no le otorga protección por la vía de este precepto sino, en su caso, de las coacciones; el sujeto pasivo es siempre el poseedor legítimo que se ve inquietado en su pacífica posesión y precisamente por el dueño de la cosa o del que obra con su consentimiento. Esta acción ha de tener un resultado típico característico, el perjuicio del poseedor o de un tercero, ausente en los hurtos y sin el cual la conducta sería atípica y por importe que supere las 50.000 pesetas para que nos hallemos ante un delito en vez de una falta» (SAP de Pontevedra 4/2003, de 22 de enero [JUR 2003\109371]).

* * *

«Se trata de una modalidad especial de hurto, en la que el bien jurídico protegido no es la propiedad (como en el resto de los tipos de este delito), sino la posesión legítima cedida por el propietario a un tercero y que es arrebatada a éste sin mediar ni violencia ni fuerza en las cosas. Es una figura conocida en nuestro Derecho y que fue estudiada por la STS de 25 de junio de 1985 en la que se puso de relieve que ha figurado ese delito en todos nuestros Códigos Penales, (y en otros extranjeros), y se explicó que el bien jurídico protegido con esta infracción es la posesión que se ha transmitido o confiado a persona distinta a la del titular, que la acción consiste en sustraer sin violencia o intimidación, clandestina, furtiva o subrepticamente, no en obtener la

entrega mediante engaño, siendo indispensable el perjuicio para quien tenga la cosa en su poder legítimo o para un tercero, aunque no su exacta precisión cuantitativa (también en SSAP Baleares (2.^a) de 29 de junio de 2001 y Castellón (2.^a) de 10 de mayo de 2005). En tal sentido, y como recuerda la SAP Baleares (2.^a) de 29 de septiembre de 2000, el tipo, únicamente dota de cobertura penal a aquella situación posesoria jurídicamente protegible (v. g. depósito en el caso de embargo, prenda con desplazamiento, arrendamiento, etc.) pero da dicha protección penal a aquellas situaciones fácticas que no trascienden del puro y simple hecho de la mera tenencia de la cosa u objeto. Por tanto, de la lectura del tipo penal se desprende la necesidad de la concurrencia de los siguientes elementos básicos para apreciar la existencia de delito: a) solo puede ser sujeto activo del delito el propietario de la cosa mueble que se sustrae; b) que se lleve a cabo un acto de sustracción no violento, sino meramente clandestino o furtivo; c) que el poseedor del bien sustraído tenga una posesión jurídicamente protegible y no la mera detentación; d) que como consecuencia de la sustracción se produzca un perjuicio para el poseedor o un tercero y e) que el valor de lo sustraído exceda de los cuatrocientos euros» (SAP de Murcia 125/2007, de 18 de diciembre [JUR 2009\96765]).

* * *

«La norma exige para la materialización del ilícito, entre otras cosas, que el sujeto pasivo tenga legítimamente la cosa mueble, condición que en este caso no se cumple, según resulta de la propia documental aportada con la querrela. Su documento número uno, que se corresponde con la «orden de reparación/resguardo de depósito» y que describe el contenido obligacional que corresponde a cada una de las partes, claramente indica que el vehículo es dejado en el taller para «peritar golpe en parte delantera» (también para «revisar hace ruido la dirección», pero éste no es objeto de polémica) y no para efectuar la reparación de ese golpe. Por otro lado, tampoco se ha aportado el presupuesto o aceptación por parte del denunciado del coste de la reparación, aunque efectivamente se hiciese por la entidad aseguradora, que no tiene por qué vincularle. En consecuencia, aquélla se inició por el taller por su cuenta y riesgo, sin el necesario y previo consentimiento de quien venía obligado a pagarla, que no puede verse sometido al privilegio que otorga el art. 1600 C.c. por actos unilaterales de quien ostenta la posesión del bien, hasta el extremo de someterlo a sanción punitiva. De no entenderlo así, el derecho de retención se convertiría en un instrumento coactivo en manos del tenedor, que impondría por esta vía sus decisiones y criterios de reparación al propietario, obviando el derecho que como contratante y consumidor ostenta éste a prestar su aprobación previa» (SAP de Murcia 105/2012, de 2 de marzo, [JUR 2012\116310]).

* * *

«En este precepto se protege la legítima posesión de la cosa mueble, y en el presente caso de los hechos probados se desprende que la denunciante era la legítima poseedora del camión, pues lo tenía en su poder como consecuencia del contrato privado de arrendamiento con opción de compra celebrado entre la denunciante y el acusado el 26 de julio de dos mil, sin que conste acreditado que se dejaron de cumplir las obligaciones derivadas de este contrato. Luego cuando el acusado se llevó el camión aprovechando que el esposo de la denunciante estaba entregando mercancía y había dejado las llaves puestas, estaba cometiendo el delito tipificado en el artículo 236 del Código Penal, por el que debe ser condenado en esta alzada» (SAP de las Palmas 62/2009, de 5 de febrero [JUR 2009\155323]).

2. EL DELITO DE ROBO

2.1. El robo con fuerza

2.1.1. Tipo básico (Arts. 237, 238 y 239)⁴

2.1.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 14

El acusado, Baldomero C.D., mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y el acusado Bernardino E.F., mayor de edad, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia por haber sido condenado ejecutoriamente por sentencia firme de 9 de febrero de 2010 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Pontevedra como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de un año de prisión, el día 7 de junio de 2010, sobre las 1:22 horas, actuando de común acuerdo y con ánimo de obtener un inmediato e ilícito beneficio económico, fueron a la calle Xogo da Ola de la localidad de O Porriño, concretamente al bajo allí sito propiedad de Jesús G., y una vez allí se dirigieron a la parte de atrás del bajo, donde Baldomero C.D. se subió a un bloque, trepó la pared a 2,60 m2 de altura y entró en el bajo a través de un hueco previamente abierto y cogió del interior varios cables Retenaz Flex, cables Pirep flexibles, cables Afumex, cables Polirret y cables Eurofloamn, todos ellos conductores de fluido eléctrico, que fue pasando al acusado Bernardino E.F., quien las llevó hacia un campo cercano y ocultó tras unos matorrales.

Los efectos sustraídos fueron recuperados por los agentes de la Policía Local, que se personaron en el lugar al recibir aviso de un vecino de la sustracción realizada, localizando a los acusados en las proximidades, quienes ante la presencia policial comenzaron a correr.

CASO N.º 15

Ha resultado probado y así se declara que siendo alrededor de las 23:45 horas del día 26 de abril de 2012, Jacobo, José Pedro y Plácido, mayores de edad, y sin antecedentes penales, detenidos por estos hechos ese mismo día, e ingresados en prisión provisional el siguiente día, 28, habiendo permanecido privados de libertad hasta el 26 de mayo de 2012, en el edificio de la Calle000, núm.000, accedieron al portal, donde hay una puerta de acceso al estanco allí existente y, obrando de común acuerdo y con ánimo de lucro, iniciaron el forzamiento de sus cierres, llegando a fracturar los

⁴ La LO 1/2015 ha supuesto una redefinición del delito de robo con fuerza en las cosas, que pasa a incluir aquellos supuestos en que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botón (el problema se planteaba en relación a aquellos casos de desactivación de alarma desde el interior del lugar).

tres existentes, pero sin alcanzar a abrir el último cerrojo al ser sorprendidos por el ruido de las sirenas de efectivos policiales que, advertidos de los hechos, acudían al lugar, por los que los tres se dirigieron escaleras arriba, llegando al rellano de la segunda planta del edificio, donde llamaron al timbre de varias viviendas, abriendo la puerta Magdalena, inquilina del piso núm007 núm.008, quien creyó que llamaban efectivos policiales, a quien solicitaron que les dejara entrar, entrando antes de que aquélla les contestara. Instantes después, al llamar a la puerta agentes de Policía Nacional, cuando Magdalena se dirigió a abrir la puerta, Jacobo se lo impidió cogiéndola del brazo y dirigiéndose con ella a una de las habitaciones de la vivienda, cuya puerta quedó cerrada por fuera sin que conste como se produjo el cierre.

Una vez allí, Jacobo se metió en la cama tras quitarse los zapatos y parte de sus ropas y conminó a Magdalena a que dijera a la Policía que él era su compañero y que había estado con ella todo el día, permaneciendo Magdalena sentada en la cama cuando entró la policía tras derribar la puerta, deteniendo a Jacobo.

Al entrar en la vivienda instantes antes, los agentes encontraron a José Pedro escondido tras el sofá del salón, procediendo a su detención, a la que no colaboró el detenido, y en otra de las habitaciones, escondido tras el armario, hallaron y detuvieron a Plácido, quien tampoco facilitó su detención.

CASO N.º 16

Sobre las 17.30 horas del día 28 de junio de 2012, los acusados Antonio R. A., nacido el 31 de agosto de 1978 y José Manuel L. M. nacido el 30 de enero de 1980, ambos carentes de antecedentes penales, actuando de común acuerdo y guiados del ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, entraron en la ermita de Nuestra Señora de los Remedios sita en la Calle 000, núm. 001, de la localidad de Bélmez, la cual se encontraba en ese momento abierta a los feligreses y, una vez en su interior, se apoderaron de la corona de metal dorado de la Virgen de los Remedios situada en el altar mayor, desenroscando el tornillo que unía la corona a la tuerca de sujeción. La mencionada corona, que no ha podido ser recuperada, ha sido pericialmente valorada en 300 euros.

A continuación los acusados fracturaron la puerta de la caja de recaudación de un monaguillo de cartón piedra ubicado junto al altar consiguiendo de esta forma hacer suya la cantidad de 50 euros que había en el interior del cepillo al que produjeron unos desperfectos por valor de 50 euros. Igualmente, produjeron deterioros en un velario que han sido tasados en 100 euros.

CASO N.º 17

El día 1 de diciembre de 2010, sobre las 3.30 horas, la acusada, Susana S., se personó en el hostel Trefacio y en un momento de descuido del empleado accedió al interior del mostrador, se apoderó de la llave de la caja registradora y sustrajo 450 euros. Sobre las 16.10 horas del día 20 de noviembre de 2010, en el restaurante chino Shangai en un momento de descuido se apoderó de la cartera de Diana que se encontraba en el interior de su bolso y que contenía el DNI dos tarjetas y 10 euros. Sobre las 18.30 horas del día 20 de noviembre, en la cafetería del centro comercial Eroski, en un momento de descuido se apoderó de la cartera que estaba en el interior del bolso de Marisa la cual contenía documentación y 150 euros, habiendo renunciando la misma a toda indemnización que pudiera corresponderle. A primera hora de la mañana del día 28 de noviembre solicitó un desayuno a la camarera del bar Zamora y cuando ésta lo estaba preparando la acusada sustrajo 60 euros de la caja registradora que reclama

su propietaria Esther. El día 29 de noviembre en hora no determinada en el Pub 43 se apoderó de una cazadora que se encontraba colgada en el perchero propiedad de Patricio el cual renuncia a toda la indemnización. El día 1 de diciembre sobre las 14 horas en el centro comercial Eroski procedió a cortar la alarma de un coche de bebé valorado en 349 euros. (...). Sobre las 13.00 horas del día 5 de febrero de 2011 en la peluquería Coco Romero sustrajo la cartera propiedad de Zaira con diversa documentación valorada en 37 euros que reclama.

CASO N.º 18

Los acusados Antonio-Julio A. G. e Isabel S. C., mayores de edad y sin antecedentes penales, encontrándose, sobre las 12.30 horas del día 25 de octubre de 2008, en el «Centro Comercial Rondel» de esta capital, decidieron de común acuerdo y guiados por la idea de obtener un beneficio ilícito, hacerse de diversos objetos sin declararlos o presentarlos a su pago en caja, para lo cual unos los escondieron en un bolso de carrito de niño y otros entre sus propias ropas, inutilizando previamente sus sistemas de control o alarma a fin de no ser detectados al pasar por caja.

Conseguido su propósito, cuando pretendían salir del establecimiento, fueron requeridos por el vigilante de seguridad Francisco G. C. que les había estado observando desde que entraron en el Centro Comercial y había visto cómo escondían los objetos y quitaban los mecanismos de alarma, para que le acompañasen a la oficina de seguridad.

Una vez allí, fue avisado el Jefe de Patrimonio del establecimiento quien indicó a los acusados que sacasen los objetos ocultos que no habían abonado, resultando ser, un teclado de ordenador, dos CD para Windows, dos cintas de vídeo, tres tabletas de chocolate, un chupete, una sudadera de caballero y un pantalón vaquero, efectos valorados en 200 euros.

La totalidad de los objetos sustraídos fueron recuperados y entregados a su propietario.

2.1.1.2. Jurisprudencia

«El artículo 238 del Código, aunque no es definidor del delito de robo con fuerza en las cosas, si es integrador del tipo cuando señala los diversos medios que pueden ser utilizados en su comisión, medios y útiles que según ha señalado la jurisprudencia (véase como más reciente la de *10 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9545]*) tienen el carácter de «*numerus clausus*» de tal forma que no pueden extenderse por analogía ni aparecer descritos de forma inconcreta, porque precisamente lo que caracteriza al robo con fuerza en las cosas es la coordinación de dos acciones distintas que funcionan en una relación de medio a fin, éste (el fin) consiste en la apropiación de lo ajeno, aquél (el medio) en la utilización de alguno de los vehículos o circunstancias señaladas y concretadas en el artículo 238, de tal manera que si falta el segundo elemento no se puede hablar de robo sino simplemente de hurto» (STS 1668/2001, de 28 de septiembre [RJ 2001\8063]).

* * *

«Acerca de la noción de fuerza, como elemento cualificador del delito de robo, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina consolidada según la cual solo puede hablarse de fuerza cuando la misma se ejercita para acceder al lugar en donde se

encuentra la cosa objeto de sustracción pero no cuando la fuerza se desarrolla sobre la cosa misma, este criterio tradicional de la jurisprudencia fue recogido en el art. 237 al señalar que es preciso que la fuerza tenga como fin «acceder al lugar donde estas se encuentren».

Se parte, así, de la idea de que si la cosa no está en lugar cerrado en principio, y salvo los concretos supuestos en que el propio legislador a equiparado las acciones a ese uso de la fuerza, se podrá cometer otro delito pero desde luego no el delito de robo con fuerza en las cosas» (SAP de Toledo 125/2014, de 16 de octubre [JUR 2015\10639]).

* * *

«En este sentido, conviene recordar que la doctrina jurisprudencial (SsTS de 10-3-2000 o 7-2-2001, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto legal de escalamiento en un doble sentido: 1) Se excluyen los supuestos de «escalamiento de salida» (STS de 22-4-1999 y 18-12-1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren». 2) Se limita el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (SsTS de 20-4-1999 y 10-3-2000). Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS de 15-4-1999). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escaló, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (la tan citada STS de 20-4-1999) o «a nivel de calle» (STS de 18-1-1999), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento (STS 10-3-2000).

Por tanto, consideramos correcta la incardinación de los hechos en el punto primero (escalamiento) del art. 238 CP en cuanto que los acusados tuvieron que superar un muro de una altura aproximada de dos metros para acceder al interior del recinto de la empresa» (SAP de Guipúzcoa 270/2013, de 14 de octubre [2014\160796]).

* * *

«Partiendo, por tanto, de relato fáctico de la sentencia de instancia, hemos de considerar, sin embargo, que los hechos declarados probados no configuran el delito de robo con fuerza por el que han sido condenados los recurrentes, en tanto que la fractura del candado de la cadena que sujetaba unas bicicletas, no integra uno de los supuestos de fuerza típicos que prevé el art. 238 CP.

Efectivamente, tal y como se recoge en la STS 1039/99 de 25 de junio de 1998, «el art. 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente «para acceder al lugar» donde las cosas se encuentren. El legislador ya no define el robo, diferenciándolo del hurto, mediante la exclusiva

referencia al empleo de fuerza en las cosas (art. 514 del Código Penal 1973), sino que concreta el significado instrumental de la utilización de la fuerza, exigible para que ésta tenga virtualidad jurídica a fin de convertir el apoderamiento en robo: posibilitar el «acceso» al lugar donde se encuentran, debidamente protegidas, las cosas muebles ajenas. En consecuencia sólo aquellas modalidades típicas de fuerza, encuadrables en lo prevenido en el art. 238 del Código Penal 1995, que sean utilizadas instrumentalmente en el sentido determinado por el art. 237, tienen relevancia jurídico-penal suficiente para transmutar la mera sustracción (hurto) en el delito más grave de robo» (SAP de Madrid 235/2015, de 10 de abril [JUR 2015\131964]).

* * *

«El concepto de llave falsa es un concepto normativo, y muy distinto del vulgar, ya que por una parte asimila a las llaves falsas su opuesto, es decir las llaves genuinas, y considera llaves objetos que realmente no lo son, o lo son desde un punto de vista funcional, en cuanto sirven para abrir un cierre, de cualquier tipo que sea sin romperlo.

La STS de 16 de febrero de 2000 (RJ 2000,2255), aplicando este inciso, ha señalado cómo el empleo de un objeto para actuar sobre la cerradura, provocando el funcionamiento de su mecanismo y desbloqueo del cierre, permite calificar el objeto como «llave», sin necesidad de aplicaciones analógicas, al tener la función de abrir y cerrar lo que se denomina «cerradura», por lo que ni su condición plástica, ni su forma de tarjeta, obstan a su calificación como llave, al utilizarse por los acusados para abrir y desbloquear la cerradura de la puerta.

Por ello, es suficiente con utilizar algún objeto, elemento o instrumento que sirva para abrir una cerradura siempre que quien lo haga no sea su propietario o persona con poder de disposición sobre la cosa o alguien que traiga causa del mismo. Por tanto la jurisprudencia había destacado que el concepto de llave no podía ser entendido sino de forma funcional, dejando de un lado la consideración tradicional de las cerraduras y llaves metálicas y admitiendo, ante las evidencias de los avatares técnicos, que por «llave» habría que entender cualquier cosa, con independencia de su material o de su forma, que sirva para abrir un mecanismo de cierre, lo que se completaba con una consideración igualmente funcional de lo que debe entenderse por cerradura.

En este sentido, la STS de 25 de abril de 1996 (RJ 1996,2995) ya precisó que «a los efectos del delito de robo, la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de material determinado, sino que puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o de cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización según su propio destino se logra acceder al lugar o interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae o intenta sustraer».

La doctrina tradicional de la Sala Segunda venía admitiendo ampliamente (Sentencias de 23 de enero 1985 (RJ 1985,344), 27 diciembre 1988 (RJ 1988,9694) y 27 de febrero 1990 (RJ 1990,1629) que el concepto de «llave falsa» comprendía todas aquellas que fueran distintas de las utilizadas por el propietario para abrir la cerradura, puestas en defensa de su propiedad, incluso las propias llaves genuinas cuando hubieran sido sustraídas a su propietario o empleadas sin su aquiescencia. Entre las distintas modalidades de llaves falsas según el CP 1.º Las ganzúas u otros instrumentos análogos. Una ganzúa es «un alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de la cerradura». Los instrumentos análogos a las ganzúas serán aquellos que permitan vulnerar el mecanismo de cierre, bien sorteándolo, por ejemplo un plástico introducido entre el marco

de la puerta de acceso a una vivienda y el pestillo, o bien logrando actuar sobre el mecanismo de cierre, por ejemplo una chapa, un destornillador, una varilla de aceite, etc., debiendo estimarse que el uso de la ganzúa presupone que no es necesaria la rotura de la cerradura, ya que en otro caso estaríamos ante otras modalidades de fuerza. Podríamos concluir que la ganzúa, o el instrumento análogo, abre sin romper.

(...) Así lo reconoce el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de febrero de 2000 (RJ 20000,1055) en la que afirma: «El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española explica el sustantivo ganzúa en primer lugar como «alambre fuerte y doblado por una parte, a modo de garfio, con que a falta de llave pueden correrse los pestillos de las cerraduras» de forma que cualquier artificio que funcionalmente puede servir para dicha finalidad debe ser reconducido a la cualidad de instrumento análogo previsto por el legislador. En síntesis lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trata sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo esté quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido. Por su parte, la sentencia de la AP de Barcelona de 3 de septiembre de 2001 (PROV 2001,325766), consideró como ganzúa unos calendarios plastificados y doblados en las esquinas, instrumentos idóneos para abrir las puertas de los domicilios cerrados sin llave (SAP de Murcia 136/2015, de 12 de mayo [JUR 2015\150153]).

* * *

«(...) la STS 4242/1998, de 25 de junio establece que «el Código Penal de 1995 acoge entre las modalidades de fuerza que permiten calificar de robo el apoderamiento de cosas muebles, «la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda» (artículo 238.5). En principio la fractura, desprendimiento o cualquier otro medio de evitar el normal funcionamiento de los dispositivos de seguridad incorporados a los objetos puestos a la venta en determinados establecimientos comerciales, realizadas con el fin de evitar la activación de la alarma situada en los controles de salida, integran el supuesto prevenido en el citado párrafo quinto del art. 238, por lo que, en abstracto, constituyen una modalidad de fuerza típica.

Ahora bien, ello no basta para la subsunción del hecho como delito de robo. El art. 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente «para acceder al lugar» donde las cosas se encuentren. El legislador ya no define el robo, diferenciándolo del hurto, mediante la exclusiva referencia al empleo de fuerza en las cosas, sino que concreta el significado instrumental de la utilización de la fuerza, exigible para que ésta tenga virtualidad jurídica a fin de convertir el apoderamiento en robo: posibilitar el acceso al lugar donde se encuentran, debidamente protegidas, las cosas muebles ajenas. En consecuencia, sólo aquellas modalidades típicas de fuerza, encuadradas en lo prevenido en el artículo 238 del Código Penal de 1995, que sean utilizadas instrumentalmente en el sentido determinado por el artículo 237, tienen relevancia jurídico-penal suficiente para transmutar la mera sustracción (hurto) en el delito más grave de robo.

En definitiva, el adecuado juicio de tipicidad debe efectuarse poniendo en relación ambos preceptos, arts. 237 y 238 del Código Penal de 1995, quedando excluidos de la sanción como robo aquellos supuestos en que la inutilización de los sistemas de alarma o guarda no se haya realizado para acceder el lugar donde las cosas se encuentren» (SAP de Vizcaya 9037/2014, de 17 de octubre [JUR 2015\14830]).

* * *

«Reza el artículo citado por el apelante, el 248, apartado c) del Código Penal, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que, serán reos de estafa «c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero».

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN ha venido suscitando desde siempre problemas de tipificación. La ampliación en su día del concepto tradicional de «llaves falsas» para superar el viejo concepto de objeto metálico que abría cerraduras y permitiendo así incluir nuevos medios de acceso a lugares cerrados, como tarjetas perforadas o las tarjetas magnéticas, llevó a la jurisprudencia a incluir tales prácticas como constitutivas de robo con fuerza, entendiéndose en un primer momento que la tarjeta magnética era la que permitía el acceso al recinto donde se ubicaba el cajero.

La proliferación de los cajeros a pie de calle y la evidencia de que el acceso a los mismos podía producirse sin necesidad de utilizar la banda magnética de la tarjeta concreta con la que se pretendía la extracción, llevó a elaborar una complicada doctrina que partía del uso de la tarjeta como «llave» para acceder al teclado del ordenador. La inclusión del delito específico de estafa informática en el art. 248.2 del Código Penal llevó a la doctrina, incluida la jurisprudencial, a replantearse la posibilidad de reconducir tales conductas al delito de estafa; pero se encontraron con el problema que en muchas ocasiones suponía acreditar que había existido una auténtica manipulación informática o utilización de artificio semejante, sobre todo si la tarjeta sustraída no había sido manipulada y se conocía el PIN del titular. Tales dificultades llevaron a que la teoría del robo con fuerza se consolidara ante la no deseada posibilidad de que tales acciones devinieran impunes. No obstante, la literalidad del art. 237 cuando se refiere al empleo de fuerza para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento continuaba haciendo rechinar la teoría, tanto por el significado del verbo «acceder» como por la referencia a un «lugar», y la jurisprudencia que en su día se consideró consolidada ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina científica y de algunas sentencias posteriores (AP Zaragoza, sec. 3.^a, S 12-4-2011).

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2007, a la que se unió la de 30 de mayo de 2009 se inclinan por excluir tales conductas del tipo de robo con fuerza e incluirlas en el delito de la estafa informática, asumiendo lo afirmado en alguna sentencia anterior y lo manifestado en algún voto particular, entendiéndose que dentro del concepto de «artificio semejante» puede incluirse la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima, dado que tal uso abusivo permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores. En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática (o cuando menos como el uso de artificio semejante) a que se refiere el tipo de la estafa del art.248.2 del Código Penal.

Tal y como se recoge en la sentencia de la Sección Tercera de esta misma Audiencia Provincial de fecha 24 de noviembre de 2011, «(...) esta interpretación, ciertamente problemática, el anteproyecto de 2006 de reforma del CP. que modifica el art. 248, alterando en buena hora, el art. 248 del medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2.º bajo la letra c) la modalidad de «los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones

de cualquier clase en perjuicio de su titular» con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado c) del núm. 2 del art. 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en «cualquier clase» indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aún cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN».

Pues bien, a día de hoy, el Código Penal ya ha sido modificado por LO 5/2010 de 22 de junio que ha introducido el apartado c) del punto 2 en los mismos términos que se recogían en el anteproyecto de 2006, de forma tal, que la duda al respecto ha sido despejada, sin que a ello obste la modificación que también se ha efectuado en el art. 239 del Código Penal añadiendo el último párrafo que hace alusión a las tarjetas, magnéticas o perforadas, asimilándolas al concepto legal de llave falsa, puesto que tales tarjetas son las que permiten el acceso a un lugar cerrado y no las de crédito o débito, cuya utilización para apoderarse de dinero ajeno está expresamente prevista en el art. 248.2 c) del Código Penal.

En resumen, se debe aplicar la estafa —frente al robo con fuerza en las cosas— en su número 2.º C del art. 248 del Código Penal, por la tipificación de la conducta de forma expresa, siendo este texto legal nuevo más beneficioso para los acusados, y ya vigente a la fecha del dictado de la resolución impugnada»(SAP de Madrid 235/2012, de 26 de marzo [JUR 2012\168225]).

2.1.2. Subtipos agravados (Arts. 240.2 y 241)⁵

2.1.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 19

En la madrugada del día 11 de mayo de 2009, sobre las 2 horas, el acusado Carlos Jesús H.M., mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió al Castillo-Convento de Calatrava la Nueva en el término municipal de Aldea del Rey, donde tras fracturar el candado de acceso de la puerta «Villavieja», entró en la Iglesia que hay en el interior del Castillo, y forzando un baúl que contiene restos antiguos, se apoderó de tres bolsas, que debidamente etiquetadas contenían restos de huesos humanos correspondientes a frailes calatravos de entre los siglos XVI a XVIII allí enterrados. El acusado fue sorprendido en el exterior del Castillo por agentes de Guardia Civil, llevando las mencionadas bolsas en el interior de otra bolsa negra para guardar la cámara de fotos, con la que también estuvo haciendo fotografías. Los restos fueron entregados a la Directora de la Excavación del Sacro Convento y Castillo de Calatrava la Nueva. Las instalaciones del Castillo se encuentran bajo la protección del Decreto de 22 de abril de 1949 y la Ley 16/85 sobre el Patrimonio Histórico Español.

CASO N.º 20

Entre las 13:15 y las 17:30 horas del día 28 de octubre del 2013, el acusado, Esteban, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito entró en el patio de la vivienda sita en la Calle000 núm.000 de Puerto del Rosario, domicilio de Manuel,

⁵ Con la LO 1/2015 se incluye un nuevo supuesto agravado determinado por el modo de comisión (butrones alunizajes) o la gravedad de los daños causados.

empujando para ello la puerta de entrada del patio de la vivienda hasta que el pestillo de la misma se desprendió del marco de la puerta. Una vez en su interior, se apoderó de diversos pájaros, entre ellos una Neuphema de colores, una pareja de Diamantes de Goul, una pareja de Radadilla Roja de colores y siete canarios, que han sido tasados pericialmente todos ellos en la cantidad de 215 €, reclamando su propietario por ellos al no haber sido recuperados.

CASO N.º 21

Sobre las 23:30 horas del día 22 de octubre de 2010 Baltasar, Bruno Y Cirilo, se dirigieron al chalet, propiedad de Doña Pura, situado en la finca «El Moreal» y tras saltar la valla que protege la finca, forzar la cerradura y el marco de la puerta entraron en la vivienda, revolviendo todo su contenido. Posteriormente, se dirigieron al cuarto de aperos, existente en la misma finca, y tras forzar dos barrotos de la reja de la ventana y romper el cristal y el pestillo de las contraventanas, consiguieron acceder al interior del mismo, siendo sorprendidos por los agentes de la Guardia Civil cuando se encontraban en su interior. Los desperfectos causados en la vivienda y en el cuarto de aperos han sido tasados en la cantidad de 393,38 € según informe pericial, por los cuales reclama D.^a Pura.

CASO N.º 22

En la madrugada del 5 de agosto de 1996 los acusados Manuel S. G. y Olivero H. M., puestos de acuerdo y con ánimo de beneficio, se trasladaron en la localidad de Baza, en orden no establecido, al «Colegio Fray Luis de León», dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, y a la «Residencia Escolar Doctor García Arán», situados en el recinto de la barriada de Espíritu Santo; en cada uno de ellos accedieron al interior mediante el rompimiento de ventanas respectivas con aquel propósito y de ellos tomaron, del primero dos radio-cassette Hitachi, con dos altavoces y un amplificador; y del segundo un vídeo marca Sanyo y una colección de música en discos clásicos.

A través de llamadas anónimas, recibidas la primera a las 19:50 horas del mismo día 5, se dio noticia telefónica a agentes de Policía Nacional de Baza de que observaban como los acusados extraían un vídeo y diversos objetos de una cueva abandonada y los introducían en el vehículo R-12 B-...-I, propiedad del padre de Manuel S.; trasladados los agentes al inmueble indicado ocuparon dentro de él la colección musical, un radio cassette y los altavoces que fueron entregados a los centros respectivos.

CASO N.º 23

El día 19 de septiembre de 2008, sobre las 13:20 horas, el acusado Cirilo D., mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, con ánimo de apoderarse de dinero, joyas y cuantos efectos valiosos encontrarse, se dirigió al Hotel Dorada Palace, sito en el Camino de los Pascales de Benidor, y siguiendo un plano de las instalaciones del Hotel que días antes le había entregado su amigo, Matías G., técnico de mantenimiento del citado Hotel desde hacía 8 años, procedió a escalar un muro de unos dos metros que rodea al Hotel, y así accedió al recinto del hotel, y una vez dentro del jardín subió por la escalera de incendios y desde allí saltó a la terraza de la habitación n.º311 en la tercera planta, sin llegar a entrar en la mencionada habitación al ser sorprendido por el personal del hotel, quien lo retuvo hasta la llegada de los agentes de la autoridad.

2.1.2.2. Jurisprudencia

«Alega, por su parte, la defensa apelante que los acusados, en todo caso, desconocían el valor artístico del palacio del que se tomaron los objetos de que se trata, por lo que no sería aplicable la circunstancia prevista en el *artículo 235.1.º* del CP. A fin de dar respuesta a tal pretensión hemos de destacar, de un lado, que no se discute el hecho objetivo de que el material incautado se concretaba en unos balaustres de forja del palacio de Urbasa, el cual está calificado como edificio valioso incluido en el Catálogo Monumental de Navarra.

Sentado lo anterior cabe destacar que examinado lo actuado, particularmente las propias fotografías correspondientes a dicho palacio y a sus balcones obrantes en las actuaciones, revela ello la realidad, perfectamente perceptible, de que se trata de un edificio de relevancia especial, fuera de lo común u ordinario.

En todo caso, como señala el juzgador de instancia, los acusados conocían la zona y el propio palacio, por lo que difícilmente pudo pasarles desapercibida su relevancia o interés artístico o histórico.

Por otra parte, los propios acusados no han admitido, siquiera, su autoría, no habiendo alegado los mismos personalmente, por tanto, ningún error en orden a ese posible desconocimiento acerca del hecho que determina la apreciación de la circunstancia de agravación contemplada en el artículo 241.1, en relación con el artículo 235.1.º, ambos del Código Penal.

Y en tal sentido ha de destacarse que el Tribunal Supremo tiene declarado de manera reiterada «que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación» (*STS 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1405)*), sin que en este caso se haya probado de ningún modo la realidad de ese posible error.

Compartimos, por consiguiente, también en este aspecto, la valoración efectuada por el juzgador de instancia acerca de la procedencia de aplicar la referida circunstancia de agravación en el presente caso» (*SAP de Navarra 121/2015 de 16 de junio de 2015 [ARP 2015/808]*).

* * *

«Ante todo debe recordarse que, tal y como viene señalando la Jurisprudencia de forma reiterada, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de resultar tan probadas como el hecho mismo y así como la prueba de los hechos corresponde a las acusaciones, la de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal incumbe a la parte que las alegue (*SSTS de 6 de marzo de 1989, 25 de enero de 1990 y 16 de marzo de 1991, entre otras muchas*).

Y con respecto a la agravación específica que nos ocupa, la *STS* núm. 189/2003, de 12 de febrero (*RJ 2003, 1087*), señala: «La interpretación amplia de la consideración de un bien como de interés cultural, histórico o artístico, aunque no reúna los requisitos formales de orden administrativo, contemplados en la Ley del Patrimonio Histórico de 1985 (inclusión en Inventario general, etc.), aplicable al tiempo de los hechos enjuiciados y precedente de la hoy vigente, de 21 de enero de 1994, viene establecida en el propio *artículo 46* de la Constitución Española que encomienda a los Poderes públicos la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España «...cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad».

A efectos de la calificación penal del supuesto especialmente agravado del delito de Hurto, por recaer éste sobre bienes de tal naturaleza, ya decía la *STS* de 12 de

noviembre de 1991 que «la circunstancia séptima del art. 506 se introduce por la reforma de 1983 y no hace sino obedecer al mandato constitucional, el cual viene a resolver la cuestión de si tal protección penal exige una previa declaración administrativa que resuelva la integración de los bienes del patrimonio histórico, cultural o artístico. Así lo vinieron a exigir los proyectos de reforma de 1980 y 1982, pero tal exigencia desapareció en el proyecto de reforma urgente y parcial de 1983. Y éste es el criterio que se ha impuesto en la doctrina científica en tanto que el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que se actúe la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad. Así lo entiende también la jurisprudencia (S. 6-6-1988), no obstante la aparición de la Ley de 25-6-1985 sobre regulación del Patrimonio Histórico, de carácter administrativo» (SAP de Lleida 370/2014, de 9 de octubre [JUR 2015\41976]).

* * *

«El Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 30-10-2007 (*JUR 2007, 351826*) dice literalmente que «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, *artículo 74.1 CP* queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración»; haciendo aplicación de tal acuerdo, la sentencia de 24-1-2008, respecto a la hipótesis de que las distintas cuantías fueran individualmente insuficientes para la cualificación, pero sí globalmente consideradas, afirma que lo correcto sería «la aplicación del art. 250.1.6 C.P., cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 pts. (cuantía que entonces se manejaba), en conjunto sí superan esa cifra», si bien en tales casos «no se aplica el párrafo 1.º del art. 74, sino el segundo, 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*» (SAP de Murcia 224/2014, de 17 de junio [ARP 2014\740]).

* * *

«La jurisprudencia (SSTS, Sala 2.^a, de 22 Dic. 1998, N.º 1723/2000, de 10 Nov) ha venido sosteniendo que el fundamento de la agravación de cometerse el robo en casa habitada, además del de mayor peligrosidad de esta clase de robo, se apoya también en el plus de protección que merece el bien jurídico de la intimidad también lesionado cuando el robo se perpetra en una vivienda, aunque no sea el domicilio habitual, dado que el concepto de «casa habitada» del art. 241 no tiene por qué coincidir con el de domicilio habitual («aunque accidentalmente se encuentren ausentes» dice el art. 241.2), y la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera que debe aplicarse el subtipo también en los casos en que el robo se lleva a cabo en una morada que no se utiliza de modo permanente o que solo sirve de vivienda en épocas determinadas o inciertas, como lo es un chalet (STS, Sala 2.^a, N.º 373/1998, de 24 Feb. 1999), las viviendas de temporada (SSTS, Sala 2.^a, N.º 629/1998, de 8 May. y N.º 1272/2001, de 28 Jun.) o las segundas viviendas, incluso en ciudades distintas, en donde es irrelevante la previa comprobación de la ausencia de los moradores porque éstos pueden presentarse en cualquier momento (ATS, Sala 2.^a, de 6 Jun. 1999 y STS, Sala 2.^a, Núm. 295/1999, de 24 Feb b.)» (SAP de Castellón 240/2014, de 18 de junio, [JUR 2014\230096]).

* * *

«Por local o edificio abierto al público hay que entender aquel cuyo acceso no está limitado a determinadas personas sino que se encuentre libre para que pueda entrar quien lo desee»(STS 1506/2001, de 20 de julio [RJ 2001\7292]).

* * *

«(...) no es impedimento para la aplicación del tipo penal agravado (...), habida cuenta que dentro del mismo se encuadra también el robo en local o edificio abierto al público, debiendo entender que para poder hablar de local o edificio abierto al público a estos efectos, se requiere de la existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un inmueble o lugar cerrado que den cobertura a la actividad que allí se desarrolla, permitiendo el acceso físico de público a su interior. Desde esta perspectiva, no puede negar el recurrente que los restaurantes se encuentran incorporados al concepto de local abierto al público, tal como lo acabamos de definir.

A este respecto, hemos de partir de una doctrina muy reiterada, que se inicia con un acuerdo adoptado en un pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 22 de mayo de 1997 y recogida en múltiples sentencias del citado Tribunal (16 (RJ 1997, 4724) y 27-6-1997, 10-7-1997 (RJ 1997, 5493), 27-11-1997, 10-3-1999, 17-3-1999, 11-5-1999, 24-11-1999 (RJ 1999, 8721) y particularmente la de 22-5-1998 (RJ 1998, 2944), que hace un estudio profundo del tema), en virtud de la cual, para que pueda aplicarse este tipo de robo con fuerza en las cosas cualificado por haberse cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, es necesario, no sólo que se trate de lugar destinado a una actividad que se desarrolla con puertas abiertas para que pueda entrar quien lo desee, sino que efectivamente en el momento concreto del hecho delictivo se encuentre abierto, de modo que en aquellas horas o días en que se halle cerrado no cabe aplicar esta norma. Y ello porque conforme al principio de legalidad, no caben interpretaciones extensivas que se producirían si se apreciara esta agravación cuando el local de hecho no está abierto al público sino cerrado por la razón que sea.

Al mismo tiempo, queremos señalar que el fundamento de esta agravación radica, conforme a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 7-11-1997 (RJ 1997, 7920) y 2-2-1998 (RJ 1998, 409), entre otras en dos razones que la justifican:

- 1.^a La peligrosidad para las demás personas que pudieran encontrarse en el lugar del robo, ante posibles reacciones del ladrón caso de ser sorprendido y tratar de huir, a semejanza de los casos en que estos hechos ocurren en casa habitada, en que se reconoce este fundamento en la agravación correspondiente junto con el que le es más característico: el atentado contra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.
- 2.^a La vulneración de la confianza de los titulares del local que, precisamente por esa confianza en que cuantos allí acceden se han de comportar de modo adecuado, lo tienen abierto al público.

Conjuntamente, hemos de tomar en consideración la *Consulta de la Fiscalía General del Estado núm.11/1997, de 29 de octubre (JUR 2002, 36463)*, en la cual se concluye que en los supuestos de robo con fuerza en edificios o locales abiertos al público, el subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concurra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local» (SAP de Zaragoza 260/2009, de 31 de julio [JUR 2009\407615]).

* * *

«Con todo lo afirmado podemos concluir, que una persona que va con los otros acusados al lugar del robo, que señala la vivienda en que debe ejecutarse, que espera fuera de la casa, que se comunica con los otros atracadores que se hallaban dentro en varias ocasiones y durante el tiempo que se comete el hecho, que recibe parte del dinero sustraído (500 euros), que indica a los otros que no se haga daño a los moradores, que escapa con los demás una vez consumado el delito, etc., es indudable que estaba plenamente concertado con los otros dos, desplegando la actividad, que en el plan proyectado, le correspondía hasta la culminación del robo» (STS 807/2013, de 30 de octubre [RJ 2013\7338]).

* * *

«En este sentido más extensamente la STS de 11 de febrero de 2000 establece que «el concepto de casa habitada, según tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia, no puede quedar limitado al de vivienda habitual o domiciliaria de su poseedor por cualquier título, ya que por tal ha de entenderse lo que hoy día se llama «segunda vivienda» o, incluso, otro tipo de aposento que pueda ser utilizado, con mayor o menor frecuencia, por quien detenta esa posibilidad de uso. Así nos lo indican, por citar algunas, las sentencias de 19 de mayo de 1986 y 13 de febrero, 21 de abril y 14 de julio de 1989, cuando nos dicen, entre otras cosas, que «por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación aunque tan sólo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo necesario que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente», es decir, que con este simple dato se cumple la verdadera «ratio legis» de la norma agravatoria que no es otra que, además del ataque a los bienes ajenos, la mayor peligrosidad que supone penetrar en casa habitada o con posibilidad de serlo en cualquier momento (STS 8-7-1991)». También la STS de 25 de enero de 2002 señala que: «La autocaravana, durante su ocupación por su titular, debe ser considerada como casa habitada en el sentido de este artículo, cuando reúna todas las características de una morada habitual. La ley establece el requisito de habitualidad implícitamente al determinar que la ausencia del titular puede ser accidental. A contrario sensu, se debe entender que el uso como morada debe ser habitual, sin perjuicio de los demás elementos que caracterizan una morada»» (SAP de Castellón 42/2013, de 6 de febrero [JUR 2013\150266]).

2.2. El robo con violencia o intimidación

2.2.1. Tipo básico (Arts. 237 y 242.1)

2.2.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 24

En la madrugada del día 20 de febrero de 2011, Raimundo V.B., nacido el día núm.000 de 1993 en España con DNI núm.001, puesto de común acuerdo con otra persona mayor de edad y guiados por un ánimo de ilícito enriquecimiento, se dirigieron a Pedro Antonio que viajaba en el tren de FGC dirección a Sant Cugat del Vallés, de forma que cuando aún no habían llegado a la estación de Les Planes, mientras uno de ellos le pedía un cigarro, el otro aprovechó para apoderarse de la chaqueta que el

Sr. Pedro Antonio tenía en el asiendo de al lado. Al advertir este hecho, el Sr. Pedro Antonio trató de impedirlo, momento que le agarraron de las muñecas para además intentar quitarle su reloj, haciendo entonces el tren parada en la estación. El acusado y su acompañante consiguieron llevarse la chaqueta en la que además el Sr. Pedro Antonio llevaba su teléfono móvil Blackberry y una cartera con 60 euros, DNI y tarjeta bancaria ING DIRECT.

CASO N.º 25

Sobre las 16: 40 horas del día 14 de septiembre de 2011, el acusado, D. José Manuel C.G, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en el establecimiento Carrefour, sito en la calle Vía Complutense, s/n, de la localidad de Alcalá de Henares, y con el propósito de obtener un ilícito beneficio económico, se apoderó en la zona de perfumería de una crema, escondiendo las misma entre la ropa. A continuación, el acusado se dirigió a la salida del establecimiento y, cuando se disponía a abandonarlo por la puerta de salida, fue requerido por el vigilante de seguridad, D. Juan Enrique E. M., y con ánimo de infundirle temor, le manifestaba «como venga la policía te va a suceder algo, hijo de puta». Acto seguido, tras quedar el Sr. Juan Enrique indefenso en el suelo a consecuencia de la agresión, el Sr. José Manuel huyó del lugar.

CASO N.º 26

El acusado, Valentín.A., nacido el 14-12-1970, mayor de edad, con DNI núm.000, condenado ejecutoriamente en sentencia de fecha 20-1-1993 a la pena de dos años, cuatro meses y un día prisión por un delito de robo, con intención de procurarse un beneficio patrimonial ilícito, el día 4 de septiembre de 1997 y sobre las 17.30 horas, cuando se hallaba en el «Corte Inglés», se apoderó de un cepillo de madera Black and Decker cuyo dispositivo de seguridad comenzó a sonar cuando pasó por debajo de uno de los arcos de seguridad en el que se encontraba María Belinda H., empleada del establecimiento mencionado que intentó detener al acusado y recuperar el efecto mencionado, produciéndose entonces un forcejeo en el transcurso del cual María resultó con lesiones por las que precisó la primera asistencia médica y estuvo incapacitada parcialmente 15 días, no logrando su propósito pero siendo el acusado detenido inmediatamente por empleados de la firma.

CASO N.º 27

El día 22 de mayo de 2012, sobre las 9.30 horas, el acusado José Antonio D. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, abordó por la espalda, repentinamente, a Marina M. V., y con ánimo de obtener un beneficio ilícito, de un fuerte tirón le arrebató dos colgantes de brillantes que portaba prendidos en una cadena en el cuello y una bolsa de plástico que portaba, conteniendo un monedero con 300 euros, dándose inmediatamente a la fuga siendo perseguido por la misma Mariana y otra persona que, en unión de otros viandantes, lograron alcanzar al acusado, momento en que éste esgrimió unas tijeras que portaba para procurarse la huida, lo que consiguió. Alertados los servicios de seguridad del Metro, se logró la posterior detención del acusado a quien le fueron intervenidas unas tijeras, sin recuperarse los colgantes aunque sí el monedero con los 300 euros. La señora Marina M.V. no reclama indemnización alguna por haber sido ya indemnizada por su compañía de seguros. Como consecuencia del tirón, Marina tuvo fuerte dolor postraumático en brazo izquierdo irradiado a

región torácica lateral izquierda, teniendo que ser asistida en un Centro Asistencial, si bien no resultó lesionada, aunque sí con un cierto grado de ansiedad.

CASO N.º 28

El día 17 de septiembre de 2010, sobre las 22.40 horas, Francisco Alfredo R. P., mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delito de robo con fuerza, en sentencia de 15 de mayo de 2007 a la pena de 14 meses de prisión, se acercó a Alfonso C. B. y a Ana R. M., que se encontraban sentados en un banco de la calle Portales de la ciudad de Logroño, a quienes, en términos conminatorios, y manifestando que era portador del SIDA y que podía pegárselo, les pidió el dinero que llevaban. Ante esta actitud, Alfonso y Ana le entregaron respectivamente, 45 y 55 euros. No conforme con ello, el acusado, tras empujar a Alfonso, registró los bolsillos de éste, haciendo además de hacerlo con Ana, a lo que se opuso su acompañante. Finalmente, el acusado abandonó el lugar.

2.2.1.2. *Jurisprudencia*

«La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer (STS 373/2002, de 28 de febrero).

El delito de robo se define, con carácter genérico, por el empleo de fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o por el empleo de violencia o intimidación. Esta violencia o intimidación definitoria de esta especial modalidad del robo, se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atenazado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. Como dice la Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 2000, *la intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad*. Son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de indefensión y desamparo.

La violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido. *En la intimidación se amenaza con un mal inmediato que atemoriza a la víctima, quien para evitarlo entrega la cosa*. La intimidación puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto y capaz de infundir temor en la víctima a una agresión mayor (Sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1999 y ATS de 4 de febrero de 2002).

La intimidación ha de ser entendida en sentido amplio y omnicompreensivo, basando las frases amedrentadoras, seriamente sugerentes de un mal afectante a los más preciados bienes del sujeto pasivo de la vis compulsiva. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de procedencia por empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias a amenazantes cuando por las circunstan-

cias —ausencia de terceros, superioridad física del agente, crispación o tensión espiritual del mismo, credibilidad de los males anunciados u otras semejantes, etc.— haya de reconocérseles idoneidad para la provocación del efecto inhibitorio pretendido. La intimidación se produce cuando se inspira al receptor un sentimiento de temor o de angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario, paralizante de la normal reacción de rechazo o de defensa frente a la avasalladora exigencia del autor intimidante» (SAP de Madrid 424/2014, de 10 de junio [JUR 2014\245596]).

* * *

«Se dice que añadir sustancia estupefaciente al whisky no constituye la violencia o intimidación exigida por tal norma para penar esta clase de robo.

(...) dos *sentencias de esta sala, las 2442/1992 (RJ 1992, 9639) y 2395/1993 (RJ 1993, 8006)* que, terciando en la polémica doctrinal existente sobre esta materia, afirman que el suministro de narcótico a una persona valiéndose de este medio para privarla del conocimiento y así poder apropiarse de cosas muebles ajenas constituye la violencia contra las personas propia de esta clase de infracción penal. Con el argumento siguiente:

«Es puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos: anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro; toda acción de la víctima renuente a ser despojada. La administración de un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que se la atara) es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.» (STS 133/2004, de 11 de noviembre [RJ 2004\7648]).

* * *

«Esta Sala ha considerado que cuando se utiliza la violencia o la intimidación antes de alcanzarse la consumación del delito de apoderamiento, como medio de conseguir la disponibilidad sobre los objetos sustraídos, aun cuando el apoderamiento inicial se ha producido sin violencia ni intimidación, éstas se integran con el apoderamiento y transmutan el hurto en robo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 7-4-1981 (RJ 1981,1604), 5-3-1984 (RJ 1984,1707), 22-4-1988 (RJ 1998,2852), 21-10-1991 (RJ 1991, 7326), 572/1998 (RJ 1998,3818), 725/1998 (RJ 1998,4888), 1041/1998 (RJ 1998,7491), 281/1999 (RJ 1999,1431) y 858/2000, de 22 de mayo, entre otras. Asimismo, en el Pleno de 21 de enero de 2000 se adoptó como criterio jurisprudencial unificado el acuerdo de que la violencia física o intimidación ejercidas antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integran el delito de robo violento, criterio aplicado en resoluciones posteriores como las sentencias de 24 de enero de 2000 (RJ 2000,928), 858/2000, de 22 de mayo, y 934/2001, de 23 de mayo.

También constituye criterio jurisprudencial consolidado que en los supuestos de sustracciones en un local o establecimiento ajeno no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito de apoderamiento, mientras el autor del mismo no sale del local con las cosas sustraídas y no supera, por tanto, los controles establecidos por el propietario del mismo» (STS 204/2002, de 12 de febrero [RJ 2002\2816]).

* * *

«Respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación, la jurisprudencia (SSTS, entre otras, de 18-9-1993 (RJ 1993, 6769), 13-12-1995 (RJ 1995, 9243), 29-6-1999 (RJ 1999, 6120), 31-1-2000 (RJ 2000, 451) o 25-7-2000 (RJ 2000, 6921), citadas por la STS n.º 1564/2002 (RJ 2020, 9972)), ha rechazado reiteradamente la aplicación de la figura del delito continuado en atención a los bienes jurídicos eminentemente

personales que, junto a los patrimoniales, se ven afectados por esta clase de conductas, resaltando de esta forma la individualidad jurídica de cada acción. Así, se ha dicho, STS n.º 97/2010 (RJ 2010, 1418), que «...el delito de robo con violencia es pluriofensivo en cuanto atenta a la vez al patrimonio y a la libertad de las personas, daño tipo de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva, tanto entre distintos robos con violencia o intimidación (SSTS. 78/2000 de 31.1 (RJ 2000, 451), 1336/2000 de 25.7 (RJ 2000, 6921)), como entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto (SSTS.6.11.85, 18.7.86 (RJ 1986, 4334), 26.10.90 (RJ 1990, 8313), 23.6.93 (RJ 1993, 5214))».

Esta exclusión no ha impedido, sin embargo, considerar como un único delito de robo, aunque sean varios los sujetos pasivos, el apoderamiento que se efectúa aprovechando la intimidación ejercida en el mismo acto sobre distintas personas con finalidad depredatoria de sus bienes muebles, conclusión que se alcanza sobre la base de la doctrina de la unidad natural de acción, que «...existe cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad. Son acciones separables pero del mismo tipo y repetidas en un corto espacio de tiempo, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario en respuesta a una también misma motivación» (STS n.º 659/1996 (RJ 1996, 6934)). Fuera de esos casos, el ataque a distintos patrimonios en diferentes lugares, aunque sean próximos, con sujetos pasivos diversos, dará lugar a la apreciación de varios delitos de robo» (STS 461/2011, de 25 de mayo [RJ 2012\3404]).

* * *

«En este punto (...) habrá que añadir, que es posible cometer un robo con violencia e intimidación si el agente aprovecha la comisión de otro delito en el que por el empleo de la violencia e intimidación el sujeto pasivo se halla a merced de los delincuentes, esto es, en situación de sometimiento de su voluntad por el efecto de la violencia utilizada. Pero en este caso para calificar los hechos de tal guisa sería preciso que ese propósito expoliatorio sobrevenido, se produjera prevaliéndose el sujeto activo de la anulación de la resistencia u oposición de la víctima por la violencia o intimidación empleada para la comisión de otro delito» (STS 1352/2011, de 12 de diciembre [RJ 2012\448]).

* * *

«El quinto motivo, por presunción de inocencia, alega en primer lugar, la inexistencia de prueba bastante para sustentar la condena por robo con violencia y subsidiariamente que los hechos declarados probados constituyen un delito de hurto y no de robo.

El motivo debe ser estimado en su segunda alegación. En el relato fáctico se expresa, en síntesis, que tras perpetrar la agresión, la acusada aprovechó la eliminación del obstáculo que representaba la presencia de la víctima, a la que ya había matado, para registrar diversas dependencias de la casa y con ánimo de obtener un beneficio económico, abrir armarios y cajones, sacando ropas y enseres, apoderándose de una serie de joyas pertenecientes mayoritariamente a la madre de la víctima, que no han sido recuperadas.

(...) Ahora bien, es cierto, como reconoce el propio Ministerio Público, única parte acusadora, que dicho relato no se infiere necesariamente que la agresión tuviese

como motivación el apoderamiento de los objetos, pues únicamente se expresa que la agresión se produjo cuando la acusada y el fallecido se encontraban solos en la vivienda, en el curso de una discusión cuya motivación no se expresa. Cabe la posibilidad de que esta discusión estuviese relacionada con el deseo de la acusada de apoderarse de las joyas de la madre de la víctima para adquirir droga, pero eso no consta en la sentencia, en la que únicamente se expresa que la sustracción se realiza ante la situación fáctica de que el piso y su contenido habían quedado a disposición de la agresora tras el fallecimiento de la víctima. No consta, en consecuencia, que la violencia se produjese para consumar el apoderamiento, por lo que la sustracción debe calificarse de hurto, como interesa el Ministerio Fiscal en su contestación al recurso» (STS 583/2012, de 10 de julio [RJ 2012\8037]).

* * *

«Se niega la existencia de los delitos de robo al no existir violencia o intimidación ejercitada de forma coetánea o inmediata a la acción de sustraer los efectos.

No es ese el criterio mantenido por esta Sala en supuestos similares, como se expresa en la *Sentencia 971/2006, de 10 de octubre (RJ 2006, 7651)*, en la que se declara que el propio recurrente admite la sustracción del dinero, si bien niega la existencia de intimidación, la cual resulta acreditada por la propia dinámica de los hechos, pues el empleo de intimidación para el ataque a la libertad sexual se prolonga al desapoderamiento. Y similar criterio se expresa en las *Sentencias de esta Sala 310/2007, de 2 de abril (RJ 2007, 2855)* y *966/2001, de 29 de mayo (RJ 2001, 4575)*, en la que se declara que el apoderamiento de los bienes se produce en un marco intimidativo originado, por la notoria violencia física desarrollada por el acusado para consumar la agresión sexual, y se añade en esta Sentencia que la violencia o intimidación cualificativa del robo no es necesario que se conecte de manera inmediata y sin solución de continuidad con el apoderamiento, sino que es suficiente con que esté presente tanto antes como durante o después de la aprehensión de la cosa. La ejecución del tipo de apoderamiento tiene lugar en el contexto de una situación de fuerza física, ejercida sobre la persona que finalmente resulta despojada de sus bienes. No se pone en marcha una actuación inocua o aséptica para apoderar del contenido del bolso, sino que se aprovecha de la situación de absoluta indefensión e inmovilización en que se encontraba la víctima, por lo que los hechos deben ser calificados como robo violento del artículo 237 del Código Penal, en relación con el artículo 242 del mismo texto legal» (STS 167/2010, de 24 de febrero [RJ 2010\563]).

* * *

«Este criterio es acogido en la *Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 1704/1999, de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 928)*, en la que se dice que «esta Sala, en reiteradas sentencias (Cfr. *Sentencias de 2 de febrero (RJ 1994, 649)* y *6 de junio de 1994 (RJ 1994, 4964)*, *17 de enero de 1997 (RJ 1997, 335)*, *12 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4361)*), ha venido distinguiendo la violencia ejercida durante el proceso de apoderamiento de los efectos sustraídos o fase comisiva de aquella otra cuyo exclusivo fin es lograr la fuga e impedir la detención cuando la consumación se hubiera alcanzado. En el primer caso la violencia califica el delito contra el patrimonio conformando el delito de robo, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada, y en el segundo se escinde completamente del delito contra el patrimonio configurando exclusivamente una figura, en su caso, contra la integridad física.

(...) En la misma línea se expresa la *Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 1722/2001, de 2 de octubre (RJ 2001, 8548)*, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha venido exigiendo que la violencia o intimidación sobrevenidas no sean posteriores y desconectadas con la sustracción sino que formen parte del apoderamiento. Así en la *sentencia de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990, 2963)*, se dice que «la transmutación del hurto en una modalidad violenta de apoderamiento de lo ajeno se produce también cuando los autores utilizan o emplean medios intimidatorios o agresivos no sólo para consumir el despojo sino también para proteger su huida. El efecto intimidatorio puede actuar de manera eficaz y determinante sobre los sujetos pasivos del despojo o los que acuden a proteger los bienes y a prestar ayuda a la víctima». En sentencias posteriores, ya dictadas aplicando el nuevo Código Penal se ha mantenido el mismo criterio. Así, en la *sentencia de 27 abril 1998 (RJ 1998, 3818)*, se dice que «ha sido unánime la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de transmutación de una a otra especie de robo, siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el «iter criminis» del delito proyectado e iniciado y éste no hubiera alcanzado la consumación. Y asimismo, en las *sentencias de 19 mayo (RJ 1998, 4888)* y *16 septiembre de 1998 (RJ 1998, 7491)*. Por fin, en las *sentencias de 26 febrero 1999 (RJ 1999, 1431)* y *9 marzo de 2001 (RJ 2001, 1930)*, al estimar el recurso interpuesto por el Ministerio fiscal, se aclara con cita de otras sentencias la doctrina de la Sala sobre los conceptos de apoderamiento y disponibilidad manifestando que «la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad» que marca el momento de consumación del delito y que puede ser posterior al apoderamiento. Y en la última «la violencia o intimidación sobrevenidas transmutan en robo violento la infracción precedente integrante de hurto o de robo con fuerza en las cosas, siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio, que se produce cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas» (TS 65/2013, de 30 de enero [RJ 20133168]).

* * *

«En este tema la *S.T.S. 20-7-2001 (RJ 2001, 7294)* precisa que la autoría material que describe el *art. 28 CP*, no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el *CP*, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Como dice la *STS 27-9-2000*, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor 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.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho» (STS 878/2003, de 3 de diciembre [RJ 2014\1834]).

* * *

«De este delito han de ser responsables los tres acusados, Rodolfo, Héctor y Abel, en concepto de autores conjuntos, dado que los tres se pusieron de acuerdo y se concertaron previamente para la comisión del robo, siendo Abel el instigador del mismo y quien facilitó la información necesaria para su preparación, (...), conviniendo entre ellos tres un reparto de tareas a la hora de perpetrarlo, porque aunque Rodolfo y Héctor fueron los ejecutores materiales del robo, Abel aportó su vehículo para desplazarse al despacho, así como facilitó la defensa eléctrica —conseguida seguramente dado su trabajo de mecánico— y antes de subir al mismo realizó una llamada desde su teléfono para verificar y comprobar que el Sr. Leoncio estaba sólo; y una vez hecho esto y mientras Rodolfo y Héctor subían a las oficinas él se quedó a la espera en el coche y por tanto asumiendo funciones de vigilancia. (...) Conforme a ese mismo acuerdo los tres acusados huyeron del lugar a bordo del vehículo conducido por Abel y en prueba de que existía un pacto de realización conjunta del robo, el botín obtenido se repartió entre los tres acusados a partes iguales.

De todas formas y aún cuestionando que Abel pudiera ser coautor material del robo por no haber tenido el condominio funcional de la acción depredatoria en el interrim en que Héctor y Rodolfo ejecutaban materialmente el robo, habría de ser considerado igualmente autor del hecho por cooperación necesaria, dado que su intervención en la planificación y ejecución del robo aportando información para su ejecución y facilitando la defensa eléctrica utilizada para aplicarla sobre la víctima, así como efectuando una llamada previa al despacho para verificar que la víctima estaba sola y realizando labores de conductor del vehículo utilizado para desplazarse al lugar del robo y luego para huir del lugar portando el botín, revela y pone de manifiesto que su aporte causal a la comisión del robo tuvo carácter esencial o principal y no fue en modo alguno meramente accesorio, por lo que no cabe calificar su participación a título de mero cómplice.» (SAP de Islas Baleares 120/2010, de 14 de diciembre [ARP 2011\376]).

* * *

«En el delito de robo con violencia o intimidación la actividad probatoria a valorar debe extenderse a todos y cada uno de los elementos típicos del delito, por lo que

ha de venir referida tanto a la sustracción como a la violencia o intimidación y a la conexión entre ambas, típicas de este delito. El requisito de la conexidad, expresada en la preposición «con», conecta la sustracción y la violencia y por ello exige que la violencia sea causal al robo de tal manera que su empleo sea instrumental al desapoderamiento. La exigencia típica de la instrumentalización de la violencia al desapoderamiento se integra cuando el acto violento se desarrolla en cualquier momento del iter sustractivo, desde la fase previa a la aprehensión hasta la disponibilidad de lo sustraído, y no concurre cuando entre la acción de sustraer y la violencia no aparece la conexión instrumental, o de medio o fin. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001, que estimó el recurso de casación interpuesto por el condenado por un delito de robo y anuló la sentencia condenándole por una falta de hurto, declara, entre otras consideraciones, que el robo con intimidación exige que ésta forme parte indispensable e insustituible de la actividad comisiva del agente dirigida al apoderamiento de efectos, la intimidación debe estar en relación de medio a fin con el apoderamiento de efectos, de forma que su empleo sea la causa determinante del mismo» (SAP de Cádiz 219/2011, de 7 de julio [JUR 2014\283575]).

* * *

«Recordemos los tres supuestos contemplados por la jurisprudencia de esta Sala, cuando la privación de libertad deambulatoria de la víctima se ejecuta en el seno de un delito de robo con violencia o intimidación.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP) o de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77), ha de ser una valoración jurídica. Si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, estaríamos ante un concurso de delitos, real o ideal (*STS 1424/2005 de 5 de diciembre (RJ 2006, 1927)*). O dicho de otra forma: si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos real o instrumental (*SSTS 479/2003 de 31 de marzo (RJ 2003, 4070)* ; *12/2005 de 20 de enero (RJ 2005, 1001)* ; *383/2010 de 5 de mayo (RJ 2010, 5798)* ; *1323/2009 de 30 de diciembre (RJ 2010, 2982)* ; *1202/2011 y 1011/2012*).

Habrà concurso ideal o instrumental de delitos (art. 77 Cpenal) cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la dinámica comisiva del mismo, siempre que la significación ilícita de la detención tenga tal relevancia que no quepa afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último. Así se viene pronunciando el Tribunal Supremo en casos de duración de la detención claramente excesiva, aunque, como dice, haya que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del de concurso de normas (*SSTS de 8 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8052)* ; *3 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1945)*; 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002 (*RJ 2002, 2634*)).

Por el contrario, el concurso de delitos será real (art. 73 Cpenal) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (*STS 1334/2002 de 12 de julio (RJ 2002, 6732)*), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (*SSTS 21 de noviembre de 1990 y 3 de mayo de 1993*); o si concluido el robo los autores realizan una acción para evitar libertad a la víctima (*SSTS 1890/2002 de 13 de noviembre (RJ 2002, 9835)*; *622/2006 de 9 de junio (RJ 2006, 3587)* y *292/2007 de 16 de febrero (RJ 2007, 2846)*).

Ahora bien, desde el reconocimiento de que los supuestos de concurso ideal y de concurso real en la práctica son fronterizos es lo cierto que en relación a la punición, ya se trate de concurso real o de concurso ideal, en el art. 77 del CP se establecen unas normas muy semejantes ya que en el caso de concurso real no obstante lo prevenido en el art. 73 del CP, cumplimiento simultáneo si fuese posible, y obviamente, sucesivo en otro caso —art. 75 CP—, para tal supuesto hay que atenerse a la regla del art. 77-2.º CP según el cual «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de lo que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente».

En caso de concurso medial/instrumental se fija la misma regla» (STS 480/2015, de 2 de julio [RJ 20153582]).

2.2.2. Subtipos agravados (Art. 242.2 y 3)⁶

2.2.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 29

El acusado Juan Ignacio, actuando conjuntamente con otra persona de identidad no determinada, sobre las 18:30 horas del día 9 de noviembre de 2011, vistiendo ropas militares y con sus cabezas cubiertas con pasamontañas para impedir su identificación, se dirigieron al núm. 75 de Castiello, en las proximidades de la localidad de Lugo de Llanera, inmueble que constituía la morada donde residían los esposos Blas y Sara, de 79 y 75 años de edad respectivamente.

El acusado y su acompañante entraron en la vivienda, cuya puerta principal estaba abierta, y sorprendieron a los moradores en la cocina, diciéndoles que se trataba de un robo y les exigieron la entrega de todo el dinero que tuvieran exhibiendo para intimidarles lo que parecía ser un arma de fuego cuyas características no están determinadas, y un palo.

Blas se negó inicialmente a entregarles dinero y comenzó a forcejear con uno de los autores llegando a alzar ligeramente el pasamontañas; sin embargo recibió un puñetazo y fue reducido. Seguidamente, fue sentado en una silla a la que le ataron con los brazos atrás con una cinta aislante que llevaban a tal efecto, y le amordazaron también con ella. Una vez fue inmovilizado Blas, el acusado y su acompañante se dirigieron a su esposa exigiéndoles la entrega de dinero extrayendo una navaja de unos 15 centímetros que colocaron al cuello de Blas por lo que ante esa situación Sara facilitó las carteras de ambos.

Los acusados cortaron el cable del teléfono, registraron las carteras y la vivienda y se apoderaron de unos 700 euros en metálico, una tarjeta para repostar gasóleo, otra de crédito de la entidad Cajastur, cuyo número de clave exigieron a las víctimas, dos teléfonos móviles y un video-reproductor. A continuación ataron con la cinta con los brazos atrás a Sara rodeándole las muñecas y colocándole un trozo de tela alrededor de los brazos y a la altura del pecho; después cogieron las llaves del vehículo a motor propiedad de las víctimas, el Audi matrícula....-JVB, con el que abandonaron el lugar llevándose el botín.

Después de la huida de los acusados, los esposos con gran esfuerzo y tras un tiempo no precisado lograron soltarse el uno al otro cortando las cintas con la boca.

⁶ La LO 1/2015 regula como supuesto agravado del robo con violencia o intimidación el cometido en establecimiento abierto al público, que en la anterior regulación no existía.

Como consecuencia de los hechos descritos Blas y Sara resultaron con lesiones que precisaron 10 y 8 días no impeditivos respectivamente para su curación.

CASO N.º 30

Sobre las 6:30 horas del día 10 de octubre de 2014, el acusado J.P., mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, animado por la intención de lucrarse ilícitamente a costa del patrimonio ajeno, abordó por la espalda a Salomé cuanto ésta se encontraba en la calle Mediterráneo, en la localidad de Bada, y colocándole a escasos centímetros del cuello una varilla metálica puntiaguda, le explicó en tono y actitud amenazantes que le entregara el bolso que Salomé portaba. Como quiera que ésta se negó a entregárselo, el acusado le arrebató, de la mano y de un fuerte tirón, el teléfono móvil marca Apple, modelo Iphone 4 con número de serie 00001, y su correspondiente funda, dándose inmediatamente a la fuga. Ante los gritos de Salomé, Luis R., un viandante que presencié los hechos, persiguió al acusado J.P., sin perderlo de vista, hasta que, finalmente, fue detenido por la policía a un km del lugar de los hechos.

CASO N.º 31

La acusada Lucía, mayor de edad, con DNI núm. 000, nacida el núm. 001 de 1963, con antecedentes penales no computables, es sobrina de Tamara, motivo por el cual sabía que Tamara y su marido, Mario, guardaban en su domicilio dinero y joyas que eran piezas que no se habían vendido tras la liquidación del negocio de joyería de Mario y otras pertenecientes al mismo y sus familiares, conociendo igualmente que el día 21 de abril de 2012 se disponían a celebrar sus bodas de oro. También por esta relación familiar tenía constancia que Tamara iba los jueves al mercado y regresaba sobre las 10:30 horas a su domicilio donde se quedaba sola mientras su marido iba a almorzar.

Sobre las 10:00 horas del jueves día 19 de abril de 2012, la citada Lucía y Alberto, mayor de edad (nacido el núm. 002 de 1969), con documento de identidad nacional núm. 001, y sin antecedentes penales, junto con otras dos personas, previamente concertados entre sí y con intención de apoderarse de las joyas y el dinero, se dirigieron al domicilio de Tamara y Mario, sito en la Avenida 000 núm. 004 de la localidad de Villena.

Una vez en el lugar, mientras Alberto permanecía en la calle, vigilando que Mario no regresase a la vivienda, con el fin de facilitar la actividad de despojo del resto de sus acompañantes, Lucía y los otros dos consiguieron subir a la vivienda de Tamara, diciéndole uno de ellos a través del videoportero que venían a traer un regalo del banco por las bodas de oro, accediendo al piso de Tamara, donde los dos hombres le dijeron que les diera el dinero y las joyas o la matarían, aviniéndose ella a abrir la caja fuerte, ante el temor de que cumpliesen tal conminación; y las dos personas y Lucía se apoderaron de dinero y joyas que había en su interior. A continuación, los dos asaltantes varones sentaron a Tamara en un sillón y le ataron los pies y la sujetaron rodeando el cuerpo, los brazos y el sillón con cinta adhesiva que previamente llevaban consigo con la intención de privarle de la posibilidad de moverse, al objeto de asegurar su huída y abandonaron el lugar en el vehículo conducido por Alberto, sabiendo que Mario no tardaría en llegar a casa. Muy poco después de irse los ladrones Tamara consiguió zafarse, sin especial dificultad, de la sujeción a la que le habían sometido.

Algunas de las joyas sustraídas fueron vendidas por Lucía y por Alberto en establecimientos de compra venta de oro de distintas localidades, no habiéndose recupe-

rado, ascendiendo el valor total de las joyas a 19.332 €, y el importe del dinero apoderado a 14.000 €.

CASO N.º 32

El día 19-9-08, sobre las 14 horas aproximadamente, los acusados Virgilio, mayor de edad, de nacionalidad brasileña, en situación irregular en España y sin antecedentes penales computables, y Juan Manuel, mayor de edad, de nacionalidad brasileña, en situación irregular en España y sin antecedentes penales computables, previamente concertados y con la intención de obtener un beneficio ilícito, accedieron a la entidad bancaria BANESTO sita en Salt, Girona, en la calle Mayor n.º 30, ataviados con gafas oscuras y gorras.— Una vez en el interior de la oficina, esperaron a que salieran todos los clientes que aún quedaban dentro y cuando ello se produjo, sacaron cada uno de ellos una pistola «soft air», calibrada para disparar bolas de «pvc» de 6 mm, y con la apariencia externa de un arma de fuego para los no avezados en la materia, amedrentando con ellas a los empleados Clemente, encargado de mantenimiento, Faustino, gerente de «pymes», y Hugo, subdirector. Ataron con cinta de carroceros las manos a los dos primeros quedándose uno de los acusados vigilándolos en el lavabo, mientras que el otro conminó al subdirector para que abriera la caja fuerte y el dispensador, cosa a la que el empleado accedió por el temor que le infundía el ser apuntado con la pistola. Mientras se abrían dichos depósitos, con un mecanismo de apertura retardada de 10 minutos, llegó a la oficina Mario, director, al cual también apuntaron con las pistolas y ataron. Una vez que se abrieron la caja fuerte y el dispensador, los acusados se apoderaron de 57.989,97 euros.— Después de ello, para impedir que los empleados pudieran pedir un pronto auxilio, los acusados los ataron nuevamente de manos y pies, incluso a uno de ellos con las manos por detrás de la espalda, y los dejaron dentro de un pasillo interior, al que el público no tiene acceso y que no puede ser visto desde el exterior, cerrando la puerta de ese pasillo con llave, solicitándoles que les entregasen los móviles que portaban. Pese a todo ello los empleados pudieron desatarse en unos minutos tirando con fuerza con las manos y mordiendo las ataduras, pidiendo auxilio al exterior a través de una «PDA2 que no le habían llegado a requisar a Clemente. Como no pudieron abrir por sus propios medios la puerta desde el interior del pasillo tuvieron que esperar a que se personasen los Mossos d'Esquadra en la oficina, pactando con ellos que esperarían hasta que la abriera un cerrajero para no tener que derribar la puerta por la fuerza.— El móvil de Hugo tenía un precio de 50 euros. Se desconoce el precio de los móviles de las marcas «Nokia» y «Siemens» pertenecientes a Mario.

CASO N.º 33

El acusado Jorge C. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 22.00 horas del día 19 de octubre de 2007, puesto previamente de acuerdo en la acción y en el propósito con dos mujeres más cuya identidad no consta, se introdujo en el hall del Hotel Cuatro Naciones, sito en las Ramblas,... de esta ciudad, y mientras el acusado y una de aquellas mujeres se dirigían a unas máquinas de expedición de bebidas allí instaladas, llamando con ello la atención del conserje de forma que éste salió de su habitáculo, aprovechando esta circunstancia la segunda de las mujeres se introdujo detrás del mostrador del establecimiento, haciendo suyas un total de 192 euros y 20 dólares que allí se encontraban. Cuando el conserje, Aurelio S. H., se percató de la acción y propósito del acusado y sus acompañantes, se dirigió hacia el mostrador, donde agarró a la mujer por el brazo e intentó recuperar el dinero que aquélla ya

había hecho suyo como el acusado observó la acción del conserje, tomó una mesa del local e intentó golpear con ella al conserje, momento en que éste se apartó de forma y manera que fue a golpear la mesa contra el mostrador, acto seguido, el acusado, tomando una pata rota de aquella misma mesa, golpeó al referido conserje, produciéndole contusiones y varias erosiones en antebrazo derecho, dorso y cuarto dedo de la mano derecha, en el quinto dedo de la mano izquierda, en la región dorsal, y en la axila izquierda, que curaron todas ellas en una primera asistencia después de siete días. El acusado fue detenido por una dotación de policía que acudió al lugar; sin embargo, las dos mujeres consiguieron darse a la fuga con el botín.

2.2.2.2. Jurisprudencia

«Lleva razón la representación del Ministerio Público cuando sostiene que la consumación del delito por parte de alguno de los coautores se comunica a los restantes partícipes. En efecto, de acuerdo con el criterio de la accesoriedad limitada, que rige en nuestro derecho, y que exige que el hecho principal haya sido típico y antijurídico, el grado de ejecución del hecho depende del alcanzado por la acción de los que lo ejecutan. Esto rige tanto para la coautoría como para la cooperación, sea ésta necesaria o no. Por lo tanto, si alguno de los coautores logró la consumación de la acción típica y antijurídica alcanzada por la decisión común al hecho, esta consumación es imputable a todos los partícipes que no hayan desistido del delito» (STS 1419/2002, de 29 de julio [2002\7947]).

* * *

«Constituye esencia del subtipo agravado (...) «uso de armas o medio peligroso», el aumento o potenciación del riesgo que corrieron las víctimas en función de la mayor capacidad agresiva de los autores y la correlativa mengua de la capacidad defensiva de aquéllas.

El Tribunal Supremo proporciona el concepto de un medio peligroso como todo instrumento que tiene un poder normativo o vulnerable, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intervención de su portador. Es decir el medio peligroso debe serlo objetivamente como refuerzo de una finalidad perseguida. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (entre otras STS 417/99, de 16 de marzo; 1401/99, de 8 de febrero) nos indica que la agravación por el medio peligroso o arma utilizada supone el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento, creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de defenderse.

El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor, al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al apoderamiento. Destaca por lo tanto, las características de las armas y de los medios peligrosos derivadas de: a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instrumentos que aunque generen temor o miedo objetivamente no lo son; b) su empleo y dentro de este término vale la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud, y c) su utilización debe estar dirigida, de medio fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental

al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento (STS 1455/2002, de 13 de septiembre). La exhibición de armas con clara finalidad intimidatoria equivale al uso agravado que contempla el precepto (STS 445/2003, de 1 de septiembre)» (SAP de Murcia 165/2015, de 8 de abril [JUR 2015\127120]).

* * *

«La consideración de dicho aparato como arma o instrumento peligroso deviene porque el Reglamento de armas aprobado por *Real Decreto 137 de 29 de enero de 1993 (RCL 1993, 788, 1267)*, le atribuye la condición de arma como tal (STS de 17 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9460), Sentencia 1511/2003) y el plus de agravación que justifica su inclusión como instrumento peligroso surge y se produce porque con dicho instrumento los acusados llegaron a aplicar efectivamente descargas eléctricas sobre el cuerpo de la víctima, por mucho que los acusados cuestionasen la intensidad de las mismas, incrementando con tal acción la posibilidad de que el perjudicado, más aún atendida su edad, sufriera un menoscabo en su integridad física, contribuyendo al mismo tiempo a debilitar las posibilidades de defensa que podía oponer la víctima, dado que según explicó cuando recibía las descargas se sentía como aturdido o paralizado.

(...) Al apreciar que el robo violento tiene la condición de agravado por la utilización en el mismo de un arma o de un instrumento peligroso, dado el carácter objetivo de dicha agravación ha de trascender y comunicarse a los tres acusados» (SAP de Islas Baleares 120/2010, de 14 de diciembre [ARP 2011\376]).

* * *

«(...) debiendo recordarse que la comunicabilidad del uso del arma a todos los partícipes se produce siempre que el correo tuviese conocimiento de la realidad por otro de los intervinientes y lo aceptase, o incluso, en un momento concomitante no demostrase su repulsa a tal uso, o bien se funde en el concierto delictivo previo o en la doctrina del dominio funcional. Por ello esta Sala tiene establecido repetidamente que el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, art. 242.2, integra un subtipo agravado de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes siempre que éstos tengan conocimiento al tiempo de la acción (SSTS. 930/2000 de 27.5 (RJ 2000, 4142)), independientemente de quien porte el arma (SSTS. 596/2002 de 8.3 (RJ 2002, 4347), 92/2006 de 9.2 (RJ 2006, 2815))» (STS 84/2010, de 18 de febrero [RJ 2010\3500]).

* * *

«Por otro lado no debemos pasar inadvertida la reforma operada en el *Código Penal (L.O. 5/2010 de 22 de junio)* con la introducción de un párrafo en el art. 242 C.P. que describe un tipo cualificado, fusionador de los bienes jurídicos, patrimonio, libertad e intimidad, concretamente el robo violento en casa habitada (par. 3 del art. 242 C.P.). Ello hace que bien reputándolo un delito independiente, dada la fecha de la comisión de los hechos (art. 202-2 C.P. por las amenazas y armas utilizadas para permanecer en la vivienda que también sirvieron para facilitar el robo y la detención ilegal) o bien considerando el subtipo agravado (art. 242-3.º C.P.) el delito se halla en concurso medial con el robo y la detención ilegal» (STS 666/2011, de 30 de junio [RJ 2011\5236]).

* * *

«Son de aplicación, por tanto, las agravaciones previstas en los núm. 2 y 3 del art 242 del CP, pues, indudablemente, es medio peligroso que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y a su vez crea un mayor riesgo real para la víctima, el bate, por su rotundidad y la potencialidad en la causación de daños, como lo demuestra los efectivamente producidos a Jacinto en hemicara y zona malar —maxilar (STS 28/12/10), la pistola que aun cuando no consta si es real o simulada se utiliza como medio contundente para golpear también a Jacinto en la cara (SSTS 13/9/02, 18/7/08, 15/11/11), y el pincho utilizado para intimidar a Gracia y facilitar la entrada en la vivienda.

En este supuesto, sin embargo, la simultaneidad en el empleo del bate y pistola, para potenciar la violencia y para causar la lesión, hace no procedente la doble incriminación de los respectivos tipos agravado en robo y lesiones (STS 28/5/09), al no existir un uso vulnerante requerido para la tipicidad de la agravación en las lesiones, una concreta mayor peligrosidad (STS 1/7/08), que justificaría la doble incriminación por el medio empleado también en las lesiones, sin producir vulneración del principio non bis in ídem» (SAP de Pontevedra 36/2015, de 20 de julio [JUR 2015\196943]).

* * *

«(...) lo que allí consta es que los implicados se concertaron, a partir de la información de Jesús Carlos, para realizar el acto de apoderamiento descrito; pero nada en el sentido de que ese concierto se hubiera extendido también a la acción criminal contra la vida, a la que, por tanto, Jesús Carlos fue ajeno.

Es cierto, y también lo apunta el Fiscal, que hay desviaciones posibles del plan inicial de los que acuerdan cometer conjuntamente un delito, a cuya responsabilidad ninguno de ellos podría sustraerse. Pero esto sucede únicamente en aquellos casos en los que esa eventualidad, puede decirse, pertenece a una cierta normalidad de la situación generada con el modo criminal de operar, lo que la haría en cierta medida previsible. Algo que no se da en los supuestos en que tal desviación emergente se caracteriza por una heterogeneidad y una ruptura esencial del marco en el que se hubiera producido.

Así las cosas, ocurre que el acuerdo sobre el robo no implicaba, en principio, en modo alguno el asesinato (...)» (STS 813/2014, de 3 de diciembre [RJ 2014\6498]).

2.2.3. *Subtipo atenuado (Art. 242.4)*

2.2.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 34

El menor expedientado, Abilio sobre las 01:45 horas del día 2 de julio de 2011, se dirigió a bordo de un ciclomotor, marca Yamaha Yog RR, acompañado de otro individuo no identificado, a los menores Ovidio y Ángel Jesús, cuando éstos se encontraban en la zona de La Granja de la ciudad de Algeciras, y con ánimo de ilícito beneficio, les dijo «dame un euro para gasolina».

Las víctimas les contestaron que no tenían dinero, por lo que el expedientado con el puño alzado le dijo a Ovidio «a mí no me emparanoyes, qué tienes ahí», al mismo tiempo que le registraba los bolsillos del pantalón amedrentándole.

Seguidamente, Ovidio acobardado por la actitud del expedientado, sacó el teléfono marca Black Berry de su bolsillo del pantalón y se lo entregó. El expedientado se apropió del teléfono cuyo valor se ha tasado en 200,99 euros que reclama.

El expedientado Florian se encuentra actualmente sujeto a la medida cautelar de internamiento en régimen semiabierto.

CASO N.º 35

El acusado, Germán, mayor de edad y condenado ejecutoriamente, en sentencia firme por delito de robo con violencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Málaga de 27.10.08, entre otras condenas, con ánimo de apoderamiento ilícito, el 02.07.08 abordó en la c/ Domingo Lozano, de esta capital, a Primitivo; y, tras distraerlo con preguntas, le dio un empujón y le hizo una zancadilla para derribarlo; apoderándose en el forcejeo del monedero del perjudicado con 300 euros, huyendo seguidamente.

El día 21.07.08, el acusado con igual intención de apoderamiento ilícito, abordó en C/ Millán Palma, de Málaga, a Valentín y tras distraerlo con preguntas, le rodeó con los brazos sujetándolo fuertemente, imposibilitando a la víctima el movimiento, y ello a los efectos de sustraerle los 890 euros que llevaba en su calidad de cobrador de la empresa «Seguros Santa Lucía y Procono S.A».

CASO N.º 36

El día 28 de octubre de 2010 sobre las 3:30 horas, Rodolfo —mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencias de fecha 16/06/2006 por un delito contra la salud pública a la pena de 3 años de prisión—, cuando Leonor se disponía a tirar la basura en un contenedor situado en la calle Alta abordó a la misma esgrimiendo una navaja, diciéndole «dame todo el dinero que tengas» sacando Leonor su cartera, momento en el que el acusado se la intenta arrebatar, cayéndose tanto Leonor como la cartera al suelo, abriéndose ésta y apoderándose Rodolfo de la cantidad de 50 €. A consecuencia de la caída Leonor ha resultado con lesiones consistentes en erosión de 5 cm en codo izquierdo y dolor en cuero cabelludo de zona occipital y en zona glútea de la que tardará en curar 7 días no impenitivos.

CASO N.º 37

Sobre las 02:00 horas del pasado día 23 de agosto de 2014, después de que María Dolores dejara el autobús urbano que había cogido en las proximidades de su domicilio, sito en la Avenida Pablo Neruda de esta ciudad, fue asaltada por el acusado Pedro Antonio, quien intentó apoderarse del bolso que ella portaba al hombro, tirando de él, al tiempo que le decía que le deba el bolso o la mataba. La perjudicada inicialmente se resistió a soltarlo, pero al girarse en dirección al acusado y ver que portaba en la mano una navaja o cuchillo, cuyas características precisas no han podido determinarse, optó por soltar el bolso y dejar que se lo llevara. Cuando el acusado se fue, lo siguió un tiempo en la distancia, pudiendo recuperar alguno de los efectos que el mismo iba arrojando y que no eran de su interés. No recuperó la cartera con diversa documentación, una tarjeta de crédito bancaria, un móvil Samsung y un navegador «Tom Tom», efectos que han sido valorados en 290 €.

El acusado padece una esquizofrenia paranoide de larga evolución, que afecta de manera relevante a sus facultades intelectivas y volitivas, muy especialmente en los momentos en que dicha enfermedad se descompensa por falta de adherencia al tratamiento, dando lugar a brotes que han llegado a requerir de internamiento psiquiátrico

en régimen cerrado, descompensaciones que hay que relacionar con el hecho de que el acusado es además adicto al consumo de drogas. Se ignora si, en el momento de cometer los hechos enjuiciados, el acusado sufría o no una fase de descompensación de su enfermedad.

2.2.3.2. Jurisprudencia

«Ciertamente, el art. 242.4 del actual texto penal dispone, tras la reforma introducida por la *LO 5/2010, de 22 de junio*), con ligeras variantes respecto del texto anterior del art 242.3 CP, que: «En atención a la menor entidad de la violencia y la intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores». Pero conviene tener presente, en primer lugar, como recuerda la *STS 458/2009, de 13-4 (RJ 2009, 3453)*, con cita de las *Sentencias 8 de marzo (RJ 1999, 2664)* y *2 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7217)*, que la reducción en grado prevista en esa norma no es obligada sino posible; y como facultad discrecional del Tribunal de instancia su ejercicio es, en principio, ajeno al control casacional salvo que resulte arbitrario o contrario a los presupuestos que la condicionan, bien porque se ejercite la reducción aplicándola fuera del supuesto en que se permite, o bien cuando, interesada la rebaja por cualquiera de las partes, y concurriendo las exigencias que la posibilitan, se deniega de manera arbitraria o no razonable.

La *STS de 27-11-2012, n.º 921/2012 (RJ 2013, 935)* nos recuerda que el apartado 4.º del vigente art. 242 C.P. contiene un tipo privilegiado que permite imponer la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero en supuestos en los que la violencia ejercida sea de escasa entidad. El legislador considera que en tales casos debe declinar el rigor con que se castigan esta clase de infracciones, evitando la desproporcionalidad manifiesta entre el ilícito y la respuesta penológica, debiendo valorarse tanto la cuantía económica de lo sustraído como la magnitud de la violencia ejercida para el desapoderamiento para buscar el equilibrio entre la entidad o gravedad de la acción antijurídica y la sanción equitativa y proporcional al hecho.

Igualmente nuestra *STS de 22-12-2009, n.º 1352/2009 (RJ 2010, 426)*, recuerda que el art. 242.3CP regula(ba) una facultad discrecional que difícilmente puede ser revisable en casación, pero tal revisión es posible por la vía de determinar «la existencia de los presupuestos que dan lugar a la facultad y del rechazo de una motivación arbitraria o irrazonable» (*STS 1157/02 (RJ 2002, 7432)*), y, en el mismo sentido *SSTS de 20-6 (RJ 2001, 6446)* y *554/01, de 4-4 (RJ 2001, 2959)* y *112/99, de 30-1 (RJ 1999, 961)*).

Por otra parte, como señala la *STS 1157/02, de 20-6*, «la apreciación del subtipo ha de ser excepcional. La comparación con las penas del delito de robo con fuerza en las cosas, conduce a considerar por vía de principio ese carácter restrictivo y excepcional, pues por esa vía se permite el castigo inferior del robo violento o intimidatorio que el robo con fuerza, pese a la mayor gravedad de éste. Esa constatación, para salvar la coherencia del Código, requiere el uso prudente y cauto de esa facultad atenuatoria, sin hacer de la misma una utilización generalizada e indiscriminada, lo que introduciría elementos de descompensación y de desproporción en las penas que administra el Derecho Penal».

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial que se expone el referido tipo privilegiado indica los criterios objetivos a seguir, para su aplicación, como son:

- 1.º La menor entidad de la violencia o intimidación ejercida, como criterio principal.
- 2.º Las restantes circunstancias del hecho, entre las que se destacan:
 - a) El lugar donde se roba.
 - b) El número y forma de actuación del sujeto activo.
 - c) El número de personas atracadas y sus posibilidades de defensa.
 - d) El valor de lo sustraído. Criterios que han de ser valorados conjuntamente.

4. Es decir, el tipo privilegiado que establece el art. 242.4CP ha de estar fundamentado en la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida y las restantes circunstancias del hecho. Entre tales restantes circunstancias, la Jurisprudencia —*sentencias de 18/4/2000 (RJ 2000, 2560) y 7/2/2006 (RJ 2006, 368)*—, invocadas por la STS 750/2010, de 17-6 (RJ 2010, 6676), comprende el lugar, la hora, el número de asaltantes, el número de asaltados y sus posibilidades de defensa y el valor de lo sustraído. Y, a la vista del *factum*, ni la violencia e intimidación ejercidas ni las restantes circunstancias permiten aplicar el subtipo atenuado. Basta resaltar que se trata del asalto a una vivienda en la que se encuentra uno de sus moradores, que son tres los asaltantes que irrumpen en la misma, que éstos amenazan de muerte a la dueña si no les entrega el dinero y joyas, que dos de ellos atan a la mujer los pies y, por otro lado, rodean con cinta adhesiva su cuerpo, brazos y sillón para inmovilizarla» (STS 8/2014, de 22 de enero [RJ 2014\2499]).

* * *

«La valoración de la violencia o la intimidación como de entidad menor, merecedora de la rebaja en grado de la pena, ha de hacerse con relación a parámetros medios, reservando la excepcional reducción de la pena a los casos en que concurren en su mínima expresión para ser considerados medios comisivos del robo violento o intimidatorio (STS 458/2009, de 13 de abril (RJ 2009, 3453))» (STS 70/2015, de 3 de febrero [RJ 2015\323]).

* * *

«La Sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-2001 indica que desde la sentencia del mismo tribunal de 21-11-7-1997 y acuerdo no jurisdiccional de 27-2-1998 se admitió la compatibilidad en la aplicación del tercer párrafo del artículo 242 con el segundo, esto es, menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y el uso de armas. La *mens legis* inspiradora de esto era buscar la proporcionalidad y adecuación de las penas a las concretas circunstancias fácticas por cuanto en casuística del párrafo segundo se pueden albergar conductas muy dispares y muy variadas en entidad y gravedad (atracó a una entidad bancaria con armas y un gran botín frente a la exhibición de una pequeña navaja a una persona con el resultado de una sustracción escasa).

(...) Por otro lado, la resolución comentada también indica los criterios y condicionantes a valorar para determinar cuando el uso de armas o instrumentos peligrosos no revisten especial gravedad: *«En este sentido cabe añadir dos condicionantes:*

- A) *Empleo de instrumentos de no acentuada peligrosidad (S 14 Jul. 1999); no es lo mismo la utilización de un palo que de un revólver.*
- B) *El modo de utilización del arma o instrumento, según se trate de «mera exhibición sin uso agresivo», o se aplique sobre el cuerpo de la víctima, con indicios claros de hacer uso del medio peligroso (véase S 14 Jul. 1999).*

La sentencia de esta Sala de 20 Dic. 1999 *nos dice que la atenuación «se aplicaría cuando se detecte una menor peligrosidad para las víctimas derivada de la forma en que se esgrimen o utilizan las armas o instrumento peligroso»* (SAP de Alicante 332\2013, de 19 de septiembre [JUR 2014\9204]).

* * *

«En cuanto a la posible compatibilidad entre las circunstancias 2.^a y 3.^a del art. 242 (actuales 3.^o y 4.^o), el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 27-2-98 estimó que el apartado 3 (actual 4) del art. 242CP debe interpretarse en el sentido de que su aplicación puede extenderse también a los casos de robos en los que haga uso de armas u otros medios peligrosos «en atención» a la menor antijuricidad el hecho y a la menor entidad de la violencia e intimidación». Si bien ha aclarado que dicha compatibilidad sólo resulta procedente en supuestos excepcionales en los que:

- a) La utilización del arma se limita a mera exhibición, sin uso agresivo, de instrumentos de no acentuada peligrosidad.
- b) El valor de lo sustraído, ya desde la planificación del autor, que exige la entrega de una prenda de vestir, un reloj o una pequeña cantidad de dinero —sea escaso e ínfimo—; y
- c) se aprecie una acusada desproporción entre el menor contenido de injusto del acto, valorado en su conjunto, y la pena prevenida por el legislador para el robo con armas, adecuada a conductas de manifiesta gravedad» (STS 365/2012, de 15 de mayo [RJ 2012\11341]).

* * *

«Por otro lado, en la jurisprudencia de esta Sala, junto a algunos casos en que se hace referencia al carácter discrecional, pueden encontrarse otros muchos supuestos en los que se procede a valorar los hechos que se declaran probados desde la perspectiva del precepto mencionado, y en los que, en la función de interpretación unificadora de la ley penal, se ha excluido la calificación de la intimidación como de menor entidad en aquellos casos en los que el autor no se ha limitado a la exhibición de un arma blanca o instrumento similar (tijeras, destornilladores...) para hacer eficaz o reforzar su intimidación, sino que ha llegado a aplicarlo contra el cuerpo de la víctima. Valoraciones jurídicas que se han llevado a cabo por esta Sala incluso rectificando la decisión del Tribunal de instancia que había aplicado la previsión atenuatoria en los casos resueltos en las sentencias antes mencionadas.

2. Esta previsión legal ha sido interpretada en el sentido de que, del propio texto de la ley, se desprende, de un lado, que la atenuación debe basarse en aspectos relativos a la antijuricidad del hecho y no a las condiciones relativas a la culpabilidad del autor, que encuentran otras vías para su análisis y reconocimiento de efectos (STS n.º 610/1998, de 30 abril (RJ 1998, 4252)); y de otro lado, que el criterio principal y de examen prioritario es el relativo a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas, que se constituye así en presupuesto de la aplicación de la norma, aunque hayan de valorarse «además» las restantes circunstancias del hecho.

Una vez que se ha considerado compatible el uso de armas o instrumentos peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación, como ya hemos señalado, esta Sala ha excluido la aplicación de la atenuación en aquellos casos en los que el autor utilizando un arma blanca o un instrumento similar, superando la mera exhibición, considerada jurisprudencialmente como uso (STS n.º 355/2000, de 28 febrero (RJ 2000, 1441)), llega a colocarla sobre el cuerpo de la víctima, incrementando de mane-

ra notable el riesgo para los bienes jurídicos protegidos por la previsión legal que contempla el uso de armas como supuesto de agravación. (Colocar un cuchillo en el abdomen, *STS 341/2011, de 5 de mayo (RJ 2011, 3625)*; o colocar una navaja a la altura del cuello, *STS n.º 659/2008, de 24 septiembre (RJ 2008, 6403)*).

Por otro lado, la jurisprudencia (*STS n.º 458/2009, de 13 abril (RJ 2009, 3453)*) ha rechazado que las manifestaciones del autor advirtiendo a la víctima de la no causación de males físicos si obedece sus indicaciones, puedan considerarse fundamento de la menor entidad de la intimidación, en tanto que, precisamente, suponen la amenaza de utilización inmediata del arma o instrumento peligroso que se coloca sobre el cuerpo del amenazado» (*STS 17/2014, de 25 de febrero [RJ 2014\1194]*).

* * *

«En esta línea se ha señalado que la atenuación pretendida tiene que basarse en la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas, valorando además las restantes circunstancias del hecho, lo que significa su compatibilidad potencial con atenuantes de naturaleza personal. Ello significa que su apreciación está sujeta a una doble condición. Por una parte, la menor intensidad del ataque o coacción personal, pudiendo excepcionalmente compatibilizarse con el subtipo agravado del apartado segundo del mismo artículo, y, por otra, la escasa cuantía del perjuicio patrimonial irrogado, pues se trata de un tipo pluriofensivo frente a la persona y la propiedad de forma que deben ser valoradas ambas condiciones a la hora de apreciar la atenuante privilegiada que examinamos, debiendo cuidarse especialmente el principio de proporcionalidad (*STS 1568/01 (RJ 2001, 7844)*).

(...) Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

Con arreglo a estos principios, el recurso merece una estimación parcial.

Respecto al primer robo descrito en los hechos probados, estimamos que concurre la modalidad atenuada de menor entidad de la intimidación ejercida. En efecto, el acusado se dirige a la víctima y en una actitud de progresiva amenaza, la requiere para que le entregue 5 euros (no más), sin llegar a exhibir ningún arma, aunque haciendo ademán, de forma intimidatoria, de sacarlo. Los hechos suceden a plena luz del día. La víctima, de 29 años de edad, aunque se siente «acorralada» por el acusado, cuando abre el bolso aprovecha que el acusado se echa hacia atrás para irse a la parada de metro más cercana. El acusado la sigue pero a la vista de que entra en el metro, desiste y se marcha. El escaso valor del botín pretendido, las circunstancias de tiempo y lugar, y las posibilidades de la víctima de rechazar la acción del acusado, teniendo en cuenta su edad, permiten calificar el hecho como de menor entidad, por lo que la pena en abstracto para tal hecho habrá de fijarse en uno a dos años de prisión, y desde ahí aplicar la rebaja penológica en uno o dos grados, que a la vista de las circunstancias del hecho se estima oportuno rebajar en un solo grado.

En cuanto al segundo hecho, sin embargo, estimamos que no procede hacer uso del subtipo atenuado. Y no porque el delito se consumara, frente al anterior, pues en todo caso la suma obtenida fue de escasamente dos euros. En este caso debe calificarse la intimidación como grave, y este aspecto es más relevante que las demás circunstancias del hecho. En efecto, no solo el plan del autor se completó, incluido el despliegue de una intimidación más persistente y contundente, sino que además se dirigió contra dos menores de edad, una de ellas mayor el día de la vista oral, que no de los

hechos (nacida en 1994), la otra de 15 años de edad (nacida en 1997, cumplió los 15 años al día siguiente de los hechos), las cuales vivieron el suceso de forma más traumática, y tal como consta en el atestado, presentaban en el momento de los hechos un alto grado de nerviosismo y se encontraban llorando, habiendo ofrecido al acusado todo lo que tenían en su poder, que resultó ser únicamente la suma de dos euros. En tales circunstancias y constatado que era cierto que el acusado portaba un cuchillo, y por tanto sus ademanes eran verosímiles, entendemos que la intimidación es de suficiente intensidad como para descartar la aplicación del subtipo atenuado del art. 242.4 CP» (SAP de Madrid 69/2013, de 6 de febrero [ARP 2013\306]).

* * *

«Violencia e intimidación dirigida al apoderamiento que constituye el anuncio o comunicación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible, que despierta o inspira en las víctimas un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado.

Uso de arma —pistola de balines— que no implica su empleo directo sino su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que comporta (STS 882/2009, de 21-12 (RJ 2010, 2956) ; 120/2010, de 27-1 (RJ 2010, 1271)). Considerándose, medio peligroso. La pistola de gas, la de aire comprimido, la de fogeo, también el arma que es similar a una verdadera de fuego real por el efecto intimidatorio que puede causar en cualquier persona, y la pistola detonadora (STS 1294/98, de 22-10 (RJ 1998, 8102); 120/2010, de 27-1).

b) En cuanto a la posibilidad de que la violencia sea aplicada en ambos delitos, agresión sexual y robo, hemos dicho STS 1172/2011, de 10-11 (RJ 2012, 8377) la violencia o intimidación puede tener lugar antes, durante o después del acto de apoderamiento; pero no en todo caso deberá encontrarse una estrecha relación de causalidad con el hecho punible (-robo-) en relación de medio a fin y producirse antes de consumarse el apoderamiento (acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21-1-2000), (STS 21-1-2000 (RJ 2000, 201), 190/2004, de 17-2 (RJ 2004, 1094); 1438/2005 de 23-11 (RJ 2006, 183), 956/2006, de 10-10 (RJ 2006, 6421)); por ello la intimidación o la violencia ha de formar parte, esto es, aparecer estructuralmente incorporada a la acción de aprovechamiento y ser funcional a la obtención del eventual resultado, lo que no sucederá si esta forma de operar en relación a las personas no va encaminado al apoderamiento (STS 24.1.2001 (RJ 2001, 488) y 18.9.1998).

En efecto como hemos dicho en STS 1-7-2008 (RJ 2008, 4185) «la esencial cuestión es si la violencia, que sin duda se ejerció sobre Ana víctima de un delito de lesiones y otro de agresión sexual —se produjo a fin de lograr el ilícito apoderamiento del dinero del bolso o si son actos absolutamente dispares y no conectados entre si, de modo que el hecho contra la propiedad, habría de sancionarse como una falta de hurto, dado el importe que fue sustraído, 50 euros, toda vez que, de acuerdo con el art. 237 CP, no habrá robo con violencia, si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción. Como señala la STS. 526/99 de 30.3 (RJ 1999, 3131), en relación con la intimidación, ésta, o la violencia, ha de estar relacionada de medio a fin con el desampoderamiento, constriñendo al sujeto pasivo a una entrega no querida de un bien mueble o asegurando su sustracción frente a una oposición del perjudicado o de terceros, de forma que si no está relacionada con la misma debe ser calificada de forma independiente a la sustracción porque no guarda relación con ella.

Cuestión distinta es si la violencia o intimidación se ejercita de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento. En estos casos la violencia o intimi-

dación se realiza dentro de una unidad espacial y temporal que permite su subsunción en el robo violento, pues no ha de olvidarse que este tipo penal es un delito compuesto integrado por la sustracción de un bien mueble y el empleo de la violencia o intimidación.

Por ello, también se considera robo con violencia cuando iniciada ésta con finalidad ajena a lo lucrativo, la situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento. Como dice la *STS. 1172/98 de 13.10 (RJ 1998, 8711)*, el apoderamiento del bolso de la víctima se produjo, no en lugar y momento distinto, sino seguidamente de la agresión, y ésta necesariamente posibilitó desde la perspectiva objetiva que el acusado se llevara el bolso de la víctima, afectada sin duda alguna por la situación de violencia intimidatoria desencadenada en los instantes precedentes como consecuencia de la agresión. Criterio por lo demás ya sostenido por esta Sala en *Sentencia de 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4078)*, en la que se declaró que, perviviendo de manera patente una grave situación de violencia inicialmente desencadenada con finalidad ajena a lo lucrativo, es correcta la calificación de robo cuando dicha situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento.

La *STS. 1313/2004 (RJ 2004, 7624)* en un caso de violencia dirigida hacia una agresión sexual que continua después para apoderarse de los efectos de la víctima, declaró: «Es evidente que la violencia sobre las personas puede ser empleada, a la vez, para la comisión de dos delitos diversos. La violencia admite continuidad y la modificación de la dirección inicial para lograr otros propósitos no comporta, en modo alguno, una doble agravación por el mismo hecho, desde el momento que se puede comprobar que la situación de violencia continuó después de la tentativa de violación y fue el medio para la apropiación. No ofrece duda a la Sala que el aprovechamiento de la violencia ejercida para el primer delito, para continuar la agresión dirigiéndola a otro bien jurídico, se subsume bajo el tipo penal del robo».

Doctrina reiterada también en un caso de agresión sexual, por la *STS. 956/2006 de 10.10 (RJ 2006, 6421)*, con cita de la *STS. 1438/2005 de 20.11 (RJ 2006, 183)*: «lo que diferencia al hurto del robo es la existencia en este último de una situación de violencia o intimidación que produce en la víctima la desaparición de cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble» (STS 365/2012, de 15 de mayo [2012\11341]).

3.

EL DELITO DE EXTORSIÓN (ART. 243)

3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 38

Con fecha 1 de agosto de 2006, Dámaso interpuso denuncia por la desaparición del hijo que había tenido con su pareja sentimental Ramona, la cual había abandonado España en compañía del menor Pascual, sin comunicarlo al padre ni manifestar su lugar de destino o paradero.

El día 22 de junio de 2007, Ángel, nacido el núm.000 -79 en Ecuador, con NIE núm.001, mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió al domicilio de Dámaso pidiéndole 40.000 euros a cambio de información del paradero de su hijo.

A partir de la referida fecha hasta el 10 de julio de 2007, Ángel llamó en varias ocasiones por teléfono a Dámaso con la finalidad expuesta pidiéndole el dinero, si bien rebajó la cantidad hasta 30.000 euros, realizando gestiones Dámaso para obtenerla.

Concertándose la entrega del dinero en dos ocasiones el mencionado día 10 de julio, en la última de las cuales fue detenido Ángel.

Ángel durante las conversaciones mantenidas con Dámaso profirió frases como que jamás sabrá el paradero de su hijo, que las personas que lo tenían ante cualquier movimiento extraño «se marcharían, con lo que no se podrá volver a saber el paradero del pequeño, y que quien a hierro mata, a hierro muere, y no quiere llegar a males ni nada, pero lo que tenga presenta.

Ángel convivía con su pareja sentimental Camila, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la cual se había concertado previamente para exigir el dinero a Dámaso, ayudándole la misma a para obtener la información respecto al paradero del menor.

En el mismo inmueble residía con ambos, Joaquina, nacida el núm.002 -78 en Ecuador, con DNI núm.003, mayor de edad y sin antecedentes penales, hermana de Camila, y primeras ambas de la ex pareja de Dámaso, madre del menor, Ramona.

CASO N.º 39

El día 19 de julio de 2011, los acusados Carlos Manuel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, y Pedro Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando de común acuerdo, se personaron en el establecimiento comercial «Rosell Racing Motors, S.L.», propiedad de Epifanio, sito en la Calle Martínez Izquierdo, n.º 6 de Madrid, con la finalidad de que Epifanio les pagara la cantidad de dinero que un tercero llamado Casper les había sustraído y que estimaban que le había sido entregada a Epifanio, y al no encontrar a éste en dicho

establecimiento obligaron a un empleado del mismo llamado Patricio, a ponerse en contacto con él, por lo que Patricio llamó por teléfono a Epifanio y por teléfono los acusados le manifestaron que les devolviera el dinero o un vehículo, marca Mercedes, que se encontraba expuesto en el escaparate del establecimiento y tres vehículo más, en caso contrario enviarían un CD que comprometía a Epifanio en los delitos que se estaban investigando en las Diligencias Previas 219/2009 que instruíra el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional, procedimiento en el que Epifanio estaba citado a declarar como testigo, o bien le pegarían dos tiros, procediendo a llevarse del mencionado establecimiento, el vehículo, marca Mercedes Benz S-400 HYB-DRID, matrícula....-ZDK, accediendo a ello Epifanio al temer por su vida y por la vida de sus empleados.

En los días siguientes el acusado Carlos Manuel llamó por teléfono a Epifanio y bajo amenazas de destrozarse su tienda, los acusados le compelió a concertar una cita y ante el temor de que atentaran contra su vida o contra la vida de sus empleados, accedió a ello, citándose con los acusados sobre las 13:00 horas del día 28 de julio de 2011 en la Cafetería «Rio Frio», sita en la Calle Génova esquina Plaza de Colón de esta capital, donde los acusados de nuevo volvieron a exigirle la entrega de tres vehículos por importe de 225.000 euros bajo amenazas de muerte y le constriñeron a desplazarse a su establecimiento para apoderarse de dichos vehículos, saliendo a la vía pública, se introdujeron en un taxi el acusado Carlos Manuel y Epifanio, seguidos en otro vehículo por el acusado Pedro Jesús, personándose en el establecimiento con la finalidad de llevarse los tres vehículos.

Una vez dentro del establecimiento se personó la policía que había sido alertada por el abogado de Epifanio, Victorino, quien presenció desde la distancia los hechos ocurridos en la cafetería «Rio Frio» a la que había acudido a requerimiento de Epifanio, quienes procedieron a la detención de los acusados.

Epifanio estaba citado para declarar en calidad de testigo el día 29 de julio de 2011 en las Diligencias Previas n.º 219/2009 que se tramitaban en el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional.

El vehículo, marca Mercedes, matrícula....-ZDK, sufrió daños en la rueda delantera derecha y fue recuperado en la provincia de Alicante 55 días después.

CASO N.º 40

Sobre las 16,40 del día 8 de septiembre de 2013 el acusado, Martín acudió acompañado de otras personas, cuya identidad se desconoce, al domicilio de José Pablo, sito en la Calle000 n.º NUM000 de Tudela de Duero (Valladolid), con el objeto de reclamarle el pago de 3.000 euros, ya que argumentaban que habían comprado una deuda que José Pablo tenía pendiente con un tal Benito. En el transcurso de la conversación mantenida uno de los visitantes golpeó a José Pablo en la cara con un objeto no identificado en el plenario y le dijeron que o pagaba en dinero o pagaba con su vida. Le dieron un plazo de cuarenta días. Pasados los cuarenta días, Martín realizó diversas llamadas telefónicas a José Pablo para que le pagara 1.500 euros, quedando en que iba a ir una persona a recogerlo, un tal Gonzalo, el cual acude a la cita en un vehículo blanco, baja la ventanilla del vehículo y José Pablo le introduce el sobre con el dinero en el asiento del coche. Reseñando que no era Pascual la persona que conducía el vehículo.

El día 8 de diciembre de 2013 Martín volvió a contactar telefónicamente con José Pablo solicitándole la entrega de otros 1500 euros, pero al decirle José Pablo que no tenía dinero le dijo que le volvería a llamar el 15 de enero.

El 16 de diciembre José Pablo interpuso denuncia al sentirse atemorizado por él y su familia, lo que determinó que se autorizara judicialmente la intervención del teléfono núm.001, perteneciente al denunciante y de los teléfonos núm.002 y núm.003, desde los que se habían realizado las llamadas.

El día 16 de enero de 2014 Martín realiza una nueva llamada a José Pablo, concertando una cita para el día siguiente a las ocho de la tarde en la Ermita del Humilladero, para que José Pablo le entregara los 1500 euros restantes. A la cita acudieron Martín y Pascual que fueron detenidos por la Guardia Civil.

José Pablo ha reconocido que desde el año 2003 tenía una deuda de 3000 euros con un tal Benito y que con anterioridad al ocho de septiembre de 2013 había recibido algunas llamadas telefónicas que le reclamaban el pago de esa deuda.

CASO N.º 41

La acusada Lourdes, nacida núm.002 /69, de nacionalidad cubana, en situación de residencia legal en territorio nacional, y sin antecedentes penales, a mediados de marzo de 2012 contactó con Cándido, con el que mantuvo relaciones sexuales en una ocasión en Vitoria-Gasteiz. El 4/04/12 la acusada comunicó mediante una llamada telefónica a Cándido el hecho totalmente falso de encontrarse embarazada como consecuencia de tales relaciones, pidiéndole dinero para los supuestos e inexistentes gastos de aborto y tratamiento, con la intención de obtener un beneficio patrimonial y apoderarse del referido dinero. Así, en abril de 2012, Cándido inicialmente le abonó a la acusada 6.000 euros mediante entrega en mano para abortar en Bilbao. Posteriormente la acusada le dijo a Cándido pidiéndole más dinero porque no podía abortar en Bilbao y debía hacerlo en Madrid y después de practicado el supuesto aborto, que debía tratarse en el extranjero de las supuestas secuelas por haberse practicado incorrectamente la intervención del aborto, siendo todo ello falso, con la intención de conseguir que Cándido le entregase dinero y de apoderarse del mismo. De esta manera Cándido realizó desde su cuenta de ahorro n.º NUM003 en la entidad Caja Laboral a la cuenta de ahorro n.º 004, en la misma entidad, titularidad de la acusada, en el periodo comprendido entre los meses de abril de 2012 y mayo de 2013 diversos importes, sumando un importe total de 85.130 euros, realizando concretamente las siguientes transferencias:

- Abril 2012: 20 transferencias por importe total de 7.560 euros.
- Mayo 2012: 11 transferencias por importe total de 18.800 euros.
- Junio 2012: 17 transferencias por importe total de 10.400 euros.
- Julio 2012: 18 transferencias por importe total de 8.875 euros.
- Agosto 2012: 14 transferencias por importe total de 6.750 euros.
- Septiembre 2012: 14 transferencias por importe total de 4.900 euros.
- Octubre 2012: 13 transferencias por importe total de 3.690 euros.
- Noviembre 2012: 19 transferencias por importe total de 4.475 euros.
- Diciembre 2012: 32 transferencias por importe total de 7.270 euros.
- Enero 2013: 16 transferencias por importe total de 2.455 euros.
- Febrero 2013: 23 transferencias por importe total de 6.505 euros.
- Marzo 2013: 12 transferencias por importe total de 2.750 euros.
- Mayo 2013: 4 transferencias por importe total de 700 euros.

Para realizar las transferencias Cándido tuvo que pedir préstamos a sus familiares. Cándido trataba de ver a la acusada pero ésta para evitar ser descubierta le decía que se encontraba en algún hospital o tratamiento y no accedía a ello. En un momen-

to no determinado entre abril de 2012 y mayo de 2013, Cándido le dijo que no le iba a transferir más dinero si la acusada no le daba información, ante lo cual la acusada ha amenazado en reiteradas ocasiones a través de mensajes y llamadas telefónicas a Cándido, exigiendo que le continuase abonando dinero y que si no se lo daba, ella y sus familiares iban a acabar con su vida, y que si a la acusada le pasaba algo iban a ir todos los familiares de ésta a por Cándido. Ante tales amenazas, por temor, Cándido continuó realizando las transferencias referidas a la cuenta de la acusada. La acusada se apoderó de un importe total de 91.830 euros.

CASO N.º 42

Sobre las 18:30 horas, aproximadamente, del día 16 de marzo de 2007, el acusado Segismundo, mayor de edad, nacido el día 15 de marzo de 1979, con D.N.I. número num000, con antecedentes penales (así fue ejecutoriamente condenado como autor criminalmente responsable de sendos delitos de robo con fuerza en las cosas en virtud de sentencias firmes de fechas 4 de septiembre de 2006, 6 de febrero de 2008 y 30 de junio de 2008), efectuó una llamada telefónica desde el teléfono móvil con número num 001 al teléfono de emergencias 112 y solicitó un millón de pesetas por el niño Eduardo, en referencia al menor Eduardo, desaparecido en la Gran Canaria localidad de Vecindario el día 10 de marzo de 2007. La sala de emergencias del 112 puso en conocimiento de dicha llamada telefónica a las 18:45 horas, aproximadamente, a efectivos de la Guardia Civil adscritos a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de Las Palmas de Gran Canaria (Las Palmas), a quienes facilitó el número desde el que se efectuó la comunicación telefónica, a la sazón identificado por el identificador de llamadas de la central del 112, así como un domicilio vinculado a dicho número, de modo que los agentes de la Guardia Civil, tras comprobar que el acusado tenía en su poder la terminal asociada al mentado número procedieron a su detención en horas de la tarde noche de ese mismo día 16 de marzo de 2007.

3.2. Jurisprudencia

«El TS, en su Auto de fecha 13 de septiembre de 2012 (Ponente Sr. Martínez Arrieta) se plantea el supuesto de unas personas que tienen un crédito frente a otra, y que deciden contratar a otros individuos a modo de sicarios para que procedan a cobrar la citada deuda utilizando la violencia y la intimidación, y no duda en calificar el delito como de delito de extorsión; indica el citado Auto que «resulta acertada la subsunción de los hechos en el delito de extorsión del art. 243 del Código Penal porque consta que ambos acusados entregaron una cantidad de dinero a terceros para que emplearan violencia o intimidación sobre el Sr., con el objeto de que éste saldara una deuda».

El TS en su Auto de fecha 29 de mayo de 2014 (Ponente Sr. Saavedra) nos indica que «el delito de extorsión del art. 243 del Código Penal, requiere que exista una directa colaboración por parte del sujeto pasivo, y además un ánimo de lucro, con el empleo de una situación de violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo (STS 1382/1999; entre otras muchas). Para esta Sala, la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS 1583/2002, de 3 octubre)».

El Auto del TS de 13 de septiembre de 2012 (Ponente Sr. Martínez Arrieta), entre otras resoluciones del TS, admite y acepta que el delito de extorsión se comete de manera continuada cuando en los hechos probados se describe una serie de conductas realizadas por parte del acusado tendentes a obligar a la víctima a realizar el negocio jurídico» (SAP de Valladolid 18/2015, de 20/01/2015 LA LEY 5892/2015).

* * *

«El delito de extorsión requiere por un lado, el ejercicio por parte del autor de actos de violencia o intimidación, dirigidos hacia el sujeto pasivo, con la intención de obligar a éste a realizar un acto, y por otro lado, requiere que tal actuación del sujeto activo, tenga también un aspecto subjetivo, en cuanto su conducta la realiza con ánimo de lucro, y en perjuicio del patrimonio del sujeto pasivo.

Es cierto que la conducta típica del delito de extorsión se asemeja al delito de amenazas, cuyo castigo independiente patrocina el Ministerio Fiscal a través del recurso de apelación que ha interpuesto contra la sentencia de instancia, aceptando los hechos declarados probados de la misma y alegando infracción legal por inaplicación del art. 169.2.º del Código Penal. Entiende el Ministerio Fiscal que los hechos declarados probados en el inciso 2.º del párrafo 2.º de tales hechos probados, constituye una conducta independiente al delito de extorsión, con fuerza y entidad propia para ser castigada independientemente como delito de amenazas objeto de acusación.

El elemento subjetivo del delito de extorsión, es el que permite distinguir tal infracción del delito de amenazas. Cuando los actos de violencia o intimidación persiguen una finalidad económica ilícita se aplica el delito de extorsión. Si esa finalidad no es económica, podríamos estar ante el delito de amenazas a que se refiere el Ministerio Fiscal en su recurso y en el escrito de conclusiones definitivas» (SAP de Valladolid 388/2009, de 7/12/2009 LA LEY 300114/2009).

* * *

«La definición del delito de extorsión recogida en el artículo 243 del Código Penal, que viene a señalar como elementos de dicho delito el que con ánimo de lucro, obligara a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero. Y en este sentido, el ánimo de lucro debe entenderse como un ánimo de lucro antijurídico o ilícito —S.T.S. de 5/12/65—, es decir, como el propósito de procurarse un beneficio-patrimonial al que no tiene derecho sea defraudando a un tercero o consiguiendo el beneficio directamente. Por otro lado, es doctrina jurisprudencial reiterada que este delito se consuma una vez ejercida la violencia o intimidación y logrado el fin de la acción ejercida con ánimo defraudatorio al pertenecer la obtención efectiva del lucro a la fase de agotamiento y no a la consumación delictiva» (SAP de Zaragoza 123/2001 de 23/03/2001, LA LEY 64458/2001).

* * *

«(...) a diferencia del robo, la estructura típica del delito de extorsión varía al exigirse una colaboración decisiva (delito de encuentro) del sujeto pasivo a fin de facilitar la confección o entrega del documento incorporador de un valor económico, perjuicio económico que no es necesario que se haya producido efectivamente para estimar consumada la extorsión al tratarse de un delito de «resultado cortado». La consumación se produce tan pronto se consigue la realización u omisión del acto o negocio jurídico (art. 243), con los citados ánimo de lucro y propósito defraudatorio, por lo que cualquier episodio posterior pertenece no al tracto comisivo de la infracción, sino

a su fase de agotamiento (SSTS. 1050/98 de 18.9 (RJ 1998\7543); 1382/99 de 29.9 (RJ 1999\7174)» (STS 892/2008, de 26 de diciembre [RJ 2009\1875]).

* * *

«Entendiendo al respecto este Tribunal que, como ya se dijo, el delito de extorsión guarda estrecha relación con el robo, de modo que, como acuerda la STS de 11-11-1982, en ambas formas delictivas, robo genérico y extorsión, se da un elemento común que no puede diferenciarse a través de la dinámica comisiva representada por los respectivos verbos típicos (apoderarse en el artículo 237 y obligar a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en el artículo 243, en el caso de autos pagar). Sin embargo, el principio de especialidad impone resolver el aparente concurso normativo a favor del citado artículo 243, pues la descripción típica añade un plus contingente frente a las formas ordinarias comisivas del tipo de robo genérico, cual es la conminación a la realización de un acto o negocio jurídico. En esta línea de pensamiento ha estimado la existencia del delito de extorsión, no de robo, en supuestos como los siguientes: 1) la intimidación con arma blanca a un notario para que extendiese, como hizo, un talón bancario contra su cuenta corriente (STS 15-11-1994); y 2) las violencias ejercidas sobre una persona y en virtud de las cuales aceptó pagar y redactar y firmar un papel en que cedía sus derechos sobre un coche, exigiéndole la cartera para comprobar su D.N.I., de donde tomaron a cuenta quince mil pesetas, le trasladaron para recoger el vehículo cedido, quedándose con las llaves y la documentación (STS 18-9-1998)», doctrina que consideramos aplicable al intento de sustraer los quince mil euros, en cuyo caso la violencia servía a los fines de extorsión perseguidos y que quedan subsumidos en tal tipo delictivo, pero no a la sustracción de otros efectos» (SAP de Las Palmas 39/2015, del 28 de julio [ARP 2015\980]).

* * *

«La STS de 14-09-2001, entre otras, pone de relieve que la extorsión protege el patrimonio frente a ciertas agresiones contra la libertad del sujeto pasivo, consistentes en violencia o intimidación, a diferencia de la estafa, que protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas. Como elementos configuradores de esta figura delictiva, la STS 2.^a —22/10/2009-592/2009 — EDJ2009/251515—, cita: 1) Violencia o intimidación; 2) Ánimo de lucro; y 3) Realización de un acto o negocio jurídico en perjuicio del patrimonio de la víctima, sea en beneficio propio o de tercero. A tal fin, la STS de 26-04-2002, marca la diferencia con la doctrina jurisprudencial correspondiente al CP anterior, que exigía la efectiva suscripción de una escritura pública o documento, mientras que, para la actual, la extorsión se comete siempre que se emplee violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir algún acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero, sin necesidad de que suscriba documento alguno.

La caracterización del delito de extorsión es en cierto modo compleja, al ser una especie de figura residual que comparte a su vez numerosos de los elementos del tipo de otras muchas figuras: robo violento, amenazas, coacciones y estafa. La modalidad delictiva conocida como extorsión se ha mantenido a lo largo de toda la historia legislativa de nuestros códigos penales si bien con variantes que ahora alcanza una mayor perfección técnica en el actual artículo 243 del Código Penal vigente. Mantiene su naturaleza de delito contra el patrimonio reuniendo como móvil o propósito el ánimo de lucro. Desarrolla la acción objetiva en términos parecidos a la de los delitos contra la libertad al describir la acción típica como una forma de obligar a otro, con violencia

o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero.

Como nos recuerda la jurisprudencia, la doctrina la asemejó a una modalidad de robo, sin embargo esta comparación no parece la más acertada ya que el modus operandi es completamente distinto. En esta modalidad delictiva se actúa con fuerza sobre las cosas o con violencia o intimidación para acceder directamente al patrimonio ajeno, mientras que en la extorsión la forma de actuar consiste en una amenaza física o intimidativa destinada a conseguir, por medio de un acto o negocio jurídico, que evidentemente sería radicalmente nulo, un beneficio económico propio.

Si centramos nuestra atención en este elemento típico, obligar a otro a realizar un acto con violencia o intimidación, enlazamos de manera natural con los tipos de los delitos contra la libertad, coacciones y amenazas. En definitiva, la esencia del delito consiste en obligar a otro, por la vía coactiva, a realizar lo que no quiere. Confirmada la existencia de coacciones con ánimo lucrativo queda descartada la conversión de los hechos en un delito de amenazas» (SAP de Girona 39/2015 de 22/01/2015, LA LEY 13169/2015).

* * *

«El artículo 169.1.º del Código penal prevé el castigo del que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad y el culpable no hubiere conseguido su propósito. La pena prevista para esta conducta, prisión de seis meses a tres años, se impondrá en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

El artículo 243 del Código penal dice que «el que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados».

Tradicionalmente la extorsión se ha situado en una zona oscura entre las amenazas condicionales, el robo y la estafa. Pero hasta el Código penal de 1995 la distinción entre la extorsión y las amenazas condicionales consistentes en exigir una cantidad de dinero no planteaba dificultad. Antes de 1995 el Código penal definía la extorsión como obligar «con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento». De esas acciones estaba claramente excluida la entrega de una cantidad de dinero. Desde el Código penal de 1995 la acción que se pretende con la extorsión es la realización por el extorsionado de un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio. La entrega de una cantidad de dinero es un acto o negocio jurídico, con independencia de que ese acto sea válido. La asunción de un criterio más amplio de la extorsión, propio del modelo germánico, sin un paralelo estrechamiento del ámbito de las amenazas condicionales, dificulta la distinción.

La jurisprudencia ha mantenido como criterio de distinción el cronológico. Éste criterio se fija en la inmediatez del mal, de suerte que sería robo o extorsión cuando dicho mal fuese muy cercano y amenaza condicional si se retarda más en el tiempo. Así la STS de 18.11.1994 cuando afirma que «el mal ha de ser futuro, más o menos próximo, pero no presente o coetáneo, elemento temporal que sirve para diferenciar las amenazas de otras instituciones delictivas como las coacciones, el robo o la extor-

sión». El criterio cronológico es analizado en la SAP de Madrid secc. 23, de 21.06.2002, que insiste en la necesidad de la futuridad de la amenaza, principalmente en las condicionales. Dice que «la temporalidad, referida a un tiempo futuro del mal con que se conmina» «se trata de un requisito exigido doctrinal y jurisprudencialmente, basado en imperativos de lógica jurídica, a los efectos de sustantivizar el delito de amenazas y diferenciarlo de otros en que figura asimismo, como elemento de dinámica comisiva, la intimidación o «vis compulsiva», así ocurre en las coacciones, robo y extorsión». Añade que «En esta línea la doctrina científica y jurisprudencia ha venido considerando que si la amenaza se realiza exigiendo una cantidad y se consigue tal propósito entra en colisión el art. 169 con el art. 242 del Código Penal. Debiendo entenderse que habrá robo cuando se exija la entrega inmediata de la cosa y delito de amenazas condicionales cuando se exija la entrega aplazada de la cosa. Es lo que constantemente ha hecho la jurisprudencia, al decir que en el robo hay inminencia del mal y un daño inmediato, en tanto que en la amenaza penden en una perspectiva de posibilidad futura con daño ideal no inmediato. Lo mismo cabe decir respecto a la variante de robo violento que constituye un delito independiente, con capítulo propio bajo la rúbrica «de la extorsión». Y así como el signo distinto frente al robo propiamente dicho estriba en el objeto material, documento en vez de cosa mueble, en terminología legal «acto o negocio jurídico», el signo distintivo de la extorsión y las amenazas condicionales no es ni puede ser otro que el temporal, procediendo éstas últimas cuando la realización u omisión del acto o negocio jurídico se dilate a fecha ulterior a la de la conminación, intimidación o amenaza».

Esta tesis de la diferencia cronológica o temporal entre las amenazas y la extorsión llevaría en el caso que examinamos a calificar los hechos como constitutivos de amenazas condicionales. Del relato de hechos probados resulta, sin necesidad de mayores explicaciones, que el mal anunciado con la remisión de las dos cartas, separadas en el tiempo quince días, era futuro y la entrega del dinero no se exigía con carácter inmediato. En las cartas que contenían las amenazas se anunciaban futuros contactos para concretar los aspectos relativos a la entrega del dinero.

El criterio cronológico o temporal como factor de distinción entre amenazas condicionales y extorsión ha sido objeto de críticas en las que se apunta, principalmente, que no tiene soporte en la ley, donde no se hace tal distinción. Pero no ha dejado de ser el criterio que con más frecuencia e invoca para distinguir las dos figuras.

QUINTO.— Cabe considerar que la amenaza condicional en la que se exige una cantidad de dinero y la extorsión son delitos que, tal y como están tipificados en los artículos 169.1 y 243 del Código Penal, tienen un campo de aplicación común. Delimitan, en algunos casos, círculos secantes, de modo que para decidir la aplicación de uno u otro precepto es preciso acudir a las reglas sobre concurso de normas del artículo 8 del Código Penal.

La primera regla para castigar los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código penal es que el precepto especial se aplicará con preferencia al general. Esta regla supone que una disposición penal reproduce las características de otra a las que añade todavía ulteriores notas individualizadoras. El fundamento de esta regla radica en que la ley especial recoge un mayor número de peculiaridades del hecho.

En nuestra opinión *el precepto penal que tipifica las amenazas condicionales con exigencia de la entrega de una cantidad de dinero, sin que el culpable consiga su propósito, es precepto especial respecto del que regula la extorsión. En ambos preceptos existe una amenaza o una intimidación, un ánimo de lucro y la exigencia de la realización de un acto o negocio jurídico. Pero en las amenazas que analizamos ese acto o negocio*

jurídico no es un acto cualquiera. Es un acto peculiar expresamente mencionado en la norma: la entrega de una cantidad de dinero. Al resaltar ese acto concreto se suma una característica específica que diferencia los dos preceptos. Aún hay más. El precepto que regula las amenazas condicionales descarta conscientemente la posibilidad de aplicación de la tentativa en el caso de que el sujeto no haya conseguido su propósito. Construye un subtipo atenuado específico para excluir la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en los casos de tentativa, reglas que suponen la imposición de una pena inferior en uno o dos grados a la prevista en la ley para el delito consumado. Prevé, para el supuesto de que el sujeto no consiga su propósito, la condena como autor de un delito consumado de amenazas condicionales castigado con la pena prevista en la ley, pena inferior a la del tipo básico pero muy superior a la que resultaría en el caso de haber admitido en éste caso la tentativa. Esta peculiaridad es muy destacada y determinante. No cabe calificar los hechos como delito de extorsión en grado de tentativa. La ley excluye expresamente respecto de la conducta examinada la aplicación de la tentativa mediante la configuración de un subtipo atenuado específico» (SAP de A Coruña 42/2011, de 31/10/2011, LA LEY 295944).

4.

EL DELITO DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

4.1. Tipo Básico (Art. 244.1)

4.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 43

El día 17 de marzo de 1997, el acusado D. J.M.C. fue al domicilio de otro individuo en el que cogieron las llaves del coche de D. J.D.Q., compañero de piso de dicho individuo; con dichas llaves acudieron al lugar donde estaba estacionado el coche, en el puerto de Altea, y se marcharon los dos en él, sin que conste quien conducía. El vehículo fue abandonado horas después, con daños que determinaron su declaración de siniestro total. En el momento de los hechos, el acusado se encontraba influenciado por el consumo de drogas tóxicas. No ha quedado probado que J.M.C. conociera que su acompañante carecía de autorización para utilizar el vehículo.

CASO N.º 44

Entre las 23 horas del día 10 de marzo de 2012 y 16.30 horas del día 11 de marzo de 2012, personas desconocidas sustrajeron el vehículo Volkswagen Golf GTI, matrícula....-NHW, propiedad de Noelia, asegurado por Mutua Madrileña Automovilista, que su propietaria había dejado estacionado en la Calle000 núm.000 de Madrid. Sobre las 16.30 horas del día 11 de marzo de 2012, el acusado Eulalio, mayor de edad y sin antecedentes penales, conociendo la procedencia ilícita, conducía el citado vehículo por la Calle000 núm.001, en dirección a la Avda. de la Albufera, cruzándose con un vehículo camuflado del Cuerpo Nacional de Policía en el que iban dos agentes de paisano, que reconocieron e identificaron al acusado. El vehículo ha sido tasado pericialmente en 4.900 euros, y al ser recuperado el día 28 de marzo de 2012 presentaba desperfectos tasados en 2.706,46 euros, que no consta acreditado que fueran realizados por el acusado, y han sido reparados por la compañía aseguradora.

CASO N.º 45

Sobre las 13,50 horas del día 14 de septiembre de 2006, uno o varios individuos que no han podido ser identificados se apoderaron del vehículo Opel Vectra matrícula....-QDJ, propiedad de Antonio y valorado en 15.000 euros, que se encontraba estacionado a la altura del número 14 de la Calle000 núm.000 de la ciudad de Valencia, aprovechando que el vehículo tenía las puertas abiertas y las llaves de contacto puestas.

En hora no determinada anterior a la 1,00 horas del siguiente día 15 de septiembre de 2006, el acusado José, mayor de edad y sin antecedentes penales, accedió a la posesión del citado vehículo y lo condujo a sabiendas de que carecía de autorización para ello de su propietario hasta que fue sorprendido por agentes de la Policía Local de Valencia en la Calle001 núm.001 y al infundirles sospechas porque aceleró hacia la Calle002 núm.002 al ver el vehículo policial, se inició una persecución por diversas calles de Valencia hasta que llegó a la Calle003 núm.003, que no tenía salida, donde abandonó el vehículo y huyó a pie, siendo detenido poco después.

En el vehículo viajaba el también acusado José Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, respecto del que no se ha acreditado suficientemente que conociera que el otro acusado carecía de autorización para conducir el citado vehículo.

4.1.2. *Jurisprudencia*

«...el recurrente conducía el vehículo sustraído. Siendo condenado exclusivamente por la utilización del vehículo, no por los daños causados al mismo, ni tan siquiera por la sustracción del citado vehículo. Vamos a analizar, por tanto, si concurrirían los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la existencia del delito previsto en el artículo 244, y, en su caso, la incidencia que podría tener, por la entrada en vigor del nuevo código Penal.

El citado artículo 244 castiga a lo que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo».

Así, constituye la conducta típica tanto la acción de sustraer —arrebatar— como la de utilizar —hacer uso— de un vehículo a motor o ciclomotor ajeno.

Es un delito que castiga el uso sin ánimo de apropiación y sin la debida autorización. El referido delito se consuma con el uso del vehículo, sin que sea necesario que el agente sea el conductor del mismo y, por tanto, lo cometen el conductor o pasajero que utiliza el mismo conociendo su ilegítima procedencia.

Por tanto el delito se consumó, teniendo en cuenta el testimonio del testigo presencial que vio al acusado con el vehículo de D. Saturnino. Sin que, por otra parte, hubiera dudas de encontrarse ante un vehículo ajeno (...) Y no existiendo, en ningún caso, autorización de su titular para su uso, por cuanto el citado titular del vehículo, tan pronto tuvo conocimiento de la ausencia del turismo, procedió a denunciar su sustracción. (...)Y sin que conste, que el acusado recurrente conociera al propietario del vehículo, por lo que, difícilmente éste podría dar autorización al mismo para su uso. En definitiva, existe prueba suficiente de que el acusado, ahora recurrente, usó y utilizó el vehículo de D. Saturnino, sin autorización de este último, integrando su conducta el tipo penal previsto en el artículo 244 del CP...» (SAP de Soria 76/2015, de 10 septiembre [ARP 2015/915]).

* * *

«...Se afirma por el recurrente que no concurre en la conducta del acusado el elemento subjetivo del tipo en cuanto que no se acredita que el acusado fuera consciente de llevarse el vehículo sin la autorización o permiso de su propietario «cuando

los hechos se producen en un ambiente de gritos y discusión, de confianza y en un momento en el que las facultades estaban muy mermadas», ello en línea con la versión que el acusado ofreció en juicio «cogió las llaves del vehículo que estaban encima de la mesa, le dijo a Isabel «Isabel, cojo las llaves», no le dijo si, ella seguía con la discusión con Vanesa y él tenía confianza con Isabel, quien ya, en varias ocasiones, le había dejado el vehículo», declaración ya analizada y valorada en sentencia, así como las contradicciones con la declaración prestada en fase de instrucción «Isabel le dijo que cogiera las llaves del vehículo y se fuera para que no presenciara la discusión» (...), como analiza las declaraciones testimoniales de Isabel y Vanesa, sobre todo, la de la denunciante, quien insistió que el coche era suyo, que estaba en una discusión con su esposa y en medio de esa discusión, Porfirio le quitó las llaves y se llevó el vehículo, que no le pidió permiso y que tampoco tenía confianza con él (...) Por todo lo cual, esta Sala entiende que el motivo no puede ser acogido por cuanto que no se advierte error por parte del Juzgador en la valoración de la prueba, sin que proceda cambiar el relato de hechos probados de la sentencia realizado en función de una valoración correcta de la prueba practicada en juicio por la versión ni lógica ni creíble ni probada del acusado, él cogió las llaves del vehículo y nadie le dijo que no se llevara el vehículo, cuando él le quitó las llaves a Vanesa, es decir, el recurrente, en modo alguno, llega a desvirtuar lo que resulta meridianamente claro, debiendo respetar esta Sala la valoración efectuada por el Juzgador acerca de las pruebas practicadas en el plenario...» (SAP Badajoz 136/2015 de 21 mayo [JUR 2015\147687]).

* * *

«...En definitiva, existe prueba suficiente que el acusado, ahora recurrente, usó y utilizó el vehículo de D. Saturnino, sin autorización de este último, integrando su conducta el tipo penal previsto en el artículo 244 del CP. El tipo penal por el que condena la Juez a quo, es el artículo 244.1 del CP, es decir, entendiéndose que el vehículo ha sido restituido en el término de 48 horas. Acudiendo alternativamente a la pena de multa, de las dos penas que permite el Código Penal, para castigar la conducta prevista en el citado artículo 244.1.

En el actual Código Penal, que entró en vigor en fecha de 1 de julio, se prevé que el artículo 244, que castiga la misma conducta, prevé para quien la cometa una pena de trabajos en beneficio de la comunidad o multa de 2 a 12 meses. Siendo penas leves, conforme el artículo 32.4 la multa de hasta 3 meses. Es decir, que la multa de 2 a 12 meses, quedaría integrada, por su base, como pena leve. Fijándose en el artículo 66.2 que la pena a imponer, cuando se trata de penas leves, será al prudente arbitrio del Juzgador, sin sujetarse a las reglas establecidas en los apartados anteriores del citado artículo 66. Siendo delitos leves, las infracciones que la ley castiga con pena leve, conforme el artículo 13 del CP. Y señalando (artículo 13.4), que «cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas como pena menos grave o grave, el delito se considerará como grave, en todo caso. Si la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve». Es decir, si la pena alternativa a imponer, lo es de multa de 2 a 12 meses, es obvio, que nos encontraríamos con una pena alternativa, leve, que determinaría, por aplicación de lo expuesto, que nos encontremos ante un delito leve, no menos grave, como sucedería por la aplicación del CP vigente en el momento de los hechos.

Es también claro, que la penalidad prevista por la aplicación del Código Penal vigente en este momento, es más favorable para el reo, que la penalidad prevista en el Código Penal vigente en el momento de cometer los hechos. Por un lado, porque la

pena alternativa de multa aplicada por la Juez a quo, ha quedado reducida, de la cuantía prevista anteriormente de 6 a 12 meses, por la de 2 a 12 meses. Habiendo desaparecido la cuantía de 400 euros, que permitía inferir, la diferencia entre el delito previsto en el artículo 244.1 y la falta prevista en el artículo 623, que desaparece en el Código actual. Tal vez queriéndose incluir, como delito leve, comportamientos de este tipo, que no tienen especial gravedad, en la que sin comisión de «fuerza en las cosas», el acusado procede a restituir directa o indirectamente, como en el caso de autos, el vehículo de motor usado, a su propietario en el término de 48 horas. Siendo evidente que el nuevo tipo penal es más favorable para el penado, por cuanto condena al mismo, como delito leve, permite sustituir la responsabilidad personal subsidiaria, por localización permanente, y por cuanto, conforme el artículo 22.8 del código Penal actual, no se computarán como antecedentes penales, a efectos de reincidencia, las condenas por delitos leves. Y que, conforme el artículo 80.1 del CP, a los efectos de suspensión de la condena, no se tendrá en cuenta, las anteriores condenas por delitos imprudentes, o por delitos leves. Añadiendo que la Circular de la Fiscalía General del Estado, interpretadora de las nuevas normas del Código Penal, ha venido a indicar que cuando existiera pendiente recurso de Apelación, las partes podrán invocar, o el Tribunal aplicará de oficio, los preceptos de la nueva ley, cuando de manera evidente, resulten más favorables a los intereses del penado.

En este caso, por tanto, y siguiendo dicha interpretación procede aplicar de oficio los preceptos de la nueva ley, habiéndose dado vista, en aplicación de la citada Circular, a las partes, a fin que informaran sobre la influencia del nuevo Código Penal en el tipo penal objeto de condena. En consecuencia, y en la medida que el artículo 66.2 del CP, prevé que la pena a imponer lo será al prudente arbitrio del Juzgador; a la hora de imponer la pena concreta, hemos de tomar en cuenta que el vehículo fue devuelto al propietario, aún cuando eso sí, dejando el vehículo entre unos matorrales, como se determina en atestado de la Guardia Civil, de difícil localización, y habiendo procedido los usuarios del vehículo, a tirar y abandonar la documentación del mismo, de otros objetos personales existentes en el interior del vehículo, e incluso de los triángulos de señalización. De tal manera que parecería aconsejable la imposición, no de la pena mínima, de 2 meses, sino de de 3 meses de multa. Debiendo serle impuesta, además, la cuantía prevista en el artículo 50 del CP, esto es, de 2 euros de cuota diaria. Máxime teniendo en cuenta la inexistencia de constancia alguna de la situación económica del recurrente. Es más, figura en la pieza de responsabilidad civil, en fecha de 4 de mayo de 2015, su insolvencia...» (SAP de Soria 76/2015, de 10 septiembre [ARP 2015\915]).

4.2. Subtipos agravados (Art. 244.2 y 4)

4.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 46

Sobre las 15,00 horas del 30/11/2014, Abelardo, accedió al garaje sito en Avenida000 núm.000 de Madrid, y se dirigió en su interior a Félix, quien acababa de estacionar el vehículo marca Mercedes, modelo Clase E, matrícula....-MFV, al ser su usuario habitual, y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, le exigió la entrega de las llaves, de su cartera y del dinero, compeliéndose para tal fin a Félix con un cuchillo de unos quince centímetros de hoja, cuyas demás circunstancias son

ignoradas. Félix accedió a la entrega de las llaves y del dinero que portaba, si bien consiguió que Abelardo le devolviese de ese mismo llavero, las llaves correspondientes a su domicilio y la documentación personal existente en esa cartera, procediendo seguidamente Abelardo a huir de ese lugar a los mandos de ese turismo y con el dinero.

Queda igualmente acreditado que sobre las 13,00 horas del día 1/12/2014, el vehículo marca Mercedes, matrícula....-MFV, fue detectado mediante el sistema GPS que tenía instalado en su interior por cierta empresa, mientras que estaba estacionado en el aparcamiento exterior del Centro Comercial la Gavia de Madrid, dando cuenta de ello a la Policía Nacional. Personados efectivos de la Policía Nacional, y entre ellos, el Agente uniformado núm.001, se entrevistó con los vigilantes de seguridad del mismo centro, localizando a Abelardo en su interior; procediéndose a montarse un dispositivo de vigilancia por Policía de paisano, y entre ellos, los Agentes núm.002 y núm.003, en el que también intervinieron efectivos uniformados, como los Agentes núm.004 y núm.005.

Mientras que Abelardo se dirigía hacia ese turismo Mercedes, detectó la presencia policial y cambió de dirección, siendo requerido por los Agentes núm.002 y núm.003 que le estaban siguiendo, para que se identificara, procediéndose en esos instantes Abelardo a huir a pesar de los distintos requerimientos verbales de los Agentes actuantes para que se detuviese. En tal huida, Abelardo cruzó, entre otras vías públicas, los ramales de las carreteras M-45 y A-3, y saltó vallas, dirigiéndose Abelardo, mientras que seguía siendo perseguido a cierta distancia por Policías de paisano y uniformados, a la Gasolinera de la marca BP, sita en las inmediaciones de tal Centro Comercial, donde se encontraba estacionado, esperando a repostar, el vehículo marca Peugeot, modelo 307, matrícula....-NJS, que estaba siendo conducido por su propietario Agustín, hallándose en el interior su esposa Marcelina, en el puesto del copiloto y con el cinturón de seguridad puesto. Mientras que Agustín se acercaba a avisar que iba a rellenar su depósito a la Gasolinera, Abelardo abrió la puerta delantera izquierda del turismo y se introdujo en su interior, y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito y conseguir la utilización del mismo turismo, intentó ponerlo en marcha, pero sin llegar a conseguirlo. Agustín que se encontraba a cierta distancia, se acercó a su coche, y tras forcejear con Abelardo, consiguió echarlo de su interior.

CASO N.º 47

Rogelio, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 15:50 horas del día 23 de septiembre de 2010, cuando se encontraba en la Calle000 núm.000, en el lugar de O Carballo, en el Municipio de Oleiros, tras saltar un muro de bloque de unos dos metros de altura perteneciente a Talleres Bermauto, S.C., accedió al interior de dicho taller, en donde cogió unas llaves que se encontraban en un tablero, y se dirigió al vehículo marca BMW, modelo X5, matrícula....-ZGL, propiedad de la empresa Senra Sport, S.L., con la intención de utilizarlo temporalmente, pero sin incorporarlo definitivamente a su patrimonio, para lo que se introdujo en el interior del mismo y lo arrancó. Al tratar de salir con el vehículo lo golpeó en la parte trasera contra un muro y, posteriormente, contra otro vehículo que estaba aparcado, siendo sorprendido por los empleados del taller, tras lo cual el acusado emprendió la huida en dirección a Oleiros, siendo seguido por los empleados, que lograron darle alcance en la Avendida 000 núm.000 de esa localidad. El acusado no se encontraba en plenitud de sus facultades cuando cometió los hechos.

4.2.2. *Jurisprudencia*

«...El hecho admitido por el encausado desde el primer momento en que declara en la causa es que, efectivamente, se apoderó de unas llaves en una taquilla y, dado que poseían mando a distancia, hizo uso de éste sobre los vehículos aparcados hasta dar con el que le franqueaba las puertas. Incomprensiblemente, desde tal reconocimiento, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones elevadas en este punto a definitivas sostiene que «sin que conste su voluntad de apropiárselo de modo definitivo» y lo califica como delito de robo con fuerza en las cosas. Sabido es que frente al ánimo lucrativo que impulsa al delito de robo, entendido como propósito de incorporación permanente al patrimonio propio, el elemento subjetivo del injusto en el delito de robo (o de hurto) de vehículo de motor se formula de forma negativa como ausencia de voluntad de apropiación, lo que así remarca la jurisprudencia más reciente («sin ánimo de apropiación; solamente con intención de utilizarlo temporalmente» —STS de 29 de mayo de 2000). El patente error en la subsunción se traslada a la Sentencia dictada por la Sra. Juez de lo Penal que, por tal motivo, debe ser revocada en ese particular...» (SAP Barcelona, 13 junio 20002 [JUR 2002\225060]).

* * *

«...Este Tribunal abunda en que en la noción de llaves falsas (supuesto legal de fuerza, típica del robo) se incluyen las obtenidas mediante infracción penal, noción perfilada, reiteradamente, por el Tribunal Supremo, desde un antigua jurisprudencia que ya consideraba que por «llave falsa» han de considerarse los supuestos de uso de la llave legítima cuando no se estaba autorizado por el propietario e, incluso, los casos de sustracción de llaves olvidadas y extraviadas (SSTS de 1 de julio de 1981, 26 de marzo de 1982, 27 de mayo de 1985); y ello pese a que el texto legal se refería exclusivamente a las llaves legítimas sustraídas al propietario, refiriendo otras sentencias, como es exponente la de 22 de diciembre de 1997, que la palabra «sustraídas «se ha de identificar con el desapoderamiento previo de las llaves de que se hace objeto a su dueño con una cierta carga, al menos intencional o dolosa, quedando excluidos tan solo los supuestos de llave puesta en la cerradura, visible y a disposición del tomador.

Y, en la sentencia de 27 de junio de 1997 se dice que, cuando el art. 239. 2, habla de llaves obtenidas por un medio que constituya infracción penal, han de comprenderse los casos de robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por cualquier otro medio entre los que se incluye, asimismo, la apropiación indebida, comprendiendo tanto los delitos como a las faltas (doctrina sentada en las SSTS de 7-2-2000, 25-6-2001, 26-9-2003, etc.)...» (SAP Zamora 55/2015, de 25 junio [JUR 2015\183847]).

5. EL DELITO DE USURPACIÓN

5.1. La ocupación (Art. 245)

5.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 48

En fecha que no consta de 1996, el acusado Anastasio N. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con otras personas, entró en una vivienda que estaba deshabitada, sita en la Calle000 núm.000, de Villajoyosa, sin consentimiento de su propietario, de donde fue desalojado por efectivos de la Guardia Civil, en virtud de orden judicial, el 28-5-1997, apercibiéndose expresamente de que, en caso de que volviera a entrar en dicho inmueble podría cometer delito de desobediencia, a pesar de lo cual, el día dos de junio del mismo año, el acusado penetró en dicha vivienda y pasó allí la noche hasta que al día siguiente fue desalojado nuevamente por la Guardia Civil.

CASO N.º 49

En fecha no determinada, pero, entre los meses de julio a septiembre de 2013, el acusado JAAA, mayor de edad y sin antecedentes penales, sin empleo de violencia o fuerza, se introdujo junto con su esposa enferma, en la vivienda marcada con el n.º (...) del edificio ubicado en la Calle000 núm.000 de esta Ciudad. El edificio vacío era en un principio de la entidad Nova, SL, estando desocupado, sin entregar, sin suministros, y fue vendido a Residencial, S.A empresa del Grupo LLL, y quien no se dirigió personalmente a ninguna de las personas que ocupaban la vivienda ocupada por el acusado, ni le indicaron su oposición a que siguiera ocupándola, haciéndolo de forma pública la ocupación el acusado.

Un grupo de personas le aseguraron al acusado que estaban en conversaciones con la propiedad del edificio, los servicios sociales y autoridades administrativas a fin de resolver la necesidad de una vivienda para el acusado y su esposa, que carecía de ingresos económicos para subvenir su sustento personal y el abono de un alquiler; el mismo grupo de personas le aseguraron que no les iban a desalojar. Por ello, cuando se le comunicó la resolución de 28 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de instrucción que conocía de distintas diligencias contra los ocupantes de dicho edificio, ofreciendo la posibilidad de abandono de forma voluntaria en el plazo de 15 días, so pena de ser desalojados, se marchó del edificio de forma voluntaria junto con su esposa, el mismo día 6 de marzo de 2014, que se le notificó por un agente de la Policía Nacional la mencionada resolución.

El acusado junto con su familia, al agotársele el subsidio de desempleo el 16 de mayo de 2013, y no contar con recursos económicos para afrontar el pago de un alquiler y

poder dar de comer a la familia, enterado por el grupo de personas que se podía refugiar en la vivienda deshabitada y vacías del edificio, lo que efectuó, en fecha no concretada, entre el mes de julio o septiembre de 2013. El acusado y su familia estaban inscritos en el registro municipal de viviendas protegidas desde el año 2011 para que le adjudicasen una vivienda. El acusado en el año 2013 y 2014 carecía de todo tipo de ingresos, ni su mujer al encontrarse enferma y agotársele a ésta hacía tiempo, la prestación por desempleo. El acusado hasta la citación y declaración de inculpado en fecha de 17-6-14, no había recibido ninguna denuncia por la ocupación, ni ningún requerimiento por parte de la propiedad del edificio, que entendió el acusado, que no se oponía a su presencia en la vivienda la propiedad por las informaciones que recibía de terceras personas, hasta que le llegó la notificación del Juzgado. (Caso Ocupa de la Corrala Utopía).

CASO N.º 50

Entre los días 24 y 25 de enero de 2011, Teódulo, mayor de edad, de nacionalidad iraní, con residencia legal en España y sin antecedentes penales, ocupó el inmueble sito en la Calle000 núm. 002, piso núm.003 núm. 004, de Madrid, tras cambiar la cerradura de la puerta de la casa y siendo consciente de que tal comportamiento era frontalmente contrario a la voluntad del dueño de la misma, D. Luis Enrique.

Previamente, el acusado había tratado de negociar con el Sr. Luis Enrique el alquiler de la aludida vivienda, cuyo pésimo estado de conservación la hacía inhabitable, sin que tales tratos preliminares culminasen en el correspondiente contrato de arrendamiento a causa de la ausencia de voluntad contractual del propietario, claramente expresada reiteradamente por éste a Teódulo.

El Sr. Luis Enrique denunció inmediatamente la ocupación del inmueble de su propiedad por parte del acusado, concretamente el día 25 de enero de 2011, lo que dio lugar a la incoación del correspondiente procedimiento penal en el Juzgado de Instrucción número 29 de Madrid. Teódulo declaró como imputado el día 10 de mayo de 2011, y en su declaración ante el Juez de Instrucción manifestó que había alquilado la citada vivienda al Sr. Luis Enrique mediante contrato escrito de fecha 30 de marzo de 2011, e igualmente que le había pagado 3.000 € en concepto de rentas arrendaticias. En dicha declaración, el acusado aportó al Juez de Instrucción dos documentos: Un recibo fechado el día 25 de enero de 2011, en el que figuraba el nombre de D. Luis Enrique y su DNI, y se declaraban recibidos por éste 3.000 € en concepto de alquiler del piso sito en la Calle000 núm.002, piso núm003, de Madrid; y un contrato de arrendamiento fechado el día 30 de marzo de 2011, que recaía sobre la citada vivienda y en el que figuraban como partes D. Luis Enrique, como arrendador, y el acusado, como arrendatario, con una renta anual de 7.200 € y una duración de tres años, renovables.

En el recibo precitado aparecía la supuesta firma del Sr. Luis Enrique, e igualmente en el mencionado documento contractual de arrendamiento, figurando es éste también la firma del acusado.

Las firmas de D. Luis Enrique en ambos documentos habían sido falsificadas, bien por el propio acusado o bien por otra persona a su instancia.

El acusado aportó tales documentos para aparentar un título contractual inexistente ante el Juzgado de Instrucción, a fin de evitar su desalojo de la casa propiedad del Sr. Luis Enrique y provocar el archivo del procedimiento penal en el que tenía la condición de imputado, y ello con el correlativo perjuicio para los intereses del Sr Luis Enrique.

Tras verificarse pericialmente la falsedad de las firmas del propietario de inmueble en los citados documentos, se ordenó el inmediato desalojo del acusado de la vivienda ocupada.

CASO N.º 51

El día 27 de noviembre de 2000, la comisión judicial del Juzgado de Instrucción núm. 24 de los de Barcelona, acompañada por varias dotaciones de la Policía Nacional, se personó en el inmueble ubicado en la Calle000 núm.000 de esta ciudad de Barcelona, y procedió al desalojo de los acusados Xavier C. P., Mariano E. P., y Roger C. P., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, en ejecución de la resolución firme de lanzamiento dictada el anterior 14 de septiembre. El desalojo se produjo de forma pacífica y sin incidentes de ninguna clase, dada la simple oposición pacífica de los tres ocupantes que en aquel momento se hallaban en la casa.

Dicha finca era propiedad de la inmobiliaria AAA, SL, por compraventa efectuada en fecha 13 de febrero de 1999 a su antigua titular, doña Rosa C. V., de 92 años de edad, quien conocedora de la ocupación del inmueble por parte de un grupo de jóvenes de estética «okupa» desde mediados del año 1998, había consentido tácitamente dicha posesión y utilización temporal colectiva de su finca que fuera derruida, dado que hacía ya casi veinte años que estaba deshabitada, en estado de ruina y sin uso alguno.

Los tres acusados, junto con un número indeterminado de jóvenes más a quienes no se ha podido identificar, accedieron a mediados del año 1998 al interior del inmueble sin fracturar puerta o venta alguna, ya que —dado su evidente estado de abandono y ruina prolongados— presentaba numerosas vías de entrada franca desde la calle. A partir de su instalación estable en el local, procedieron a desinfectarlo, limpiarlo de escombros, reparar los desperfectos más visibles de suelo, paredes y techo y finalmente, pintarlo y habilitarlo con mobiliario de segunda mano apto para desarrollar en su interior una serie de actividades sociales. En ejecución de dicho programa de uso social alternativo, y tras bautizar a la finca con el nombre «casal Okupat La Galia», realizaron a lo largo de los años 1999 y 2000 numerosos talleres de acrobacia, reparación de bicicletas, cinefórum, lectura/biblioteca y debate contracultural, así como actividades diversas de ocio y elaboración de «fanzines», posters, etc. No consta que existiera durante estos casi tres años el más mínimo incidente ni molestia con los vecinos, y sí en cambio, que su actividad era públicamente conocida y aceptada por los residentes en la misma calle y entidades cívicas del barrio. Tras recuperar la empresa inmobiliaria la posesión de la finca adquirida a título de compraventa, procedió a su derribo y desescombro.

CASO N.º 52

En fecha no determinada de finales del año 2011, Alicia, nacida el NUM000 -90 en Madrid, con DNI núm.001, mayor de edad y con antecedentes penales no computables para esta causa, accedió a la vivienda sita en la Calle.000 núm.002, planta003 puerta000 de Madrid, propiedad de la entidad Banco Santander Central Hispano, la cual no se encontraba habitada en ese momento, permaneciendo en la misma de manera continuada con sus hijos, sin la autorización de su legítimo propietario.

El Juzgado instructor acordó el desalojo de dicho inmueble por auto de fecha 4 de abril de 2013, pese a lo cual, Alicia no abandonó la vivienda hasta el lanzamiento que se produjo el 20 de diciembre de 2013.

5.1.2. *Jurisprudencia*

«...En efecto, el artículo 245.2.º del Código Penal sanciona como autor de un delito de usurpación al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o

edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular.

La cuestión fundamental para delimitar las conductas que son acreedoras de reproche penal al amparo de la primera modalidad comisiva tipificada en referido precepto es la de establecer qué debe entenderse por «ocupar» un inmueble, vivienda o edificio, pues la acción típica se define a través de dicho verbo. Tal como establece el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ocupar significa «Hablando de territorios, lugares, edificios, locales, etc. y también de objetos menores, tomar posesión o apoderarse de ellos, invadirlos o instalarse en ellos». Dicho término conlleva pues una cierta continuidad en el tiempo en la toma de posesión o apoderamiento, es decir un despojo continuado en el tiempo que realmente impida al propietario o legítimo usuario el ejercicio de sus facultades.

La ocupación para ser punible exige, por tanto, la instalación en un inmueble con carácter continuado y estable (...). No es suficiente para cumplir el tipo el acceso a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización, sino que dicho acceso debe efectuarse con la intención de permanecer de forma estable en el inmueble, pues no debe olvidarse que en el precepto no se sanciona al que accediere a un inmueble, sino al que lo ocupare o se mantuviere (permaneciere) en él, quedando excluidas las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir...» (SAP de Girona 531/2009, de 27 julio [JUR 2009\492893]).

* * *

«...De la usurpación se ocupan tres artículos —del 245 al 247, ambos inclusive— que constituyen el contenido del Capítulo V (titulado precisamente: «de la usurpación») del Título XIII del Libro II del Código Penal vigente. Ese título lleva como epígrafe «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

El patrimonio de una persona (física o jurídica) está formado, en su dimensión activa, por el conjunto de derechos de contenido económico (si se quiere, negociables en el mercado de bienes y servicios) de los que aquélla es titular. Vaya por delante que, pese a su fecha, el vigente Código Penal todavía es tributario en gran medida, en esta materia, de las concepciones romanistas sobre la propiedad, lo que explica las dificultades de elaboración de nuevas modalidades delictivas que recaen sobre un tráfico económico altamente espiritualizado y sobre un mundo en el que el progreso tecnológico ha creado realidades nuevas que escapan a las categorías tradicionales históricas.

Revisando el articulado del título se descubre fácilmente que son objetos posibles de esos derechos las cosas materiales (muebles o inmuebles) y otros bienes no perceptibles sensorialmente, pero que no por ello dejan de constituir valores apreciables en dinero. Estos distinguos no significan un mero ejercicio de estéril taxonomía, porque sirven de pauta para la construcción de los diferentes tipos de delitos que lesionan el patrimonio.

Por su mecánica, se distinguen ya desde antiguo los tipos de apoderamiento ilegítimo en cuanto la cosa pasa a poder del sustractor sin contar con la voluntad del legítimo tenedor de aquélla o contra esa voluntad, quebrantada mediante actos de violencia física o de intimidación; los tipos de apoderamiento fraudulento, obtenido mediante engaño de aquel tenedor; o, en fin, de transformación de una posesión legítima en una tenencia con propósito de apropiación definitiva e ilícita.

Los de robo y hurto son tipos de apoderamiento ilegítimo, construidos en torno a la idea de la aprehensión directa de cosas materiales muebles —y diríase que, además, «visibles» (la «apropiación» ilegítima de «energías» o «fluidos») y el aprovechamiento de «terminales de comunicación» son objeto de tipificación y castigo separados en los

artículos 255 y 256)— con el propósito de incorporarlas ilegítimamente al patrimonio del sustractor.

El bien jurídico lesionado es el dominio o propiedad de esas cosas, en su sentido más tópico condensado en el párrafo primero del artículo 348 del Código Civil. El que roba o hurta una cosa, priva a su legítimo propietario de la totalidad de las facultades que constituyen el contenido del derecho; de todas sus posibilidades de aprovechamiento.

La mera desposesión, cuando carece de esa finalidad radical y definitivamente expropiatoria de esos bienes, no tiene el mismo tratamiento; de modo que únicamente tiene relevancia jurídico-penal respecto de cosas determinadas: los vehículos a motor o ciclomotores, con arreglo al artículo 244.

Hasta aquí, la acción típica recae siempre sobre una cosa mueble (...) Al apoderamiento de los inmuebles está reservado otro tipo delictivo distinto, el ya mencionado de «usurpación». El concepto abarca, por un lado, la «ocupación» de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana. Por ocupación se entiende el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas. El usurpador es un ocupante sin título que legitime su comportamiento dominical. No es preciso que lleve a cabo la totalidad de las facultades que corresponden al dueño. La segunda acepción de la «ocupación» denota el ejercicio de alguna de ellas, o, por utilizar los términos del apartado 1 del artículo 245 del Código Penal de «... un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena...». Así que «ocupación» es un significante con una acepción amplia, que lo hace equivalente al ejercicio material del conjunto de facultades que constituyen el contenido de un derecho real y otra, restringida, que lo identifica con el ejercicio material del haz de poderes que configuran el contenido del dominio. El dominio y los derechos reales recaen —en el arquetipo de conducta delictiva del artículo 245— sobre un bien inmueble (...). El bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito de usurpación no se encuentra pacíficamente individualizado. Hay unanimidad, sin duda, acerca de la protección de la propiedad inmobiliaria y de la titularidad de los derechos de que son susceptibles los bienes de esta naturaleza. La discusión comienza cuando se hace preciso fijar si basta con una perturbación del pacífico ejercicio de un derecho inmobiliario, comenzando por el dominio, o si es menester acreditar un propósito de adquisición definitiva de ese derecho.

La literalidad del artículo 245 es equívoca; y de su ubicación sistemática dentro del Título tampoco permite obtener conclusiones firmes. En efecto, puede entenderse que la usurpación es una figura genérica de apoderamiento, que comprende la ocupación violenta o intimidativa (apartado 1) y la no violenta (apartado 2), limitada a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada. La Sentencia 190/2003, de 31 de marzo, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, parece compartir este criterio. De suscribirse, no constituirían usurpación las ocupaciones que no tuvieran como finalidad hacerse con el dominio del inmueble. Sin embargo, nada impide entender que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación; y resulta más coherente metodológicamente discernir las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido: [a] El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 del Código Penal, como un delito contra la inviolabilidad de domicilio. [b] La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del artículo 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una

morada ajena. [c] La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el artículo 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél.

En este último caso, si se quiere estar atento a las exigencias del principio de irrelevancia de las bagatelas o actos que no entrañan lesión o peligro significantes para el bien jurídico protegido (tema de actualidad, tras la doctrina acogida últimamente por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: por más reciente, la 184/2004, de 13 de febrero [RJ 2004, 2484]) y a la luz del principio de intervención penal mínima como criterio interpretativo impuesto por el modelo de Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho como el configurado por la vigente Constitución Española (RCL 1978, 2836) (tal como se proclama en su preámbulo), será preciso que el hecho cause una perturbación significativa a la pacífica posesión del bien ocupado.

Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antaño figura del «ius usus innocui», tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espiguelo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de «espiguelo inmobiliario», en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical. Esta aplicación restrictiva del tipo del artículo 245, y especialmente de su apartado 2, es compartida por buena parte de la práctica judicial que conforma lo que se ha dado en llamar «jurisprudencia menor», especialmente importante cuando, como en este caso, faltan pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo...» (SAP de Madrid 145/2004, de 20 febrero [JUR 2004\260867]).

* * *

«...De forma subsidiaria se alega en el recurso infracción de precepto legal por inaplicación de la eximente completa de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal, que resulta del todo aplicable en este caso dada la precaria situación económica y social de la acusada quien carece de medios económicos, no cuenta con apoyo familiar y tiene cuatro hijos a su cargo.

Pues bien, la jurisprudencia se ha decantado en sentido negativo señalando (Sentencia de 1 de octubre de 1999) que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semi eximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiada pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica.

Cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos

males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndonos a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa...» (SAP de Madrid 229/2015, de 29 mayo [JUR 2015\207927]).

* * *

«... Toda la argumentación del recurso se centra en aducir que la vivienda se encontraba abandonada, de modo que no concurriría el elemento de ajenidad que integra el tipo objetivo del artículo 245.2 del Código Penal; o al menos que tal era la fundada impresión que producía, por lo que estaría ausente el dolo de la conducta de la ocupante, o, más técnicamente, concurriría en su actuación error acerca del aludido elemento normativo del tipo, lo que debería llevar igualmente a su absolución, conforme al artículo 14.1 del Código Penal, ya que el delito no admite la comisión culposa. Ambas vías de impugnación pueden ser analizadas conjuntamente y ninguna de ellas puede prosperar, por las razones que a continuación se expondrán: 1.—Ante todo, la vivienda de autos estaba efectivamente deshabitada y desatendida, con el consiguiente deterioro, desde hacía muchos años; pero ello no significa que estuviera abandonada en el sentido jurídico de derelicción, único que la convertiría en *res nullius*, carente de un dueño cuyos derechos posesorios pudieran vulnerarse contra su voluntad.

En primer lugar, es evidente que nadie en su sano juicio renuncia, por su alto valor económico, a la propiedad de una vivienda urbana normal, aunque la deje deshabitada, y nada permite afirmar que el propietario original hubiese realizado tan irracional acto de abandono, aunque prefiriese mantenerse alejado del que fue su domicilio, acaso por razones psíquicas que se vislumbran en el relato fáctico de la sentencia de instancia. En segundo lugar, que el dueño de la vivienda no había renunciado a su propiedad lo demuestra que prácticamente hasta su muerte continuara pagando las cuotas de la comunidad de propietarios, aunque fuera por el singular procedimiento que narró en su declaración judicial el vecino que llamó a la Policía (folio 70). En tercer lugar, como señalan las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2001 y de Navarra de 2 de julio de 2002, la voluntad del titular del inmueble de mantener sus derechos dominicales, y la consiguiente voluntad contraria al acceso al mismo de terceros, debe presumirse, al menos *iuris tantum*, cuando el inmueble en cuestión dispone de elementos de cierre para evitar el acceso in consentido, revelando así la voluntad del dueño de impedirlo. En este sentido, es irreprochable el razonamiento indiciario de la sentencia de instancia acerca de la cerradura de la puerta que el policía que acudió al lugar de los hechos vio tirada en el suelo. Si la fractura de la cerradura hubiera sido anterior a la ocupación de la vivienda por la acusada, es inverosímil que ninguna de las personas que hubieran entrado en la vivienda en el lapso intermedio no la hubiera retirado de allí; como inverosímil es que, si en el piso entraban frecuentemente indigentes y vagabundos, un vecino llamara inmediatamente a la Policía cuando oyó la entrada de la ahora acusada y no se hubiera hecho en ocasiones anteriores, lo que hubiera anticipado el resultado producido en esta ocasión, es decir, la inmediata localización de la hija del fallecido dueño de la vivienda y la adopción por la misma de las medidas oportunas para evitar la

reiteración de invasiones. Añadamos ahora que en su aludida declaración en fase instructora el vecino que avisó a la Policía manifestó que lo hizo «al escuchar unos golpes fuertes en la parte de arriba del bloque» y que la vecina del piso inmediatamente inferior al ocupado «le dijo que había visto a dos hombres que forzaban la puerta del piso núm.000 derecha y sin más el declarante avisó a la Policía Local». Cierto es que se trata de un testimonio no ratificado en el acto del juicio y en parte de referencia, pero sirve para corroborar el razonamiento indiciario de la Juez a quo, además de ser la defensa la que corre con la carga material de la prueba de destruir la presunción de ajenidad de la vivienda ocupada.

No es necesario decir, finalmente, que el fallecimiento del titular no extinguía la propiedad sobre la vivienda, que, conforme a las normas sucesorias del Código Civil, se entendía transmitida desde el mismo momento de su muerte a sus herederos, en último término el Estado, a falta de otros herederos testamentarios o abintestato.

Por lo que se refiere a la conciencia de la acusada de la ajenidad del piso que invadía y de la falta de autorización para ello de su titular, este conocimiento debe reputarse indudable desde un principio, visto que ella —sola o en unión de otros, como dijera famosa sentencia— se vio obligada a desmontar la cerradura que, como hemos visto, estaba colocada en la puerta de la vivienda. Pero aunque la larga desocupación de la misma, e incluso la posible información recabada de otros vecinos de que el anterior titular había fallecido y no se le conocían herederos, pudiera haber llevado a error a la acusada sobre la existencia de un titular con legítimos derechos sobre la vivienda, el mismo habría quedado disipado tan pronto como la Policía Local le intimó a desalojar la vivienda ocupada al haberse localizado a una hija del propietario fallecido y manifestar ésta su oposición a la permanencia de la ocupante.

Debe recordarse ahora que el tipo objetivo del delito del artículo 245.2 tanto se integra por la ocupación en sentido estricto como por la permanencia en el inmueble contra la voluntad de su titular; de modo que aunque admitiéramos el error de la acusada en el momento inicial de su acceso a la vivienda, este error habría dejado de ser efectivo de forma casi inmediata, pese a lo cual la acusada mantuvo su permanencia en la vivienda contra la voluntad de su titular —o de una de sus titulares—, siendo obvio que, cualquiera que sea el nivel cultural de la acusada, no cabe error en nuestra sociedad acerca de los derechos sucesorios de los hijos sobre los bienes propiedad de los padres.

En conclusión, ni la vivienda estaba abandonada en sentido jurídico, sino tan sólo deshabitada y descuidada, ni existía una autorización implícita por actos concluyentes para el acceso a la misma, ni la acusada podía llamarse a engaño sobre ninguno de estos puntos, ni, de haber habido un error inicial al respecto, éste hubiera podido prolongarse más que unas pocas horas, pese a lo cual se mantuvo durante meses la conducta antijurídica...» (SAP de Sevilla 185/2005, de 15 abril [JUR 2006/298035]).

* * *

«...El apartado segundo del artículo 245 del Código Penal introduce una nueva figura penal de ocupación de inmueble, vivienda o edificio ajenos, fundamentalmente con la intención de dar respuestas al fenómeno de la «Okupación», que se proyecta fundamentalmente sobre edificios vacíos y, en primer término, sobre viviendas en dicha situación, siendo acompañado con frecuencia por una actitud de rebeldía en la que se unen el desprecio a la propiedad ajena y la irrelevancia de toda norma administrativa.

Con relación a esta nueva figura de delito, cuya criminalización ha sido controvertida por quienes consideran que el nuevo precepto infringe el principio jurídico penal de intervención mínima, entendiéndose además que el problema de la ocupación podría

resolverse por la vía de interdicto de recobrar la posesión y las acciones reguladas en la Ley de Arrendamientos Urbanos, la doctrina entiende que de la lectura del precepto cabe deducir tres elementos característicos: que se trate de inmuebles ajenos, no debiendo de entenderse por tales los totalmente abandonados; que alguien disponga del derecho para autorizar la ocupación o que ésta contradiga una prohibición; y finalmente, que no es necesario obtener un provecho económico determinable, si bien el requisito de una cierta permanencia en la ocupación parece obligado, para excluir del tipo las simples perturbaciones posesorias con escaso contenido antijurídico, como así entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982 y ello en atención a la supresión, desde el Anteproyecto de 1992, del verbo «penetrar» que la Propuesta de 1983 recogía junto al verbo «ocupar», siendo de reseñar que la proyección temporal del verbo «ocupar» supera a la del verbo «penetrar» o al término «introducirse»; y habiendo entendido igualmente la doctrina que en el área de la antijuridicidad cobra particular importancia el estado de necesidad, siendo aplicables al mismo las previsiones de la eximente quinta del artículo 19 del Código Penal...» (SAP de Cuenca 96/2000, de 11 diciembre [JUR 2001\64992]).

5.2. La alteración de términos o lindes (Art. 246)

5.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 53

Leovigildo, propietario de las parcelas núm.000, núm.001 y núm.002 del término municipal de Sotillo de la Ribera, parcelas colindantes con los caminos n.º 9005 y 9007, procedió el día 19 de julio de 2012 a modificar tales caminos mediante la utilización de una máquina retroexcavadora, sin pedir autorización al propietario de tales caminos (Ayuntamiento de Sotillo de la Ribera) procediendo a la invasión de las parcelas núm.003 (Polígono núm.004), de titularidad de Patricio, y núm.005 (Polígono núm.006), de titularidad de Santiago, invasión no consentida por parte de los propietarios de las mentadas parcelas.

A consecuencia de tal actuación inconsciente, se han invadido 454 metros cuadrados de la parcela núm.003 y 176 metros cuadrados de la parcela núm.005, siendo que asimismo se han causado una serie de daños a estas fincas; por lo que se refiere a la parcela núm.003, se han dado lugar a una retirada parcial de un talud existente en la finca, se ha retirado un manantial y un arroyo, situación que puede provocar encharcamientos en épocas lluviosas dificultando la realización de labores agrícolas, se ha eliminado una rampa de entrada dificultándose el acceso a la finca, y se han ocasionado problemas de erosión al eliminarse parte de la vegetación del talud y del arroyo por el que transcurrían las aguas provenientes del manantial y del agua de la lluvia; por otra parte, y en cuanto a la finca núm.005, se ha procedido a la reducción de anchura de cabeceros de viñedo que impiden la realización adecuada de labores vitivinícolas, se ha procedido a la retirada de piedras y mojón que delimitaban la finca y se han colocado montones de tierra y restos de poda que impiden el tránsito de vehículos por el camino que se venía utilizando. Los perjuicios anteriores se han valorado en la suma de 3.135,84 euros, en el caso de la parcela núm.003 y de 584,61 euros, en el caso de la parcela núm.005, pudiendo obtenerse por parte de Leovigildo un beneficio potencial de 1.152 euros, como consecuencia de la ampliación de su espacio de viñedos a raíz de la conducta antes descrita.

CASO N.º 54

Imanol y Mario, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en el mes de junio del año 2005 presentaron ante el Ayuntamiento de Níjar (Almería) proyecto de parcelación de la UE SJ-20-B1 de San José, en ejecución del sistema de actuación urbanística por compensación; todo ello sobre la base de las fincas que según indicaban, era de su titularidad ubicadas en dicha UE, sin hacer constar la existencia de una finca que, titularidad de Emiliano, y que se ubicaba en la misma UE, y por tanto debía ser incluida en la actuación a realizar, pese a tener conocimiento de dicha titularidad y de la existencia de problemas derivados de la delimitación de linderos con el mencionado Emiliano y Imanol. Tal proyecto dio lugar a la tramitación de los correspondientes expedientes administrativos municipales, en que fue aprobada la reparcelación y posterior modificación del proyecto sin conocimiento de Emiliano; llevándose a cabo a instancias de los acusados la realización de obras consistentes en aplanado de las superficies, quitando los mojones delimitadores de las propiedades para la realización de la parcelación urbanística, según el proyecto aprobado por el Ayuntamiento, posteriormente ratificado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

CASO N.º 55

Hugo, mayor de edad, sin antecedentes penales quien en fecha no determinada del mes de marzo de 2006 procedió tras haber sido desestimadas sus demandas para que Mateo, propietario de una finca colindante a la suya quitara una valla y una puerta de acceso a la finca y colocada en un terreno cuya titularidad se discutió en los procesos civiles instados por el acusado, procedió a arrancar las citada puerta y valla colocando otra e incorporando el terreno cuya propiedad se discutía, causando unos desperfectos tasados pericialmente en 730,80 euros.

CASO N.º 56

La entidad mercantil «Soluciones XX S.L.», de la que era administrador el hoy acusado D. Artemio, mayor de edad, con DNI n.º000 y sin antecedentes penales, comenzó la urbanización de unas parcelas situadas en el Alto de San Pantaleón en la localidad cántabra de Pontejos, una de las cuales era colindante con el viento Sur de una finca propiedad de D. Erasmo. El día 10 de marzo de 2005, dicha empresa al realizar labores de movimiento de tierras tendentes a urbanizar dichas parcelas, modificó el emplazamiento de un árbol situado en dicha zona de colindancia por el viento Sur. No ha quedado acreditado que el mencionado árbol tuviera una función delimitadora entre ambas propiedades ni que el acusado en cuanto administrador de dicha empresa moviera estacado alguno preexistente en la finca para delimitarla, ni que se apoderase de forma consciente y voluntaria de terreno propiedad del Sr. Erasmo. No ha quedado acreditado que los límites entre dichas propiedades fueran claros y pacíficos.

5.2.2. *Jurisprudencia*

«...la jurisprudencia interpretando el citado art. 246 ha entendido que el bien jurídico protegido por la norma es la «*actio finium regundorum*», recogida en esencia en el art. 384 del Código Civil, el objeto material está representado por el hito, mojón o señal y la forma comisiva consiste en la alteración de estos, lo que supone la ilícita apropiación por el agente del delito de parte de una heredad contigua, sea mediante

al cambio, sea mediante la desaparición de tales señales, habiendo entendido igualmente que el referido delito produce un enriquecimiento sin causa, por tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo que reporta o debe reportar, utilidad al agente del delito en debida valoración que, toda vez que, constituyendo un delito de tendencia y resultado, es su primer elemento tipificador la culpabilidad del agente en quien ha de apreciarse una intención dolosa finalista de lucro injusto, implícitamente establecido en el tipo por el exigido aumento de su propiedad con terreno ajeno, que excluye la forma de comisión culposa. Por tanto el tipo básico del ilícito penal consistente en alteración de linderos de dominio privado requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales:

Por tratarse de un delito de tendencia, la culpabilidad del sujeto activo integrada por una intención dolosa-finalista de lucro injusto que persigue el aumento de terreno propio y la merma del ajeno, suponiendo el despojo doloso de la propiedad con ánimo de defraudar, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde si no la acompaña el deseo de enriquecimiento ilegal, ni cuando el agente, de buena fe, sostenga la errónea creencia de tener y ejecutar un derecho propio con la toma del terreno, porque entonces se produce la ausencia del dolo, como indispensable presupuesto del tipo penal, quedando la cuestión reducida a una pugna de derechos privados a dilucidar en la jurisdicción civil ordinaria.

La presencia de la antijuricidad o ilicitud penal, determinada por la necesaria ajenidad del terreno usurpado, por no pertenecer a la persona acusada y que ha de constar declarada en la sentencia, ya que la mera duda, en esta vía penal, margina toda responsabilidad criminal, donde el ilícito de esta naturaleza, como es sabido, ha de quedar plenamente acreditado, más allá de cualquier duda, que de existir ha de beneficiar al acusado.

Es en este punto en el que inciden ambas partes recurrentes por entender que los terrenos que en su día fueron objeto de las acciones desestimadas, reivindicatoria desestimada (verbal civil 185/98) y declarativa y de deslinde (verbal civil 198/2000), según la parte denunciante son los ocupados por vías de hecho por el denunciado, demandante en dichos procesos civiles, alterando la situación fáctica causando daños en el cercado preexistente y según la parte denunciada porque eran poseídos sin título por el denunciante al no haberse declarado el dominio del denunciante judicialmente. En cualquier caso es preciso puntualizar que de conformidad con la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales (Sentencias A. P. Sevilla, A. P. Cádiz, A. P. Las Palmas, entre otras), estima este Tribunal que el bien jurídico protegido no es la propiedad sino la posesión, y aun dentro de ésta, la posesión como hecho y no el derecho a poseer...» (SAP de Zamora 16/2011, de 15 febrero [JUR 2011\160291]).

* * *

«...De modo teniendo en cuenta esta Sala para la resolución del presente recurso de Apelación interpuesto, el art. 246 del Código Penal, el cual establece «El que alterar términos o linderos de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros».

Indicando el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 1993, salvo que la usurpación lo haya sido de la totalidad o parte importante de una finca, es presupuesto de este delito la alteración de términos o linderos, o lo que es lo mismo, la alteración de los hitos o mojones u otros materiales con los que se señalasen los límites visibles o físicos que sirviesen para la identificación de las fincas.

Siendo este tipo penal de tendencia y resultado, y exige la culpabilidad del agente con intención dolosa y finalista de lucro injusto para aumento de su propio terreno y disminución del ajeno, que supone el despojo de la propiedad con ánimo de defraudar; lo que excluye la forma de comisión culposa, infracción que no se produce por la mera objetividad de la alteración de los límites de un camino público, si no se acompaña del deseo de un beneficio económico ilegal.

Así como que el bien jurídico que se protege, es no solo la propiedad, en cuanto derecho genéricamente considerado, sino también la seguridad jurídica de su delimitación y configuración, de tal manera que será autor el que realice la alteración de lindes, con intención de variar la situación de hecho que pudiera existir con anterioridad al momento en que dicha alteración se realice.

Estableciendo el Tribunal Supremo, con respecto al delito de usurpación previsto en el art. 518 del anterior Código Penal, en sentencia de 21 de abril de 1981, que: «tiende a proteger el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde, como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios en relación con los contiguos ajenos, sancionando las alteraciones «in situ» de los términos o lindes de las heredades, sean de dominio público o privado, realizadas con ilícita apropiación de terreno, que suponga desposesión de un lado y correlativo acrecentamiento de otro, con enriquecimiento sin causa, por tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo, que reporta o debe reportar utilidad al sujeto activo en debida valoración, que constituyendo un delito de tendencia y resultado, ha de manifestarse en él, como primer elemento tipificativo la culpabilidad del agente, a medio de una intención dolosa finalista, de lucro injusto implícitamente establecida en el tipo, con el exigido aumento del terreno propio y merma del ajeno, que supone el despojo cauteloso de la propiedad con ánimo de defraudar —SS. de 6 abril 1888 y 15 octubre 1920—, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde, que sería simple acción lesiva de daños, si no la acompaña el deseo de un beneficio económico ilegal —SS. de 26 enero 1901 y 9 octubre 1967— siendo el otro requisito indispensable para la configuración de este delito la antijuricidad penal, representada por la ajenidad del terreno usurpado, al pertenecer indudablemente a persona o entidad pública o particular distinta del inculpado, dueño de la finca colindante beneficiada, ajenidad que ha de quedar constatada en la Sentencia de forma expresa y terminante.» (SAP de Burgos 149/2015, de 22 abril [JUR 2015\127198]).

* * *

«...Conforme ha entendido la STS de 21 de abril de 1981, —que cita la SAP. de Cuenca de 30 de enero de 2004—, el delito de usurpación previsto en el artículo 518 del Código Penal (actual artículo 246 del vigente Código Penal) tiende a proteger el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde, como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios en relación con los contiguos ajenos, sancionando las alteraciones «in situ» de los términos o lindes de las heredades, sean de dominio público o privado, realizadas con ilícita apropiación de terreno que suponga desposesión de un lado y correlativo acrecentamiento de otro, con enriquecimiento sin causa, por tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo, que reporta o debe reportar utilidad al sujeto activo en debida valoración, y que constituyendo un delito de tendencia y resultado, ha de manifestarse en él, como primer elemento tipificativo, la culpabilidad del agente, a medio de una intención dolosa finalista, lucro injusto implícitamente establecido en el tipo, con el exigido aumento del terreno propio y merma del ajeno que supone el despojo cauteloso de la

propiedad con ánimo de defraudar (SS. 6 de abril 1988 y 15 octubre 1920), ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde, que sería simple acción lesiva de daños, si no la acompaña el deseo de un beneficio económico ilegal (SS. 26 de enero 1901 y 9 octubre 1967 [RJ 1967\3673]), siendo el otro requisito indispensable para la configuración de este delito la antijuridicidad penal, representada por la ajenidad del terreno usurpado, al pertenecer indudablemente a persona o entidad pública o particular distinta del inculpado, dueño de la finca colindante beneficiada, ajenidad que ha de quedar constatada en la sentencia de forma expresa y terminante (en el mismo sentido AAP. de Huelva (Sección 3.^a) de 29 de marzo de 2006).

Por ello se concluye en otras resoluciones judiciales, tales como las SSAP. de Córdoba de 30 de enero de 2003, de Málaga de 21 de noviembre de 2.007 y de Valladolid de 17 de septiembre de 2009, que el referido ilícito penal requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales: a) por tratarse de un delito de tendencia, la culpabilidad del sujeto activo integrada por una intención dolosa-finalista de lucro injusto que persigue el aumento de terreno propio y la merma del ajeno, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración de la linde si no la acompaña el deseo de enriquecimiento ilegal; y por ello cuando el agente, de buena fe, sostenga la errónea creencia de tener y ejecutar un derecho propio con la toma del terreno, entonces se produce la ausencia de tan indispensable presupuesto y la exclusión del deseo de lucro, quedando la cuestión reducida a una pugna de derechos a ejercitar ante la jurisdicción civil ordinaria; y b) la presencia de la antijuridicidad o ilicitud penal, determinada por la necesaria ajenidad del terreno usurpado, por pertenecer indudablemente a persona distinta del autor, ajenidad que ha de constar debidamente acreditada, ya que la mera duda en esta vía penal, margina toda responsabilidad penal, donde el ilícito de esta naturaleza, como es sabido, ha de quedar plenamente acreditado, más allá de cualquier duda, que de existir ha de beneficiar al acusado...» (SAP de Salamanca 155/2012, de 16 abril [JUR 2012\183347]).

* * *

«...en cuanto al delito de usurpación del art.246 del CP, entendemos que tampoco se ha acreditado en el presente caso. El referido artículo se refiere a la alteración de términos o lindes. El bien jurídico protegido es el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios. Es decir la «*actio finium regundorum*» recogida en el art. 384 del Código civil.

Al igual que en el delito de usurpación pacífica, anteriormente examinado, es de difícil comprensión la intervención del Derecho Penal en este tipo de usurpación, cuya mejor resolución debe producirse con los medios que ofrece el Derecho Privado o el Derecho Administrativo. La intervención penal inspirada, como se viene insistiendo, en el principio de intervención mínimo «sólo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación» (SAP Las Palmas 19 julio 2001). La conducta consiste en la alteración de lindes de terrenos rústicos o urbanos, sean de dominio público o privado. El objeto material de la misma lo constituye cualquier tipo de señalamientos, hitos o mojones que sirven para limitar las lindes de propiedades o términos de los pueblos. La delimitación del predio también puede ser sabida por tradición, en cuyo caso no se trataría de remover sino de fijar lindes en contradicción con aquella. Supuesto que queda impune salvo que se pretenda una aplicación analógica y extensiva de las leyes penales. Es necesario, por lo tanto, acreditar que la alte-

ración ha recaído sobre una señal que cumple una función específica separadora. La alteración puede consistir haciendo desaparecer la señal o cambiándola de lugar.

La usurpación está determinada por la necesaria ajenidad del terreno usurpado, por pertenecer indudablemente a persona distinta que el sujeto activo, dueño de la finca colindante beneficiada. La ajenidad ha de constar declarada en la sentencia de manera directa y rotunda, porque la mera duda sin que se esclarezca el dominio a modo de cuestión prejudicial margina toda responsabilidad penal. El sujeto pasivo sólo puede serlo el no propietario o el no titular del predio, siendo que la turbación de una posesión legítima por parte del propietario no está tipificada, aunque sí pueda constituir coacciones o realización arbitraria del propio derecho.

Cuestión importante es comprobar que se alteró el linde, sobre todo cuando se evidencia existe una discusión sobre el mismo, por eso deben examinarse los documentos que las partes aportan, pues se entiende necesaria la decisión civil acerca de aquellos extremos. De lo contrario nada puede sostenerse sobre la realidad jurídica de la delimitación.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia suelen exigir ánimo de lucro impropio entendiendo que es equivalente a la obtención de una utilidad económica. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 de septiembre de 2000 lo define así: «...por tratarse de un delito de tendencia, la culpabilidad del sujeto activo está integrada por una intención dolosa de lucro injusto que persigue el aumento del terreno propio y la merma del ajeno, suponiendo el despojo cauteloso de la propiedad con ánimo de defraudar, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde si no la acompaña el deseo de enriquecimiento ilegal...». El delito se consuma con la mera alteración sin que sea necesario que se produzca la utilidad reportada o pretendida...» (SAP de Toledo45/2011, de 17 noviembre [JUR 2012\7615]).

5.3. La distracción de aguas (Art. 247)

5.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 57

Aurora, era propietaria de la finca rústica «Llanos de Guadalupe» situada en el término municipal de Jerez de la Frontera. En su calidad de tal era comunera de la Comunidad de Regantes del Guadalcaçín, entidad pública cuya finalidad era suministrar agua para riego a los diferentes propietarios. La inculpada, desde 1981, no había abonado las cuotas a las que estaba obligada y la cantidad global adeudada, con recargos, ascendía a 15.473 euros. El 27 de junio de 1994 y en diferentes fechas de 1995 fue requerida por la Comunidad para que satisficiera la deuda y ante ello hizo caso omiso. El método empleado por la acusada era siempre el mismo: se negaba sistemáticamente a recoger cualquier documentación para poder negar después que se le hubiese notificado nada. Ante dicha morosidad continuada, la Junta de Gobierno de la Comunidad de Regantes acordó el 24 de abril de 1996 prohibir a la acusada el uso de agua para el riego de su finca y dicho acuerdo fue ratificado el 30 de mayo de 1996. Para hacer efectiva dicha decisión se colocaron candados de cierre en las compuertas que permitían el acceso de agua a la finca «Llanos de Guadalupe» Con posterioridad a dicha fecha, 30 de mayo de 1996, la acusada, a través de personas no determinadas, dispuso la rotura de dichos candados con lo que al abrirse las compuertas el agua nuevamente volvió a regar la mencionada finca. Dicha utilización de agua, además de

ser ilegítima, fue abusiva pues se llevó a cabo en cantidades muy superiores a las necesidades de la finca y con perjuicio al dominio público hidráulico. Según informe pericial el valor de los beneficios reportados a la inculpada ascendió a 90.221 euros y el de los daños al dominio público fue de 7.496 euros. Estos hechos motivaron que la Comunidad de Regantes de Guadalcaçín interpusiese querrela criminal contra Aurora, aunque ésta última satisfizo voluntariamente el importe de las cuotas atrasadas y los recargos. En el momento de los hechos la acusada era mayor de edad y carecía de antecedentes penales.

CASO N.º 58

Durante los meses de septiembre y octubre de 1992 el acusado Esteban, mayor de edad y sin antecedentes penales, con el propósito de dar riego a las fincas de Jete a costa del caudal de agua de la acequia general de la comunidad de regantes del río Verde de Almuñécar-Jete, interrumpió en diversas ocasiones el curso de las aguas en beneficio de las fincas de Jete a pesar de ser conocedor de que el riego no le correspondía ya que el art. 29 de las Ordenanzas de la comunidad aprobado por Orden Ministerial de 10 de mayo de 1962, que era norma aplicable en el momento de producirse los hechos que se relatan, dispone que: «Al turno de Almuñécar le corresponde el aprovechamiento de la totalidad de las aguas del río Verde derivadas por las presas del Peñón Rodado, Presa Segunda y Presa de la Virgen, exclusivamente, los lunes, martes, miércoles y jueves de cada semana desde la puesta a la salida del sol y las veinticuatro horas de los viernes, sábados y domingos de cada semana»; realizándose por el citado acusado los cortes descritos los días 26 de septiembre, 3, 4 y 9 de octubre de 1992, cortes a consecuencia de los que no consta acreditado el perjuicio que la falta de agua hubiese irrogado a las fincas de Almuñécar.

En esta tesitura, como quiera que Esteban hubiese anunciado que los cortes se volverían a producir a partir del mes de septiembre de 1993, la presidencia de la Comunidad de Regantes acordó la contratación de los servicios de una empresa de seguridad («Seguridad y Vigilancia Costa, SL») con el fin de vigilar y controlar el adecuado uso de las aguas conforme a los turnos establecidos en las ordenanzas. Y cuando el 23 de septiembre de 1993 se efectuaba la correspondiente vigilancia por uno de los guardas de seguridad, sobre las 8.15 horas se personaron, Esteban, que se consideraba presidente de la comunidad de Jete, que era un cargo inexistente, acompañado del también acusado y alcalde-presidente del Ayuntamiento de Jete. Antonio Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la intención de proceder al corte del agua que discurría hacia la vega de Almuñécar, pero como el vigilante se lo impidiese, ambos manifestaron que «volverían con el pueblo», como efectivamente ocurrió pues se volvieron a la población y después de congregarse a un numeroso grupo de vecinos y prevaliéndose de la autoridad y reconocimiento de que gozaban en el pueblo como «presidente» de la comunidad de Jete y alcalde, respectivamente, los condujeron hacia el punto de vigilancia donde se procedió al corte del agua sin que el vigilante pudiera impedirlo.

El clima generalizado de insumisión que ambos acusados provocaron con su actitud dio lugar a que en días sucesivos se produjeran nuevos cortes en los que tuvieron activa participación, además de Esteban, los también acusados José Manuel, que se consideraba como vocal de la «comunidad de Jete» y el acequero José, mayores de edad y sin antecedentes penales, cortes que tuvieron lugar los días 24 y 26 de septiembre, 1, 2, 3, 8, 9, 10, 15, 16, 22, 23 y 24 de octubre de 1993, días todos en los que el riego correspondía a Almuñécar.

Los perjuicios causados en la vega de Almuñécar por la falta de riego han sido tasados en la suma de 136.397 euros y los gastos originados a la comunidad de regantes por la prestación del servicio de vigilancia ascendieron a 2.177,81€.

CASO N.º 59

Justiniano, mayor de edad, con DNI n.º001, con los antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, administrador único de las mercantiles AA S.L. y XX S.L., que tienen su sede en el Paraje Pantaleón de fuente Álamo, Murcia, quien para obtener beneficio, durante el año 2007, aprovechando la concesión de la Confederación Hidrográfica del Segura de una licencia, con referencia núm.006, para limpieza y reparación del pozo con sondeo, ubicado en el paraje Pantaleón, Las Palas, Fuente Álamo, emplazado en la coordenadas UTM huso núm.005, anotado en el Catálogo de Aguas Privadas, tomo núm.003, hoja núm.004, expediente de referencia núm.002, que quedó destruido, como consecuencia de las lluvias, realizó, sin la autorización del referido organismo un sondeo pozo, a unos diez metros del anterior, con contador volumétrico de caudal de agua, cuya lectura ascendía, el día 8 de octubre de 2009, a 77.340 m³, siendo el valor del m³, según acuerdo de la junta de gobierno de la Confederación Hidrográfica del Segura publicado en el BORM de abril de 2006, de 0,30 euros m³. El acuífero de captación del referido sondeo se corresponde con el que se define en el Plan Hidrológico de cuenca con la denominación 07.32.110 Lo Alto-La Pinilla, en el que se ubica la captación de la Sociedad Agraria de Transformación X, acuífero de pequeña entidad, cuyos recursos naturales han sido cuantificados en 350.000 m³ al año, actualmente declarado sobre explotado. Asimismo el acusado, durante el año 2007, realizó, al menos, otros tres sondeos pozos sin autorización en las coordenadas UTM núm.007, que fueron descubiertos entre el día 3 y 4 de diciembre de 2007, por la Guardia Civil, estando los mismos enterrados dentro sendos habitáculos de aproximadamente de 2 x 2 x 2 m², y cerrados por una plancha metálica y montón de estiércol encima para disimular su existencia, existiendo en dicho habitáculo tuberías y cableado eléctrico, en uno un contador y en otro la huella de haber quitado el mismo recientemente, habiéndose comprobado por la Confederación Hidrográfica, que en uno de ellos, referido con el número 4, se extrajo 31.300 m³.

5.3.2. *Jurisprudencia*

«...En cuanto a la distracción de aguas que castiga el art. 247CP, no es de aplicación al supuesto enjuiciado desde el momento que los pozos que eran utilizados por el acusado se habían autorizados, plenamente legalizados y con titularidad de aprovechamiento del arrendados que tenía cedida la explotación de la finca en cuestión. Por lo que hace al tipo delictivo del art. 325 CP (anterior 347 bis), éste viene configurado por la concurrencia de una acción típica que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, es de carácter positivo consistente en un hacer de «provocar» o «realizar»; acción que se proyecta, «directa o indirectamente» sobre una variedad de conductas que se especifican en el texto legal, tras las que se recoge, la modalidad objeto de acusación en este proceso, «las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». A todo lo cual debe agregarse el elemento subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo por cuanto se trata de una infracción de mera activi-

dad que habría de comportar, en el caso perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...» (SAP de Ciudad Real 16/2012, de 9 julio [JUR 2012\287458]).

* * *

«...Sin embargo si se debe considerar infringido el art. 247 del Código Penal en relación con el 74 del mismo texto legal, por la extracción en el sondeo (pozo) núm. 008, de 31.300 m³, valorados por la Confederación Hidrográfica del Segura en 9.390 euros, siendo además que fueron descubiertos otros dos pozos clandestinos ocultos bajo un montón de estiércol, así como la existencia de bombas para manipulación del agua, pero sin que se haya podido determinar la cantidad exacta que se extrajo, al resultar que se ha producido distracción de aguas de uso público de un embalse natural sin autorización y por importe superior a 400 euros. Mucho se discutió en el juicio sobre la ilegalidad o no del pozo denominado núm.009, (en el informe de la Confederación Hidrográfica como número 2, por error, según manifestó el perito en el acto del juicio), pero lo cierto es, que se trata de un pozo, que aunque pueda resultar ilegal desde el punto de vista administrativo, quedó claro por la propia declaración de los peritos de la Confederación y del guardia fluvial encargado de su control, que se trata de un pozo construido con autorización para la sustitución de otro hundido, independientemente de si resulta ilegal por no cumplir la reconstrucción las disposiciones administrativas, pues al parecer es más profundo del que había. Lo cierto y verdad, es que está controlado por la Confederación, con contador puesto por esta, y comprobado, revisado y contabilizado por el guardia encargado, conociendo la Confederación en todo momento las extracciones realizadas en dicho pozo, que según el contador no ha superado la concesión de que disponía. Hay que considerar que lo que se pena es la extracción ilegal de agua, no la forma ilegal de hacerlo. Sin embargo, el delito lo constituye el hecho probado de que el acusado construyó otros tres pozos clandestinos que estaban ocultos bajo un montón de estiércol, habiendo declarado la Guardia Civil que los descubrió, que estaban en uso, aunque no se pudo determinar el caudal defraudado, excepto del pozo señalado con el núm.008, en los diversos informes y denuncias, donde se pudo comprobar la extracción ilegal de 31.300 m³, según el informe de la Confederación Hidrográfica del Segura al folio 433, firmado por el jefe de la gestión del dominio público hidráulico y el jefe de aguas subterráneas, que declararon en el acto del juicio y lo ratificaron, sin que quepa deducirse de las lecturas que se realizaron en los contadores propios del acusado existentes en la tuberías de conducción lo defraudado, al no estar determinado exactamente la procedencia de las aguas que por ellos ha circulado de los pozos clandestinos...» (SAP de Murcia 163/2015, de 4 junio [JUR 2015\162892]).

* * *

«...Pues bien la conducta que se imputa a los acusados es la de aprovecharse sin autorización ni consentimiento de su dueño del agua de una balsa sita en el Paraje.000 de El Ejido propiedad del hoy querellante. Dicha conducta no puede ni debe identificarse con la distracción de las aguas a la que alude el art 247 CP pues el uso o aprovechamiento del agua de la balsa no es una distracción del curso de las aguas, encontrándonos todo lo mas ante otra figura delictiva contra el patrimonio del querellante por el uso y aprovechamiento del agua de la balsa. Pero aun hay mas, de las diligencias practicadas en Autos en concreto tanto de las manifestaciones de los imputados como de las del testigo Daniel, folio 87, a la sazón hermano del querellante, se desprende que en un principio y tras venderle la finca al Sr Mariano le dio autorización para que regara de la balsa otra finca que tenía alquilada y así mismo le cedió un

cortijo para que guardara los aperos devolviéndole el uso el imputado. En esta declaración se pone en duda la titularidad del pozo del que se sirve el imputado, por lo que dudamos incluso de la legitimación de Pedro Antonio para interponer la querrela en base a una supuesta propiedad del pozo. Propiedad que todo sea dicho no acredita, aportando tan solo una certificación catastral y un Acta de presencia donde el Notario se limita a hacer constar datos revelados por el requirente sin constatación objetiva. En cuanto a la imputada Juana, se aporta documental de la vendedora propietaria de la finca catastral núm.000, folio 86 consistente en cesión del derecho de agua sobre la balsa para que la nueva propietaria pueda seguir usándola, aludiéndose a una finca matriz, diversas segregaciones y una balsa para el uso de las mismas. Con tales datos y existiendo de por medio una cuestión de índole civil, discutiéndose hasta la propiedad o derechos de esa balsa véase contestación de Juan al requerimiento notarial, se evidencia ya la inexistencia de indicios de un delito de usurpación en su modalidad de distracción de aguas privadas, pues pone de manifiesto un conflicto sobre el derecho o no de uso de esa agua. Compartimos el razonamiento que realizó el juzgador de Instrucción. En definitiva, sí se contaba inicialmente con la autorización debida que exige la no aplicación del tipo penal, entendiéndose, como acertadamente razona la representación jurídica de la parte apelante, que si se cuenta en principio con aquella autorización, mantenerse en el uso después, aún contra la voluntad del dueño no determina la consumación del delito, pues otra interpretación conduciría a que cualquier problema surgido de la relación jurídica habida, hiciese variar la voluntad y consentimiento del dueño, llevaría a la aplicación del Derecho penal, en vez de acudir a la jurisdicción civil deduciendo la oportuna acción...» (AAP de Almería 97/20, de 20 junio [JUR 2011\352405]).

6. LAS DEFRAUDACIONES

6.1. El delito de estafa

6.1.1. Tipo básico (Art. 248)

6.1.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 60

Que el 11 de abril de 2012 D.^a Gloria puso un anuncio en la página de compraventa «milanuncios.com» interesándose por la compra de un determinado modelo de ordenador de segunda mano. Dicho anuncio fue contestado el posterior 17 de abril por el acusado D. Roberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde la cuenta de correo electrónico Dirección.000 ofreciéndole la venta del ordenador interesado por lo que, tras sucesivas conversaciones entre las partes y fingiendo el acusado una voluntad comercial de la que carecía con ánimo de lucrarse del cumplimiento de la prestación de la otra parte sin cumplimiento de la que le incumbía, convinieron el precio de 1.000 euros y su pago por giro postal, tras lo cual el ordenador sería enviado por el acusado a la compradora. El 26 de abril de 2012, a las 12,13 horas, Gloria realizó la imposición del efectivo convenido en la sucursal n.º 1 de Correos de Santiago de Compostela avisando de ello al acusado quien ese mismo día cobró el giro en la sucursal n.º 18 de Correos de Madrid sin remitir el ordenador a su compradora con la que, tras una inicial excusa por una incidencia del envío, eludió cualquier tipo de comunicación hasta la fecha.

CASO N.º 61

Que el 7 de septiembre de 2006 el acusado D. Máximo, mayor de edad y con antecedentes penales susceptibles de cancelación, compró a la entidad BCA España, S.L. el vehículo usado Audi A4 Avant 1.9 TDI Quattro, matrícula....-DDT, por un precio de 13.821,81 euros, incluidos tasas e impuestos, el cual contaba en esos momentos con unos 147.704 kms. Con ánimo de obtener un ilícito lucro económico en la reventa del vehículo el acusado procedió a la manipulación del cuentakilómetros haciendo constar que tenía, a fecha 16 de febrero de 2007, unos 76.250 kms. vendiéndolo, a través del también acusado D. Ambrosio, mayor de edad y sin antecedentes penales, —de quien no resulta acreditado que tuviese conocimiento de la manipulación— a D. Romulo por un precio de 19.500 euros el posterior 19 de febrero de 2007 omitiendo hacer entrega al comprador, quien lo adquirió en la creencia del que el kilometraje que marcaba el vehículo era real, de la tarjeta de inspección técnica del vehículo en la que constaba la revisión efectuada el 31 de julio de 2006 y los 145.894 kms que en esos momentos marcaba el cuentakilómetros.

CASO N.º 62

El día 13 de mayo de 2010, Eduardo, recibió un correo electrónico de persona indeterminadas que simulaba proceder del servicio Enl@za de la entidad Caja Burgos mediante el cual realiza operaciones bancarias, y, creyendo erróneamente en la veracidad del mismo, facilitó los datos y claves de acceso necesarias para realizar una transferencia que se le solicitaba. Tras estos hechos, a las 15:06 horas del mismo día desde la I.P. núm.000, perteneciente a una tercera persona sin relación con los hechos, fueron transferidos 14.000 € desde la cuenta de Caja Burgos n.º 0081 9330 20 006541 de la cual es titular la empresa «Gruas Desi S.L.», sita en el polígono el Clavillo de Burgos y propiedad de Eduardo, a la cuenta de Caja Burgos núm.001, cuyo titular es Ramón, y, posteriormente a las 15:08, desde la I.P. núm.002, perteneciente a una tercera persona sin relación con los hechos, fueron transferidos 13.696,85 € de esta última cuenta a otra titularidad del acusado José Pablo, mayor de edad, nacionalidad Rumana y sin antecedentes penales, la núm.003 de la entidad la La Caixa.

El acusado, puesto de común acuerdo con las personas sin identificar anteriormente mencionada, les proporcionó dicho número de cuenta de la entidad La Caixa, con el fin de entregar posteriormente a éstos las cantidades señaladas.

Siendo advertidos por la entidad bancaria los titulares de las cuentas de Caja Burgos, Eduardo y Ramón, los citados movimientos, realizados por dichas personas indeterminadas, pudieron ser posteriormente bloqueados, ya que no habían sido consentidos ni realizados por los mismos.

El acusado fue condenado en virtud de Sentencia de conformidad de fecha 27 de febrero de 2012, de este mismo Juzgado por hechos de 11 de mayo de 2010, de la misma naturaleza a los que nos ocupan.

CASO N.º 63

Que en el periodo comprendido entre el 16 y el 27 de julio de 2011, la acusada Carlota, en ejecución de un plan preconcebido y con ánimo de obtener un beneficio económico, aprovechando que, por razón de su desempeño laboral como cuidadora de Soledad, (de 78 años de edad y aquejada de parkinson) en el domicilio de esta última sito en la Dirección000 núm.000, escalera núm.001, núm.002, núm.003 de Barcelona, tenía acceso a las cuentas bancarias de la Sra Soledad y conocía sus claves de acceso se apoderó de las libreta de ahorro sobre la cuenta NUM004 de la Caixa y realizó sin el consentimiento de su titular las siguientes extracciones: Fechas 16 julio 2011 Importe 500 euros Sucursal Padilla 271.— 19 julio 2011 Importe 400 euros Sucursal Padilla 271.— 21 julio 2011 Importe 500 euros Sucursal Mallorca 451.— 22 julio 2011 Importe 500 euros Sucursal Marina 251.— 23 julio 2011 Importe 500 euros Sucursal Marina 251.— 26 julio 2011 Importe 500 euros Sucursal Padilla 271.— 27 julio 2011 Importe 400 euros Sucursal Padilla 271.

CASO N.º 64

En el mes de junio del año 2012, Obdulio aperturó una cuenta en la sucursal n.º 0030 1001 del Banco Español de Crédito, sita en el Paseo de Recoletos de Madrid, firmando en fecha 5 de junio del mismo año un documento en el que manifestaba que operaría con dicha cuenta a través de órdenes remitidas al Banco por correo electrónico o por fax, eximiendo al Banco de la responsabilidad que pudiera derivarse de dicha operativa.

Obdulio realizó varias transferencias ordenadas a través de correo electrónico durante los meses siguientes, pero no reconoció tres de ellas ordenadas por persona o personas desconocidas y por el mismo procedimiento. La primera es del día 8 de agosto de 2012 por 6.300 euros dirigida a «Velco SL» con número de cuenta domiciliada en el Natwest Bank; la segunda, del 11 de agosto por valor de 28.000 euros y dirigida a una compañía situada en Hong Kong (China), y, la tercera emitida el día 17 de agosto por 13.500 euros y cuyo beneficiario era Miguel Ángel, titular de una cuenta corriente aperturada en Caixa Bank.

De las transferencias cuyos números de cuentas están situadas en Bancos fuera del territorio nacional no se ha podido averiguar sus destinatarios, pero la transferencia dirigida a Miguel Ángel, se determinó que trataba del acusado, Miguel Ángel, titular de la cuenta n.º 003 de la Caixa, cuenta en la que percibía los ingresos por desempleo y recibió 13.500 euros en fecha 18-8-2012, habiendo retirado a través del cajero automático ese mismo día y el siguiente 2.400 euros y a través de reintegro en ventanilla los días 20 a 22 de agosto la cantidad de 11.000 euros y el 23 de agosto la cantidad de 95 euros.

El acusado recibió tales cantidades sin título o causa alguna y dispuso de ellas en los días posteriores a su recepción.

CASO N.º 65

El acusado José Ramón, de 22 años de edad, obtuvo una tarjeta de crédito de la que era titular Carlos Manuel, núm.000 expedida por Caja Madrid. Una vez que la tuvo en su poder, hizo uso de ella en dos ocasiones distintas, desde su domicilio. La primera, el día 1 de junio del 2010 y la segunda el día 2 de junio, adquiriendo por internet una pizza por valor de 15,80 euros y una cámara fotográfica por valor de 807,59 euros que cargó a la cuenta de Carlos Manuel, consiguiendo así los efectos deseados que le fueron entregados directamente a su destinatario. La pizza de manera instantánea, y la cámara de fotos por una empresa de reparto llamada Fedex que se la entregó el día 4 de junio de 2010 a las 11,48 horas.

Caja Madrid ha reintegrado a su cliente la suma de 807,59 euros, que es la entidad ahora acreedora del acusado.

6.1.1.2. *Jurisprudencia*

«La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta por eso inaplicable al supuesto ahora contemplado.

Una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica) y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas mínimas dosis de confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción.

Recordemos al hilo de algunas citas jurisprudenciales las pautas en las que se mueve esta Sala Segunda al interpretar la necesidad de que el engaño sea «bastante», lo que en términos plásticos ya apuntaba un clásico tratadista («no hay estafa cuando el error más que del engaño procede de la estúpida credulidad del sujeto pasivo»).

La STS 271/2010, de 30 de enero contiene una extensa y precisa panorámica de la evolución e hitos de esa doctrina: «Se añade —expone refiriéndose al art. 248 CP— 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 aparenta la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, *causante y bastante*, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo —SSTS 11169/99 de 15.7, 1083/2002 (LA LEY 110931/2002) 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, 1128/2000 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 (SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003)...

... Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiéndose aplicable el principio de autoresponsabilidad, en virtud del cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en sí mismo, sino por su censurable abandono y ambición, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, 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 (prognosis 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 prognosis 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 sujeto.

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 ulteriores 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 vencibilidad 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 autoprotgerse 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 exigibles 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.

Otro buen exponente de los nada infrecuentes pronunciamientos que recrean esta cuestión viene representado por la STS 567/2007, de 20 de junio (LA LEY 52013/2007).

«En nuestra reciente sentencia de 3 de mayo de 2007 tras examinar el estado de la cuestión en lo relativo a la exigencia de idoneidad en el engaño concluimos que «todo engaño que produce error en otro es bastante.» Pero también advertimos de que, debiendo el engaño ser la causa del error, tal requisito no se satisface «...cuando junto con el error concurren otras «causas» que contribuyen a la falsa representación

del sujeto pasivo, en especial, las que ponen de relieve la falta de autoprotección de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas cautelas para salvaguardar la integridad de su patrimonio....»

Y en las de SSTs 320/2007 de 20 de abril (LA LEY 20329/2007) y muy extensamente en la 368/2007 de 9 de mayo también dijimos: «...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 (LA LEY 3996/1995) 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...»

Desde ese punto de partida se llega a admitir la utilización de cierto contenido de «subjetividad» en la valoración objetiva del comportamiento y a exigir 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 ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error...»

Pero, y ello interesa particularmente en este caso, la relevancia del alcance de la protección de la norma en la imputación objetiva, la convierte en criterio esencial para delimitar el ámbito típico de la estafa. Lo que, como dijimos en esta sentencia, conduce a la obligada valoración de los deberes de autoprotección de la víctima, cuyo incumplimiento excluye la conducta del agente del ámbito del tipo objetivo de la estafa...»

Muy recientemente la STS 243/2012, de 30 de marzo (LA LEY 44121/2012) contiene una oportuna llamada para evitar una deformante expansión de esos principios que privasen de protección penal precisamente a quienes que más pueden necesitarla. Se lee en esa sentencia:

«Como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

...En esta alegación de la parte recurrente y beneficiaria del desplazamiento patrimonial subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a la propia víctima, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberle permitido superar el engaño que el propio recurrente generó.

Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente, como se recordaba en la reciente sentencia de esta Sala núm. 162/2012, de 15 de marzo (LA LEY 24612/2012), que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre (LA LEY 202436/2007) expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio (LA LEY 13246/2005) recuerda, en síntesis, que «esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de auto responsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño».

Ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de «engaño burdo», o de «absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia», y otra, como se señala en la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo (LA LEY 24612/2012), que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo (LA LEY 99194/2009), se subraya también en la misma línea, que «Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado».

Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo (LA LEY 24612/2012), «el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad».

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, y se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo (LA LEY 24612/2012), «un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas», reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011

de 15 de julio (LA LEY 120071/2011), que señala, con buen criterio, que «La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos —algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido— en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa».

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección» (STS 312/2013 de 3/04/2013, LA LEY 33133/2013).

* * *

«La Jurisprudencia viene declarando que para que se dé el delito de estafa deben concurrir los siguientes elementos: 1.º) un engaño precedente o concurrente, espionaje, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, 2.º) el engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, 3.º) originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad para que en la convivencia social ordinaria actúa como estímulo eficiente del traspaso patrimonial causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio de agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue. 4.º) acto

de disposición o desplazamiento patrimonial, 5.º) nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido y 6.º) ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que esencial par ala configuración de la tipicidad de la estafa.

Con relación al engaño la Jurisprudencia lo ha identificado como cualquier tipo de ardid maniobra o maquinación, mendicidad, 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 responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS 17.1.98, 26.7.2000 y 2.3.2000).

Se añade que el engaño era bastante para producir error en otro (S. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero par traspasar lo ilícito civil y penetrar en el ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no basando 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 es del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia 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.

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 cuando, en realidad, solo pretende aprovecharse el incumplimiento 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 animo 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 se dice 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 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, 5.6.99, 27.5.03)

Por ello, el Tribunal Supremo 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 de delito.

Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no 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 si 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 pro 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.

La sentencia del TS de fecha 6 de abril de 2015 establece que es indudable que la entrega de unos pagares, en ejecución de un acuerdo negocial previo, puede servir de instrumento para integrar el delito de estafa, siempre que el aceptante de la obligación que aquellos incorporan no tuvieren ab initio intención alguna de hacer efectivo su abono. La falta de pago acarrearía un perjuicio económico que, en casos de esa naturaleza, habría estado originado por el engaño determinante de la aceptación de un mandato de pago aplazado de esa naturaleza.

En numerosas resoluciones nos hemos referido al significado de los contratos criminalizados como vehículos para la comisión de un delito de estafa. Su concurrencia se manifiesta —cfr. SSTS. 404/2014, 19 de mayo (LA LEY 60540/2014); 987/2011, 5 de octubre (LA LEY 189966/2011) y 1998/2001, 29 de octubre (LA LEY 193593/2001)— cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo 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 el perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, proscribiéndose 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 antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

De otra manera, como dice la STS 628/2005, 13 de mayo (LA LEY 12606/2005), para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existe o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Sin embargo, en estos casos —como en todos aquellos en los que se proclama la concurrencia de los presupuestos típicos de una infracción penal— la acreditación de una actividad probatoria que despeje cualquier duda acerca de la realización de los elementos que definen el delito del art. 248 del CP, resulta ineludible. No falta precedentes en esta Sala en los que el engaño se define como «la espina dorsal» del delito de estafa (cfr. por todas, SSTS 585/2012, 29 de junio; 1092/2011, 19 de octubre (LA LEY 224288/2011); 61/2004, 20 de enero (LA LEY 11583/2004)).

En definitiva, lo que convierte el impago civil en ilícito penal no es otra cosa que la prueba del engaño que, además, ha de ser antecedente, un maquinación que preexiste y filtra la voluntad del sujeto activo en el momento en el que está emitiendo el título valor mediante el que se ha pactado el pago de la deuda» (SAP de Las Palmas 70/2015 de 14/10/2015, LA LEY 140341/2015).

* * *

«Hemos de partir del tenor del artículo 248.1 del Código Penal: «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».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante al identificar los elementos integrantes de dicha infracción, (así, la sentencia número 993/12, de 4 de diciembre de 2012 (LA LEY 212875/2012)) y, como requisitos generales del delito de estafa, señala los siguientes:

- 1.º Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.
- 2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.
- 3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.
- 4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.
- 5.º Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.
- 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste 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», es decir, 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» (SAP de Badajoz 185/2015 de 2/07/2015, LA LEY 103657/2015).

* * *

«En conclusión, existió engaño, porque el acusado simuló, de modo deliberado, un propósito serio de llevar a cabo unos proyectos como administrador de la sociedad

al comprometerse a ser su principal garante, cuando en realidad lo que pretendía era apoderarse del dinero de los compradores con la intención inicial de incumplir sus propios compromisos contractuales.

La concurrencia del engaño fue suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa.

La doctrina de esta Sala ha identificado el engaño con cualquier tipo de ardid, maniobra, maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio de otro, considerando extensivo a «cualquier falta de verdad o simulación», sea cual fuere su modalidad, determinante de la entrega de cosa, dinero o prestación con la que se enriquece ilícitamente el sujeto agente.

La nota integrada por el adjetivo «bastante» nos indica que el engaño ha de ser 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. Ese es el engaño antecedente, causal y suficiente que exige la norma.

Debe excluirse el engaño burdo, fantástico, o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas, según en el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan.

De todo cuanto llevamos expuesto podemos concluir que nos hallamos ante lo que se ha dado en llamar por la doctrina y la jurisprudencia contratos civiles o mercantiles criminalizados, en los que el sujeto activo se aprovecha de la prestación contractual del contrario, cuando de antemano no piensa cumplir con la suya. Por todo ello procede desestimar el motivo» (STS 762/2014 de 19/11/2014, LA LEY 168580/2014).

* * *

«En cuanto al siguiente motivo de recurso esgrimido por la defensa y relativo a la infracción del precepto penal aplicado del artículo 248. 1 y 249 del CP de delito de estafa, debe ser igualmente desestimado; así se indica por la parte recurrente que no ha concurrido el engaño tributario de tal calificación jurídica, señalándose que la adquisición del vehículo por el perjudicado se llevó a cabo con independencia del número de kilómetros del mismo, lo que conlleva la irrelevancia de la manipulación de estos para la transacción y con ello, la antijuridicidad de los hechos.

Sin embargo, no se llega por esta Sala a la misma conclusión, dado que la alteración del cuenta kilómetros, no se evidencia a través de una revisión superficial del vehículo, ni siquiera tal y como alega la parte recurrente por el hecho de que el perjudicado se le hubiera facilitado el vehículo para que pudiese ser revisado por un taller de su confianza como así aconteció, dado que tampoco a través de esta acción podría comprobarse dicha alteración, habiendo sido comprobada ésta a través de la tarjeta de ITV correspondiente, que además de forma intencionada no había sido entregada al perjudicado con la adquisición del vehículo, elementos todos a través de los cuales se evidencia que la alteración de los kilómetros realizada era importante para recibir la cantidad que al final fue recibida por la transacción realizada, dado que sin dicha alteración el precio hubiera sido inferior, lo que evidencia que este dato objeto de alteración sobre el cual recae el engaño, si era importante y relevante para que se llevase a cabo una transmisión patrimonial.

Por ello, no puede ser atendible lo alegado en el recurso, dado que quien pretende subvertir los hechos y penalizar a quien ha resultado víctima o perjudicado económicamente por un calculado engaño y, a su vez, que el estafador quede impune, bajo el

amparo o alegato de que el damnificado, no efectuó unas diligencias o unas cautelas llevadas a un extremo que consideramos no eran exigibles teniendo en cuenta la concretas circunstancias que concurrían en este caso, —dado que la alteración de cuenta-kilómetro no era detectable ni perceptible a simple vista aún cuando se fuese mecánico de cualquier taller—, debe concluirse que el ardid o engaño de que se valió el acusado fue bastante para inducir a la contraparte a tasar el turismo por un valor bastante superior al que le correspondía, como se evidencia del hecho de que el condenado lo adquirió por un precio notablemente inferior, en un lapsus temporal muy corto.

Debiendo indicarse que los hechos recogidos en los hechos probados que se mantienen inalterados si son subsumibles en delito de estafa del cual ha resultado condenado el recurrente tal y como se ha indicado en el presente resolución, resultando la alteración realizada el elemento decisorio para que la contraprestación hubiera sido la finalmente conseguida dado que caso de que los kilómetros reales constaran de forma efectiva, no se hubiera percibido dicha cantidad como precio del vehículo. Debiendo ser confirmada en este extremo al sentencia impugnada» (SAP de A Coruña 283/2015 de 7/09/2015, LA LEY 127663/2015).

* * *

«La STS 622/2013, de 9 de julio (LA LEY 110904/2013) delimita el tipo penal de estafa informática en relación con otros tipos penales bajo los que podrían ser subsumidos hechos de similares características: «El debate viene a centrarse en la corrección de la calificación jurídica de los hechos, sin discutir los que se proclaman probados. Lo que exige precisar previamente el sentido del tipo penal de estafa informática que se aplica a los hechos imputados.

Es bien conocido que el tipo penal del artículo 248.2 del Código Penal (hoy 248.2.a) advino al Código Penal de 1995 como remedio para la atipicidad persistente tras la reforma de 1983, de comportamientos defraudatorios caracterizados por la utilización de medios informáticos.

Lo que no impidió la subsistencia de divergencias sobre el alcance de la nueva tipicidad en relación a determinados comportamientos. La jurisprudencia ha ido resolviendo aquéllas en relación a algunos de éstos y en particular determinando el sentido de la expresión valerse de artificios semejantes que incluye el tipo penal, con no escasa crítica doctrinal. Así la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago (STS 1476/2004 de 21 de diciembre (LA LEY 397/2005) y 692/2006 de 26 de junio (LA LEY 70367/2006)) advirtiendo que es equivalente que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. También hemos dicho que cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal (STS 368/2007 de 9 de mayo (LA LEY 20348/2007)), lo que permitió castigar bajo este título la obtención de dinero en cajeros automáticos mediante uso de tarjetas falsas. Así se dice: La identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el art. 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho numero hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva.

Referencia obligada resulta la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre «la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago

distintos del efectivo», de fecha 28 de mayo de 2001», que emplaza a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario, cuando el medio utilizado consista en la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad o en la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

En la redacción del Código Penal hoy vigente, tras la Ley Orgánica 5/2010, se resuelven en gran medida aquellas cuestiones, especificando como nuevos tipos penales, dentro del género de las defraudaciones informáticas, los casos de los apartados b) y c) del artículo 248.2 del Código Penal que zanján no pocas discusiones sobre las calificaciones jurídicas objeto de cuestión.

En lo que ahora importa en el presente caso, hemos de partir de que el apartado a) del artículo 248.2 constituye una especie de defraudación:

- 1.º No constituye una estafa de las genéricas tipificadas en el mismo artículo 248 en su apartado 1, ya que se prescinde del engaño y correlativo error en una persona y el consiguiente acto de disposición patrimonial. El procedimiento para atacar el patrimonio ajeno no pasa por una actuación engañosa desplegada por el autor ante otra persona a la que provoca error llevando a ésta a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero.
- 2.º Lo relevante es que la defraudación se cometa por un medio específico que sustituye el engaño de una persona determinada: la manipulación informática o artificio semejante.
- 3.º El componente objetivo del tipo se constituye, además, por el resultado que consistirá en la consecución de una transferencia caracterizada por: a) no ser consentida por la persona con facultades para ello; b) porque su objeto ha de ser un activo patrimonial, susceptible de ser «transferido» y c) ocasionar un perjuicio a persona distinta del autor del delito.
- 4.º Además de que el autor debe actuar conociendo que concurren esos elementos del tipo y con voluntad de llevar a cabo la transferencia, la antijuridicidad se acota por la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo que es el ánimo de lucro.

La especificidad típica de esta defraudación resulta de aplicación preferente aún cuando concurren conjuntamente otras características de tipos penales, tanto más si, por otra parte, la penalidad de esos otros tipos es inferior. Así ocurrirá si el sujeto activo está revestido de las condiciones personales del autor del delito societario y el patrimonio perjudicado corresponde a los sujetos a que se refiere el artículo 295 cuando la defraudación con abuso de funciones haya acudido a la manipulación informática o artificio semejante a través de la cual se ocasione la transferencia de activos patrimoniales.

Y también es de aplicación el artículo 248.2 del Código Penal si el activo objeto de transferencia se encontraba ya previamente en la esfera de disposición del sujeto activo del delito por alguno de los títulos a que hace referencia el artículo 252 del Código Penal, siendo en este caso irrelevante que el lucro ilícito revista la forma de apoderamiento o la de distracción.

El concurso de normas se resuelve en tales casos de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1.º del artículo 8 del Código Penal o, en su caso, en el apartado 4.º del mismo».

El Ministerio Fiscal lleva a cabo en su escrito de acusación varias calificaciones alternativas con el fin de abarcar todos los tipos penales bajo los pueden subsumir los hechos descritos.

De acuerdo con la jurisprudencia recogida en la sentencia anteriormente citada, el tipo penal de estafa informática supone una especialidad en relación a otros tipos penales, por lo que las dudas habrán de resolverse a través del concurso de normas del artículo 8.1.º CP.

Por lo demás, concurren todos los elementos del tipo descrito en el artículo 248.2.a) CP, a saber, se utiliza un medio informático como el correo electrónico para conseguir una transferencia a favor de una persona que no tiene relación con quien la emite. Se desconoce quien ha podido ordenar la transferencia a través del correo electrónico del denunciante, pero lo que sí ha quedado acreditado es que el beneficiario era el acusado, Miguel Ángel, que percibió el dinero y que, consciente del ingreso realizado, procedió a retirarlo de su banco y a incorporarlo a su patrimonio. No consta acreditada relación alguna entre el denunciante y el acusado, por lo que la incorporación a su patrimonio se hace sin título que lo justifique.

El medio utilizado es el correo electrónico que fue el pactado entre el cliente y el banco y puede encuadrarse dentro del «artificio semejante» a la «manipulación informática» que existe el citado tipo penal en primer lugar, y el fin es conseguir una transferencia no consentida del titular de la cuenta corriente» (SAP de Madrid 520/2015 de 30/06/2015, LA LEY 109866/2015).

* * *

«El delito denominado de manipulación informática, ha sido de reciente creación, consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas. En efecto, se ha declarado por la jurisprudencia que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas —es obvio que no es «otro», como reclama el texto legal—, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave.

De esa forma, el tipo aplicado requiere valerse «de alguna manipulación informática o artificio semejante» para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

Esta manipulación ha propiciado que el hecho consistente en sacar dinero de un cajero automático, mediante la obtención subrepticia de la clave de acceso, haya dificultado su calificación jurídica, de modo que en ocasiones se ha calificado de robo con uso de llaves falsas (art. 238. 4.º, en relación con el 239, tercero, pues se consideran llaves falsas: «cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia «), y otras veces, en este tipo de manipulación informática.

Esta cuestión merece ser, desde luego, aclarada por el legislador, e incluso un anteproyecto de ley precedente, que finalmente no llegó a aprobarse (el de 2006), trataba de clarificar esta cuestión, tipificando aquellos comportamientos, mediante los cuales «utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos», se realizaran operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. Sin embargo, el actual proyecto de 2008, no se ocupa de esta modalidad delictiva.

En este sentido, la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre «la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efec-

tivo», de fecha 28 de mayo de 2001, dispone en su art. 3.º que «cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad
- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

Como dice la STS 369/2007, de 9 de mayo, en el derecho alemán con la entrada en vigor el 1.8.1996 del párrafo 263 a) del STGB que dispone: «el que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...», pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático, esto es, la utilización no autorizada de datos (*sinbefugte verwendung*). Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro Código penal, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse «de alguna manipulación informática o artificio semejante» para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es utilizada correctamente, solo porque una persona no autorizada intervenga en ella con la tarjeta de otro; y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrinal, que es algo más que actuar en él, pues equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, en cuyo caso, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del «artificio semejante» del art. 248.2 del Código penal, en estos casos de conducta voluntaria —pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta—, pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP. Aún sí, es evidente que por falta de perjuicio patrimonial (ni correlativo ánimo de lucro), no sería típico el hecho de entregar voluntariamente la tarjeta a otro (un tercero), con facilitación de su PIN, con objeto que de que le sacara dinero del cajero automático.

De todos modos, la STS 2175/2001 de 20.11, en que se enjuiciaba un caso en el que el sustractor de la tarjeta, se encontraba en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial, e introdujo ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló tal resolución judicial que el Código Penal de 1995

introdujo el párrafo 2.º del art. 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas, en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera o mendaz, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa, pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, como decimos, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el «engaño» era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial, pues el engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

De modo que la citada STS n.º 2175/2001, de 20/11/2001 (LA LEY 1096/2002), expresaba que la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el «engaño» era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. Por ello, la actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa común, debe existir ánimo de lucro; pero también debe concurrir una manipulación informática o artificio semejante, que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y, finalmente, también se requiere un acto de disposición económica en perjuicio de tercero, que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, que aquí es sustituido mediante un medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, o de aquéllos que permite su programación, o bien por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal. También cuando se emplea un artificio semejante, pues una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco.

La calificación como delito de robo, que en un tiempo tuvo mucho predicamento, va perdiendo fuerza interpretativa.

Realiza una exégesis histórica la mencionada STS 369/2007, al señalar que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorporal y ajenos por tanto al sentido «corporal» de las llaves en nuestro derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la STS 35/2004 de 22 de enero), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia, resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún «lugar». De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste

o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta incriminable no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera a dentro. Y en estos casos de cajeros automáticos, lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. En suma: utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP.

En efecto, no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas, típica del robo, es aquella precisa para «acceder al lugar donde éstas se encuentren», tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto). Finalmente, refuerza esta interpretación que no es preciso que el dinero termine expulsado por el mecanismo que subrepticamente se activa, en clave jurídica, no mecánica, sino bastaría una transferencia de fondos de cuenta a cuenta, sin «tocar» el dinero físico transferido. Aquí no existe acceso alguno al lugar en donde se guarda el metálico, pero la transferencia colma, aún más si cabe, las exigencias típicas del mencionado art. 248.2 del Código penal. Y la operación de obtención de dinerario, es similar que la tradicional extracción mediante cajero automático.

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v.gr.: se descubre la llave y se accede al interior de la caja fuerte). Pero en este tipo de estafas informáticas, no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por último no parece tolerable una distinta calificación cuando la tarjeta es utilizada en un establecimiento comercial, que cuando es utilizada en un cajero automático. La STS 369/2007, tantas veces citada, nos dice la respecto: «... si de desdobra la calificación jurídica del uso de la tarjeta de modo que su uso en local comercial es constitutivo de estafa, pues se acepta doctrinal y jurisprudencialmente que la persona que habiéndose hecho con una tarjeta de la que no es titular, finge serlo en una operación presencial, consiguiendo de este modo, que el establecimiento le proporcione bienes o servicios, consuma un delito de estafa, pues provoca, presentando la tarjeta, una apariencia de crédito o de garantía de pago de la que realmente carece y provoca, de este modo, una disposición que ha de ser asumido por una persona jurídica que se comprometió a ello bajo presuposición de normalidad de uso, y su utilización en cajero es merecedor de la calificación de robo, nos hallaríamos ante dos delitos distintos en concurso, un robo con fuerza en las cosas en relación a los cajeros, y un delito de estafa en cuanto a su uso en establecimientos comerciales (...) y resultaría absurda y más grave para el acusado esta separación en dos delitos de lo que no es sino una

única intención y manifestación delictiva de obtener metálico o efectos mediante las tarjetas, que merece la única respuesta punitiva de la estafa» (Sentencia del Tribunal Supremo 663/2009, de 30/05/2009, LA LEY 112722/2009).

6.1.2. Subtipo agravado (Art. 250)

6.1.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 66

En el año 2006 Cristina necesitaba dinero por lo que se puso en contacto, por medio de un anuncio publicado en el diario El Herald de esta Ciudad, con el acusado Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa, el cual se dedica a conseguir préstamos y financiar deudas a terceros exponiéndole Cristina el deseo de conseguir un préstamo por un importe de 6.000 €.

El acusado mostró su conformidad pero puso de manifiesto a Cristina la necesidad de que ésta debía otorgar a su favor poder especial para conseguir el préstamo acudiendo ambos a la Notaria de Don Fernando Usón Valero en Zaragoza el día 27 de marzo de 2006 y otorgando Cristina amplios poderes especiales a Daniel con relación al piso núm.010 núm.011 de la Calle 000 de Zaragoza, vivienda única y habitual donde habita Cristina con su esposo, entonces muy enfermo y actualmente fallecido e hijos, pudiendo Daniel, sobre esta garantía tomar dinero a préstamo con los pactos y condiciones que libremente convengan incluidos constituir garantía hipotecaria, firmar opciones de compra etc...

Obtenido dicho poder el acusado Daniel contactó en Madrid con Héctor, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único de Irisan Gestión Hipotecaria S.L. dedicada a la financiación de créditos, entre otros negocios, al cual le propuso Daniel la obtención de un crédito por importe de 18.000 €. Héctor, tras estudiar las posibilidades de viabilidad de cobro y teniendo como garantía el piso de Zaragoza, accedió a otorgar el préstamo por 18.000 € suscribiendo una escritura de préstamo con garantía hipotecaria cambiaria por dicho importe pactándose unos intereses anuales del 8% y del 22% de demora. Dicha escritura de préstamo se hizo en la notaría de de Don Ricardo Ferrer Jiménez en Madrid el día 5 de abril de 2006.

Héctor hizo una letra de cambio por 18.000 € con la cual se quedó como tenedor de la misma haciendo entrega en efectivo el mismo día de la escritura a Daniel la cantidad de 17.308 € quedándose con 692 € en concepto de intereses pactados.

Dicha letra fue endosada en aquellas fechas por Héctor a Everardo, administrador de Recio Palazón Peritaciones S.L.U. el cual no conocía de nada a Cristina.

Una vez Daniel tuvo en su poder los 17.308 € le hizo entrega a Cristina la cantidad de 6.000 € que ésta le había pedido quedándose con el resto en su poder y no dando explicación satisfactoria acerca del destino de dicho dinero con el consiguiente beneficio lucrativo para el acusado.

Así las cosas, en diciembre de 2008, Cristina tuvo que acudir a la notaría de Don Fernando Usón Valero en Zaragoza acompañada de un empleado de Recio Palazón Peritaciones S.L.U. a fin de subsanar la escritura original, ya que había un error material en cuanto al estado civil de Cristina pues figuraba que era soltera cuando, en realidad, estaba casada y, con dicho error, no podía inscribirse la escritura en el Registro.

Fue en ese año cuando Cristina empezó a pagar la deuda contraída por importe de 18.000 € a razón de 300 € al mes y de esta manera estuvo pagándola hasta que, en un momento determinado dejó de abonar los plazos debidos.

Finalmente, y como quiera que Cristina no pagaba, se interpuso en el año 2012 por parte de Recio Palazón Peritaciones S.L.U, demanda ejecutiva contra Cristina en el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza ordenándose por dicho Juzgado mediante Auto de fecha 5 de septiembre de 2012 la ejecución del título hipotecario que se paralizó después por la interposición de la denuncia que ha dado origen a la presente causa.

No se ha acreditado que ni Héctor ni Everardo estuvieran en ningún momento de acuerdo ni en connivencia con Daniel para perjudicar en beneficio propio a Cristina.

CASO N.º 67

En fecha 14 de abril de 1999 Fátima y su sobrina María Rosario constituyen la sociedad Marola 2000, S.L., siendo nombrada administradora única de la misma la primera. Dicha sociedad tenía como objeto social la explotación del negocio de hostelería llamado Bar-Pub Liverpool, sito en Valladolid, calle Bailén número 4, esquina calle Gamazo. Para el desenvolvimiento de sus operaciones la sociedad abrió en el Banco Popular Español, S.A., la cuenta número 0075 0563 96 060 01543 19.

En fecha 25 de junio de 2012 Fátima, de 78 años de edad, ingresa en el Hospital Clínico Universitario aquejada de un síndrome constitucional, pérdida de peso, dolor severo lumbar, pero consciente y orientada, si bien a las 48 horas de su ingreso experimenta un empeoramiento importante, con apenas respuesta a los estímulos, deterioro que es progresivo y la lleva a un estado semicomatoso, con pérdida de raciocino e imposibilidad del manejo de dispositivos informáticos.

Siendo conscientes del delicado estado de salud de Fátima, sus hijos Carlos, Gregorio y Ovidio, puestos de común acuerdo, sin su autorización y con la intención todos ellos de obtener un beneficio patrimonial ilícito a consta de la sociedad de que la que era administradora única, el día 28 de junio de 2012, haciéndose pasar por Fátima, como cliente de Marola 2000, S.L., y aportando como datos de contacto el teléfono número núm.007 y el correo electrónico Dirección 000, usados habitualmente por Carlos, enviaron una comunicación, vía banca multicanal, al director de la sucursal de la entidad bancaria de la sociedad Marola 2000, S.L, con el siguiente contenido: Estimado Román Director de la Sucursal 0075 0563, por la presente solicito cancelación anticipada del plazo fijo con contrato núm.008 del total del importe de 60.000 euros y lo abones en mi cuenta nú.009 con fecha de hoy 28 de junio de 2012, Saludos Fátima Núm.010». Ello con la finalidad de obtener disponibilidad sobre dicha cantidad.

La cancelación de la imposición a plazo fijo de la cuenta tuvo lugar al día 29 de junio de 2012 con el efectivo ingreso de su importe en la cuenta de la sociedad Marola 2000. S.L.

Ese mismo día, sobre las 9,37 horas, los acusados a través de la Banca Electrónica, porque llegaron a conocer las claves necesarias para el acceso, aunque se desconoce el método empleado para ello, no ajeno a la confianza derivada del vínculo familiar, y desde la dirección IP: 213.96.245.83, que se corresponde con la conexión del teléfono número 983.20.85-01, de la que es titular la empresa Hermanos Domínguez Arranz, S.L., vinculada con aquellos, ordenaron la transferencia desde la cuenta de la sociedad Marola 2000, S.L., a la cuenta número NUM009, de que era titular Fátima, de 8.004,80 euros.

A las 13.35 horas, Fátima, se produce el fallecimiento de Fátima, por insuficiencia hepática fulminante y citolisis tumoral, estando presentes los tres acusados.

Finalmente, sobre las 17,22 horas, a través de la banca electrónica y desde la misma dirección IP: 213.96.245.83, los acusados ordenaron la transferencia desde la cuenta de la sociedad a la cuenta núm.009, de que era titular Fátima, de 60.020 euros.

El día 2 de julio de 2012, una vez que en la cuenta de la que era titular Fátima, después de las operaciones mencionadas, figurara un saldo de 81.934,24 euros, cada uno los acusados, en su condición de herederos y aprovechando que figuraban como autorizados en la misma, ordenaron las transferencias a sus respectivas cuentas bancarias de la cantidad de 26.026,79 euros, en favor de cada uno ellos.

Con su acción los acusados han perjudicado a la sociedad Marola 2.000, S.L., en 68.024,80 euros.

Fátima había otorgado en fecha 9 de mayo de 1989 testamento abierto instituyendo herederos a sus hijos.

Los acusados Carlos, Gregorio y Ovidio son mayores de edad y carecen de antecedentes penales.

CASO N.º 68

El acusado Juan Luis con fecha 9 de enero de 2013 en la vista de autos de guarda, custodia y alimentos n.º 704/12 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Gijón aportó como prueba documental un contrato de arrendamiento de vivienda sita en la C/000 y plaza de garaje en la C/ 001, de fecha 1/1/13, concertado para ello con Edemiro, que figuraba como arrendador, fijando una renta de 600€, con la finalidad de llevar a engaño al Juzgador, y conforme a la cual, la sentencia de 11 de enero de 2013, valorando la capacidad económica y cargas que afrontaba y tomando en consideración expresamente ese gasto, rebajó la pensión alimenticia de 600€, otorgada a favor de su hija menor fijada el 16 de noviembre de 2012 en auto de medidas provisionales, a la cantidad de 550€.

El contrato de arrendamiento del piso y de la plaza de garaje de Gijón firmado por Juan Luis y Edemiro no respondía a negocio real alguno, no estando probado que Juan Luis abonara a Edemiro cantidad alguna en concepto de fianza o de alquiler, y estando probado que Juan Luis nunca usó la vivienda ni el garaje y que Edemiro nunca abandonó dicha vivienda para que pudiera usarla Juan Luis.

Juan Luis recurrió en apelación la sentencia, pidiendo, entre otras cosas, mayor reducción de la pensión alimenticia, alegando, basándose en el contrato de arrendamiento aportado, que ya vivía en Gijón.

Elvira contrató los servicios de la empresa de detectives «Tesca» que comprobaron que Juan Luis residía en Frieres Langreo, no residía en la vivienda supuestamente alquilada por Edemiro, y que éste y su pareja sentimental eran los ocupantes de la misma. Por los servicios de «Tesca» Elvira les pagó 2.589,46 euros».

CASO N.º 69

El matrimonio formado por los acusados Dionisio Fructuoso y Tatiana Tania, eran socios de la mercantil Euroinversiones del Noroeste S.L., también conocida como Grupo J y M, sociedad que dirigían de manera conjunta y de la que la Sra. Tatiana Tania era su administradora única, y que entre otros servicios ofrecía mediante anuncios en prensa la concesión de préstamos.

Lorena Yolanda, quien se halla en una situación angustiosa por razón de una deuda contraída por importe de 24.000 €, y tras leer un anuncio de estas característi-

cas en La Nueva España publicado por Grupo J y M en que se ofrecía dinero urgente y todo tipo de préstamos, contactó con el acusado German Humberto, comercial de dicha entidad para obtener un préstamo por dicha suma.

Sabedores de la coyuntura precaria que atravesaba la Sra. Lorena Yolanda, los acusados Dionisio Fructuoso, Tatiana Tania y Germán Humberto junto con los también acusado Mariano Gumersindo, Marcial Samuel y Coral Salvadora, actuando en connivencia y guiados por un ánimo de enriquecimiento ilícito, idearon un armazón mediante el reparto de funciones para quedarse indebidamente con su vivienda. A tal efecto, German Humberto convenció a Lorena Yolanda para que le entregase las escrituras de los inmuebles y otorgara un poder general lo más amplio posible con el pretexto de que para la gestión del citado préstamo era necesario inscribir registralmente a su nombre los predios que ostentaba hasta ese momento por título hereditario, poder general que aquella confirió el 25 de noviembre del 2005 ante el Notario de Pola de Siero, Manuel Valencia Benítez, documentado bajo el N.º 2.992 de su protocolo, a favor del acusado Mariano Gumersindo, empleado igualmente de Euroinversiones.

El día 2 de diciembre de 2005, Mariano Gumersindo haciendo uso de dicho poder e interviniendo en representación de Lorena Yolanda, y previamente concertado con Dionisio Fructuoso, Tatiana Tania, Marcial Samuel y Coral Salvadora, otorgó ante el Notario de La Coruña Enrique Santiago Rajoy Feijoo, escritura pública de compraventa, al N.º 4.706 del protocolo, de la finca llamada Dirección 000, Balbis, Valdesoto propiedad de Lorena Yolanda y en el que se hallaba su domicilio identificado como Camino 000, núm.000 núm.001, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero, Tomo núm.002, Libro núm.003, Folio núm.004, Finca núm.005; así como la de FINCA000, ubicada en La Eria de Villar de Leceñes, inscrita en idéntico registro al Tomo núm.006, Libro núm.007, Folio núm.008, Finca núm.009. En dicha escritura actuaban como compradores Tatiana Tania y el matrimonio formado por Marcial Samuel y Coral Salvadora que mantenían una relación de amistad y vecindad con el matrimonio socio del Grupo J y M. En la citada escritura se hacía constar un precio de 120.000 € que ni fue desembolsado por los compradores, ni entregado a Lorena Yolanda.

Una vez obtenida la titularidad registral, y guiados por el propósito de obtener ilícitamente liquidez, el 18 de agosto del 2006 Tatiana Tania, Marcial Samuel y Coral Salvadora, en contubernio con Dionisio Fructuoso, vendieron en escritura pública otorgada ante el Notario de La Coruña Juan Cora Guerrero, bajo el N.º 998 de su protocolo, los citados inmuebles al matrimonio también acusado Heraclio Gumersindo y Mariola Yolanda, confabulados con aquellos, haciendo constar un importe ficticio de 125.000 €, precio que no fue abonado por los citados compradores.

Ese mismo día el matrimonio Heraclio Gumersindo-Mariola Yolanda otorgó ante el mismo notario escritura de préstamo hipotecario, al N.º 999 del Protocolo, con Unión de Créditos Inmobiliarios S.A. E.F.C. (UCI), por el que la vivienda de Lorena Yolanda quedaba gravada con una hipoteca a veinte años por importe de 155.000 €. Del importe del préstamo hipotecario se emitieron dos cheques por valor de 62.500 € cada uno, uno a nombre de Tatiana Tania y otro al de Marcial Samuel que hicieron suyos. De la devolución de dicho préstamo hipotecario, aún cuando formalmente constaba a nombre de Heraclio Gumersindo y su esposa, se hizo cargo Euroinversiones que durante un tiempo abonó las respectivas cuotas.

Lorena Yolanda, que desconocía estas transmisiones, y ante la tardanza en la concesión del préstamo se puso en diversas ocasiones con contacto telefónico con el acusado German Humberto quien le ofrecía variadas excusas, llegando a solicitarle la suma de 400 € para gastos en el papeleo de tramitación, cantidad ésta que la Sra.

Lorena Yolanda le remitió el 11 de diciembre del 2006 a la cuenta que el acusado junto con su mujer tenían abierta en el Banco Pastor con núm.010.

Finalmente, Lorena Yolanda y tras visionar en internet un foro de perjudicados por J y M, procedió el 13 de octubre del 2008, y ante la Notario de Betanzos María José Gil Caballero, a revocar el poder general otorgado a favor de Mariano Gumersindo.

Los acusados Tatiana Tania (DNI núm.011), Germán Humberto (DNI núm.012), Mariano Gumersindo (DNI núm.013), Marcial Samuel (DNI núm.014); Coral Salvadora (DNI núm.015), Heraclio Gumersindo (DNI núm.016) y Mariola Yolanda (DNI núm.017), son mayores de edad y carecen de antecedentes penales a excepción del acusado Dionisio Fructuoso (DNI núm.018) que posee antecedentes penales no computables a estos efectos.

CASO N.º 70

Ismael, mayor de edad y con varios antecedentes penales que no son computables para esta causa, era titular de 501 participaciones sociales (representando un 16,67% del total) de la entidad «Cartera de Energías Renovables, SL» («CER, SL»), entidad constituida el 4 de agosto de 2006 y dedicada al desarrollo de proyectos de energía renovable, fundamentalmente fotovoltaicos. Además, era uno de los administradores de la sociedad, siendo la persona que se encargaba de la gestión empresarial y administrativa de los proyectos que pretendían desarrollar. La empresa inició trece proyectos fotovoltaicos (huertas solares) solicitando los puntos de acceso a la red de Endesa si bien, en enero de 2007, cuatro ya habían sido descartados (dos por no haber evacuación y otros dos por problemas de viabilidad), tres tenían problemas porque el proyecto técnico no se ajustaba al acceso inicialmente concedido, estando otros cinco pendientes del informe de la entidad Sevillana-Endesa y otro de un problema de cesión por parte de esta empresa. Finalmente, ninguno de estos proyectos salió adelante, no habiendo pasado de su fase inicial de solicitud de punto de acceso, no constando que hubiesen llegado ni tan siquiera a la fase siguiente que supondría la obtención del punto de conexión a la red eléctrica y que exigiría un proyecto de instalación plenamente definido. Aparte de estos problemas de gestión que presentaban los proyectos, en esa época estaba en marcha una reforma de la normativa reguladora de este tipo de actividad de producción de energía eléctrica mediante fuentes renovables, reforma que establecía la exigencia de prestar un aval por una cantidad en función de la potencia a instalar, amén de introducir una variación en las primas; todo lo cual reducía la rentabilidad económica de los proyectos. Esta reforma se produjo mediante el Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, que entró en vigor el 1 de junio de 2007 y que obligó a la prestación de aval en un plazo de tres meses desde esta fecha a aquellas instalaciones que en esa fecha no hubiesen obtenido la correspondiente autorización de acceso y conexión a la red de distribución, circunstancia que concurría en los proyectos iniciados por Cartera de Energías Renovables, SL», lo que encarecía manifiestamente los mismos reduciendo su rentabilidad futura. Estas circunstancias, unidas a los problemas de gestión que presentaban los proyectos y a la desidia en su tramitación y gestión por parte del acusado Ismael, conforme a lo que luego se expondrá, determinaron que dichos proyectos no se materializasen, no desarrollándose más allá de esa fase inicial en que se encontraban en enero de 2007. En esta situación, Ismael, por su conocimiento del sector (no en vano intervenía en otras sociedades destinadas a las energías renovables, siendo titular de la entidad «Eólicos Valdeprao, SL» destinada a ese mismo objeto social), y por sus contactos dentro de ese mundo empresa-

rial, fue sabedor del cambio de circunstancias que se avecinaban, y que afectaban a la viabilidad futura de los proyectos que había iniciado la empresa de la que era administrador y socio, «Cartera de Energías Renovables, SL», siendo consciente de la pérdida de valor que esta sociedad iba a sufrir ante la imposibilidad de desarrollar esos proyectos que constituían su objeto y contenido. Ante esta situación que se avecinaba, decidió vender sus participaciones, para lo cual contactó en enero de 2007 con Piedad y Luis Pedro a quienes había conocido por motivos laborales y de relación con terceras personas y les propuso invertir en el sector de las energías renovables ofreciéndoles la venta de una parte importante de sus participaciones en «Cartera de Energías Renovables, SL». Ocultando la verdadera perspectiva acerca del futuro de la empresa y con el fin de hacer atractiva la inversión que les proponía, máxime cuando se trataba de personas desconocedoras del sector de las energías renovables, les comentó que se trataba de un negocio con una alta rentabilidad en un corto espacio de tiempo, especialmente porque la empresa tenía en ese momento numerosos proyectos fotovoltaicos. Según les expuso, estos proyectos estaban a punto de culminar gracias a las gestiones que él venía desarrollando. Así, les informó que la tramitación administrativa estaba próxima a su finalización, tanto ante Endesa, empresa que tenía que dar el visto bueno a los proyectos, como ante el resto de administraciones públicas, lo que permitiría culminar los proyectos en tres o cuatro meses. En definitiva, les prometió que iban a ganar mucho dinero en un breve plazo de tiempo dado que se trataba de un sector en auge, muy favorecido por el Gobierno y con unas condiciones económicas que permitían obtener una alta rentabilidad. Al mismo tiempo, a fin de aumentar la confianza de los futuros compradores, hizo alarde tanto de los negocios y actividades empresariales de variado tipo que públicamente desarrollaba, como de los conocimientos y contactos que tenía dentro del sector de las energías renovables y, en concreto, de sus buenas relaciones con Endesa y algunos de sus directivos, por lo que, según les aseguraba, tenía la certeza de la concesión de todos los proyectos que había solicitado en nombre de «Cartera de Energías Renovables, SL». Por último, el propio acusado, con el fin de doblegar cualquier reticencia, se ofreció a garantizarles la inversión mediante un pacto de recompra de las participaciones que les ofertaba, además de ofrecerse como principal interesado en sacar adelante los proyectos y defender sus intereses. Expuestas así las circunstancias de la inversión que ofrecía el acusado y dado el crédito empresarial que aparentaba en el concierto público, logró ganar la confianza de Piedad y Luis Pedro, quienes a su vez contactaron con otras personas, familiares y amigos (todas personas inexpertas tanto en el mundo de la inversión negocial como, especialmente, en el sector económico de las energías renovables), con el fin de poder comprar entre todos el paquete de participaciones que Ismael les ofrecía en unas condiciones de precio que decía eran muy ventajosas dada la rentabilidad futura de la empresa, afirmación que fue aceptada plenamente por los compradores dada la confianza que el acusado les había transmitido con sus manifestaciones y la credibilidad empresarial que desplegaba. Alcanzado el acuerdo de compraventa, formalizaron un primer documento privado en fecha 5 de febrero de 2007 por el cual, según consta en el contrato, el acusado vendió 361 participaciones, equivalente al 12,012% del capital de la sociedad, a Piedad (60 participaciones), Salvadora (60 participaciones), Martín (34 participaciones), Bernarda (60 participaciones), Luis Pedro (60 participaciones), Jesús María (75 participaciones), Adela (4 participaciones), Eloisa (4 participaciones) y Irene (4 participaciones). El precio de venta de cada participación, cuyo valor nominal era de un euro, fue de 665,33 euros, comprometiéndose los compradores a abonar el 10% a la firma del contrato privado y el resto al otorgamiento de la escritura pública, como así fue. El precio fijado para cada participación era

claramente desproporcionado respecto de su valor de mercado, dadas las características y situación de la empresa y la previsible evolución del mercado por causa del cambio normativo que se avecinaba. En dicho contrato se estableció una cláusula para el caso de que existiendo una ampliación de capital social de la empresa alguno de los compradores estuviera interesado en su venta (cláusula 7.^a), comprometiéndose el hoy acusado «a pagar el doble de lo abonado por cada uno de ellos conforme a lo estipulado en el presente contrato». También, para dar apariencia de valor y rentabilidad a las participaciones que se vendían y así ganarse la confianza de los compradores en la seguridad de su inversión, se pactó una cláusula (la 8.^a) en la que tras exponer que «Cartera de Energías Renovables, SL» tenía pendiente la cesión gratuita y por tiempo indefinido la cesión de puntos de conexión solicitados por un total de dieciocho empresas, y para el caso de que esa cesión no se llevara a cabo o bien dichos derechos fueran cedidos por «Cartera de Energías Renovables, SL» a otras empresas no participadas por los compradores, se acordaba la rescisión del contrato, obligándose el acusado «a devolver a cada comprador el duplo de lo que éste hubiera tenido que satisfacer por la compra de sus participaciones». Una vez que los compradores reunieron el resto del dinero, para lo cual, en algunos casos, tuvieron que pedir préstamos bancarios, otorgaron escritura pública de compraventa en fecha 12 de marzo de 2007 ante el Notario de Palencia D. Juan Polvorosa Mies, por la cual se materializaba básicamente la compraventa documentada de forma privada aunque con algunos cambios en el nombre de los compradores así como en las cláusulas de garantía pues solo figuraba un pacto de retroventa si en el plazo de tres años la sociedad acordaba una ampliación de capital social en más de 300.000 euros. Así, Piedad adquirió 60 participaciones sociales (núm.000 a núm.001) por un importe de 39.919,80 euros; Luis Pedro, 60 participaciones sociales (números núm.002 a núm.003) por un importe de 39.919,80 euros; Salvadora, 60 participaciones sociales (números núm.004 a los núm.005) por importe de 39.919,80 euros; Irene, 4 participaciones sociales (núm.006 a los núm.007) por un importe de 2.661,32 euros; Alonso, 4 participaciones sociales (núm.008 a nú.009) por un importe de 2.661,32 euros; Bernarda, 60 participaciones sociales (núm.010 a núm.011) por un importe de 39.919,80 euros; Jesús María, 75 participaciones sociales (núm.012 a núm.013) por importe de 49.899,75 euros; Martín, 30 participaciones sociales (números núm.014 a núm.015), por importe de 19.959,90 euros; Cayetano, 4 participaciones sociales (números núm.016 a núm.017), por importe de 2.661,32 euros; y a Eloísa, 4 participaciones sociales (núm.018 a núm.019), por importe de 2.661,32 euros. El precio de compra de cada participación fue el ya citado de 665,33 euros, muy por encima de su valor de mercado, circunstancia que los compradores desconocían. El acusado desestimó el precio obtenido a sus propios negocios, especialmente de carácter inmobiliario. A partir de este momento y dada la previsible falta de viabilidad de los proyectos por los problemas técnicos y, sobre todo, económicos tras el cambio de normativa, situación previsible de la que el acusado era plenamente consciente al tiempo de esa venta, éste comenzó a incumplir sus labores de gestión, abandonando la tramitación de los proyectos, hasta el punto de que el resto de los socios acordaron su cese en las funciones de administrador en Junta extraordinaria de 24 de septiembre de 2007 por las irregularidades que presentaba en el ejercicio del cargo, además de no informar ni aportar documentación acerca de su labor y del estado de los proyectos. La realidad era que al haberse desprendido de la mayor parte de sus participaciones, habiendo obtenido, además, un precio muy elevado, y siendo consciente de la falta de viabilidad futura de la empresa, como así ha sido, el acusado dejó de cumplir sus funciones en relación a dichos proyectos, los cuales a finales de agosto de 2007 se habían perdido definitivamente por el transcurso del pla-

zo de seis meses sin presentación del proyecto de conexión, tiempo durante el cual se respetaba el acceso reconocido por la entidad Endesa, o bien habían quedado abandonados en su tramitación al no solicitar el correspondiente punto de conexión dada la previsible imposibilidad de prestación de avales que exigía la nueva normativa. En definitiva, la empresa perdió todo su contenido y con ello su valor y ello pese a que se realizaron dos ampliaciones de capital por Acuerdos de fecha 5 de junio y 5 de septiembre de 2007 por cuantías de 100.000 y 210.000 euros, respectivamente; ampliaciones que determinaron que los compradores antes referidos, a fin de mantener el porcentaje de su inversión, se viesen obligados a aportar en proporción a su participación social las siguientes cantidades: Piedad, 1.996 y 4.191,60 euros; Luis Pedro, 1.996 y 4.191,60 euros; Salvadora, 1.996 y 4.191,60 euros; Irene, 131,10 y 279,50 euros; Alonso, 131,10 y 279,50 euros; Bernarda, 1.996 y 4.191,60 euros; Jesús María, 2.495 y 5.239,50 euros; Martín, 998 y 2.095,80 euros; Cayetano, 131,10 y 279,50 euros; y Eloísa, 131,10 y 279,50 euros. Cuando los compradores de las participaciones de Ismael fueron conscientes de la real situación de la empresa y, especialmente, tras la ampliación del capital social en más de 300.000 euros, intentaron que el acusado, según lo acordado en escritura de compraventa, les recomprara sus participaciones a lo que aquél hizo caso omiso pues desde las primeras negociaciones no tuvo intención de cumplir con estos pactos, siendo una mera apariencia encaminada a transmitir una solvencia tanto personal como de la empresa cuyas participaciones vendía y así ganarse la confianza de los compradores. También intentaron los perjudicados la venta de sus participaciones a otras empresas, pero la inviabilidad de los proyectos lo hizo imposible. La situación actual es que la empresa carece de valor de modo que puede afirmarse que han perdido el dinero invertido las personas antes citadas a quienes el acusado Ismael vendió sus participaciones ocultando la verdadera situación de inviabilidad de la sociedad. Con idénticos argumentos de viabilidad futura y grandes expectativas de negocio, argumentos que no obedecían a la realidad dado el cambio normativo que ya se había producido en el sector de las energías renovables, Ismael, actuando como administrador único de la entidad «Eólicos Valdeprao, SL,» vendió a Pascual, en un contrato privado suscrito por las partes en el Hotel Landa de Burgos el 25 de octubre de 2007, «los derechos sobre instalaciones fotovoltaicas (punto de acceso) para el establecimiento de un punto de conexión para la planta de generación en régimen especial denominado San Isidro» situada en el término municipal de Níjar (Almería). Pascual abonó como precio 100.000 euros, en la creencia de que se le estaba transmitiendo un proyecto de instalación fotovoltaica con un punto de conexión, cuando en realidad se transmitía una expectativa de derecho reconocida por Sevillana Endesa carente de un valor real pues estaba condicionada a la presentación, entre otros documentos, de un proyecto técnico en el plazo de seis meses a contar desde la comunicación efectuada por dicha entidad el 31 de julio de 2007, proyecto que al no haber sido presentado determinó la caducidad de esa expectativa en que consistía el derecho de acceso. Ante las reclamaciones del comprador, Ismael le propuso cambiar la supuesta planta de Níjar por otra en el municipio de Níjar por otra en el municipio de Lucainena de las Torres (Almería), encargándose de tramitar todos los derechos, licencias, permisos y autorizaciones necesarios para el desarrollo de esa instalación solar fotovoltaica. Como abono de este nuevo contrato de colaboración suscrito en el mes de julio de 2008, Pascual abonó al acusado la cantidad total de 20.000 euros en concepto de honorarios y gastos, dinero que perdió dado que Ismael no llevó a cabo ninguna gestión, siendo todo ello un artificio encaminado a obtener el dinero de Pascual sin contraprestación alguna. En la época del contrato inicial Pascual era un estudiante de 19 años de edad, carente de cualquier experiencia inversora, quien habiendo

tomado conocimiento de las posibilidades de negocio que podía representar el sector de las energías renovables, contactó por Internet con el hoy acusado dado que ofertaba por esa vía los derechos de acceso que había obtenido de Endesa, y al comprobar la inexperiencia de Pascual, se aprovechó del mismo vendiéndole una expectativa de derecho sin viabilidad como si fuera un proyecto real. Pascual había obtenido de sus padres el dinero con que pagó a Ismael, habiéndose visto en la actualidad obligado a suscribir un préstamo bancario para tratar de devolver el dinero, viéndose obligado a dejar sus estudios para poder trabajar y así hacer frente a ese compromiso económico.

CASO N.º 71

María Purificación con DNI núm.000 y su madre, Almudena, con DNI. núm001, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, procedieron con posterioridad al 13/5/2004, a simular un contrato de compraventa privado, poniendo en el mismo la fecha de 17/3/2003, figurando como vendedora Almudena y como compradores María Purificación (hija de Almudena) por si misma y como mandataria verbal de Luis Antonio, apareciendo firmado por la vendedora y en la parte correspondiente al comprador obran dos firmas de Azucena, señalándose en una de ellas «P.A.». El objeto de dicho contrato es la compraventa de una parcela de terreno de una hectárea de superficie, sita en el cruce de la carretera que sube a Pedro Bernardo con la carretera de Alcorcón-Plasencia, figurando un precio de 87.898 euros y que la forma de pago se estipulaba de la siguiente forma: el 40 % a la firma del contrato mediante pago de 35.159,21 euros y el 60 % (52.738,79 euros) a la firma de la escritura pública ante Notario.

Posteriormente, en fecha 13/5/2005 María Purificación procedió a incorporar dicho documento al procedimiento n.º 254/2005 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Ávila, seguido para la división y adjudicación de los bienes gananciales y hereditarios de su difunto esposo Luis Antonio, con quien había contraído matrimonio 7 meses antes de su fallecimiento el día 6/12/2003.

El contrato referido fue confeccionado en un impreso editado por la Unión de Asociación de Estanqueros de España, habiéndose puesto a la venta y circulación en el mes de mayo de 2004 en la expendeduría n.º 2 de Arenas de San Pedro (Ávila), por lo que se confeccionó con posterioridad a la fecha de fallecimiento de Luis Antonio, y a la fecha que pusieran en el contrato, y después se unió al procedimiento 254/05.

6.1.2.2. Jurisprudencia

«Le es de aplicación al caso que nos ocupa el subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.1.º del Código Penal (LA LEY 3996/1995) al recaer la estafa sobre la vivienda que constituye la habitual y única y donde habita la perjudicada y su familia.

Una doctrina jurisprudencial ya consolidada incluye también los actos de disposición sobre la propia vivienda, es decir que la estafa agravada abarca tanto los supuestos en los que el engaño priva al perjudicado de adquirir una vivienda, como cuando le priva, o puede privarle, de una vivienda que ya constituía su hogar.

Es claro que debe confirmarse esta última interpretación pues no se atisba razón alguna para apreciar la agravación en los casos en los que el engaño priva al recurrente de adquirir una vivienda, y no hacerlo cuando el acto de disposición propio de la estafa recaiga directamente sobre la vivienda del perjudicado, y como consecuencia del engaño prive o pueda privar a la víctima de la morada que constituía su vivienda habitual.

En definitiva los efectos agravatorios derivados de que la estafa recaiga sobre viviendas (artículo 250.1.1º del Código Penal, se justifican en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas. Es decir, que la especial protección que supone la agravación se fundamenta en su relación con el artículo 47 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad. Y también por ello, la agravación puede concurrir tanto si la estafa se produce en el proceso de adquisición de una vivienda, como si el acto de disposición fruto del engaño recae sobre una vivienda que ya constituye la morada del perjudicado. (STS 30 de octubre de 2002, 2 de enero de 2007, 14 de octubre de 2013 entre otras)» (SAP de Zaragoza 51/2015, de 30/09/2015 LA LEY 142048/2015).

* * *

«El objeto de cada compraventa es un inmueble que, por sus características propias y destino dado por los adquirentes, constituye vivienda, siendo el acusado pleno conocedor de ello, así como de la circunstancia de que los compradores pensaban destinarla a su propia vivienda, excepto alguno de ellos, circunstancia que no tenía por qué conocer el promotor. La jurisprudencia al uso es clara en este aspecto, excluyendo de la agravación únicamente los casos de segundas residencias y de adquisiciones con el mero fin de inversión (SS TS 14.02.94, 05.10.95 y 07.01.98). En consecuencia, estimamos justificada la agravación, puesto que la mayoría de ellas se compraron para habitar y constituir el domicilio habitual de los perjudicados; a día de hoy sigue siendo la vivienda habitual de algunos de los compradores» (SAP de Palma de Mallorca del 25 de febrero de 2015 [ROJ: SAP IB 341/2015-ECLI:ES:APIB:2015:341]).

* * *

«En efecto, el antiguo art. 250.1.6 recogía como circunstancia agravante del delito de estafa cuando «*Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia*», cuya circunstancia, en la redacción actual, queda desdoblada en dos, por un lado la recogida en el núm. 4.º «*Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia*» y, por otro, la del núm. 5.º «*El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas*», siendo lo cierto que ninguna de las acusaciones ha razonado, ni recogido en el relato de hechos contemplado en la Conclusión Primera, que específicos hechos o circunstancias son las tomadas en consideración para llegar al entendimiento de que los hechos objeto de enjuiciamiento tienen adecuado encaje en el subtipo agravado de estafa por el que han formulado acusación.

Resulta evidente que, en modo alguno, puede tratarse del valor de la defraudación pues, si bien es cierto que, en la antigua redacción del art. 250.1.6 del CP, la Jurisprudencia tenía establecido como límite, a partir del cual ya se consideraba la agravación, el de 36.000 euros (SSTS 564/2007, 25-6 (LA LEY 72199/2007); 482/2008, 28-6 (LA LEY 96484/2008)), no lo es menos que con la llegada de la LO 5/2010, la agravante del valor de la defraudación —mantenida en la última redacción (LO 1/2015)— quedó fijado en cantidad a partir de 50.000 euros, siendo ésta superior a la cantidad a que se contrae el

presente enjuiciamiento» (SAP de Valencia 561/2015, de 20/07/2015, LA LEY 129275/2015).

* * *

«El acusado actuó con ánimo de lucro cuando aportó el documento en el procedimiento civil, tanto en la primera instancia como en el escrito de recurso. Y si bien es cierto que el Juez de la primera instancia decidió sobre la cuantía de la pensión teniendo en cuenta varios factores, no puede sin embargo obviarse que en el momento de reducir la pensión en 50 euros se refiere de forma específica al nuevo pago de la renta que acreditó el acusado mediante el documento falso. De ahí que deba entenderse que ello constituyó un dato fundamental para modificar a la baja la pensión que se había fijado previamente en las medidas provisionales.

Por consiguiente, tanto en el juicio de divorcio como en el recurso de apelación utilizó el acusado el documento falso para engañar con ánimo de lucro al Juez civil, dolo defraudatorio que además tuvo trascendencia a la hora de dictar la sentencia de divorcio, a tenor de lo que consta en su fundamentación.

5. En virtud de lo razonado, no puede considerarse vulnerada la presunción de inocencia del acusado ni compartir por tanto la tesis exculpatoria de su recurso. Pues consta probado que se valió de un engaño previo bastante para generar un riesgo no permitido para el patrimonio de la víctima, engaño que generó el error del sujeto pasivo de la acción, en este caso el Juez de la jurisdicción civil, quien decidió en su sentencia operando con el documento falso engañoso y con las alegaciones que lo instrumentaron. Se benefició así el acusado patrimonialmente en perjuicio de las personas adjudicatarias de la pensión alimenticia, pues consiguió que la cuantía a abonar en los meses sucesivos se redujera en la suma de 50 euros.

Sí concurre, en consecuencia, el elemento subjetivo de la estafa que requieren los criterios aplicados por reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 220/2010, de 16-2; 752/2011, de 26-7; y 465/2012, de 1-6)» (Sentencia del Tribunal Supremo 748/2014 de 7/11/2014, LA LEY 158698/2014).

* * *

«Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre (LA LEY 2817/2003)), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la *perspicacia* de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o «filo-mish», billete de lotería premiado o «tocomocho», timo del pañuelo o «paquero», etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 (LA LEY 9960/2000) del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar

de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea».

La sentencia 476/2009 de 7.5 (LA LEY 99185/2009), da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de *autopuesta en peligro*. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia 476/2009, nos dice: «Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien —generalmente la víctima— era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aún cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia...

No existirá la imputación que la doctrina denomina «de segundo nivel», cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse «culpable» del error padecido.

En este punto es cierto que como señalan las SSTS. 95/2012 de 23.2 (LA LEY 19512/2012), 581/2009 de 2.6 (LA LEY 84785/2009), 368/2007 de 9.5 (LA LEY 20348/2007), 1276/2006 de 20.12 (LA LEY 160522/2006), 898/2005 de 7.7 (LA LEY 13291/2005), y 1227/2004 de 18.10, 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 módulo 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 ulteriores 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 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 vencibilidad 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 autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección» (STS 413/2015 de 30/06/2015, LA LEY 98975/2015)⁷.

* * *

«Es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 C.P.; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora <para perjudicar a otro>) viene incluido en el art. 306 C.P. (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro.

Reafirmando la misma idea, esta Sala ha dicho que la falsedad en documento privado actúa respecto de la estafa a manera de círculos concéntricos en virtud de

⁷ Caso «Cartas Nigerianas».

aquella nota específica de engaño con la consecuencia inherente de que la estafa queda apartada y destipificada por la falsificación, eliminando la posibilidad del concurso de delitos, por lo que es preciso elevar estos supuestos al concurso de normas (art. 8-4.º C.P.). Veáanse, entre otras, las sentencias de esta Sala n.º 2015 de 29-octubre-2001; n.º 975 de 24-mayo-2002; n.º 992 de 3-julio-2003; n.º 1229 de 3-diciembre-2004 y n.º 1097 de 10-noviembre-2006» (Sentencia del Tribunal Supremo 640/2007 de 06/07/2007, LA LEY 79309/2007).

6.1.3. *El delito de estafa impropia (Art. 251)*

6.1.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 72

Que con fecha 8 de julio de 2004 los acusados Marcos y Sagrario, mayores de edad, procedieron a vender en documento privado a la mercantil Hispagán, S.L., a través de la persona de su administrador Juan Manuel la vivienda sita en la calle Blasco Ibáñez número 8 puerta 12 de Torres-Torres a cambio de 60.000 euros, cuyo pago se efectuaría a través de cuatro pagarés de 15.000 euros cada uno con fechas de vencimiento 2-10-2004, 5-10-2004, 7-10-2004 y 9-10-2004 con números núm.000, núm001, núm.002 y núm.003 de la entidad Ruralcaja librados todos ellos a favor de la mercantil Transportes Nacho Maravilla, S.L., de la cual era administrador único el acusado Marcos. Los pagarés fueron abonados por Hispagán, S.L., conforme lo pactado. Los acusados Marcos y Sagrario el día 30 de agosto de 2004 en la Notaría de Sagunto de Don Francisco Bañón Sabater vendieron el citado inmueble a los acusados Rubén y Aida padres de Sagrario quienes conocían la previa venta y que procedieron a hipotecar dicho inmueble con la entidad Caja Rural del Mediterráneo Ruralcaja. No ha quedado suficientemente acreditado cuál era el patrimonio de los acusados Marcos y Sagrario, ni que con la venta del inmueble se colocaran en situación de insolvencia.

CASO N.º 73

Que el día 22 de abril de 2008, el acusado Leon en calidad de representante legal en Aguir SA, con ánimo de obtener ilícito beneficio, vendió Blas, hoy fallecido, en contrato privado, el vehículo matrícula...WWW por precio de 10.800€, ocultando consciente y voluntariamente la reserva de dominio y prohibición de disponer existente sobre el vehículo a favor de la financiera Santander Consumer en virtud del contrato de financiación a comprador de bienes muebles suscrito entre el acusado y dicha financiera el 26 de marzo de 2008 por el cual tenía prohibida la enajenación hasta que no estuvieran satisfechas toda las cuotas correspondientes convirtiéndose entonces el acusado propietario.

Que el comprador Blas no pudo llevar a cabo la transferencia del vehículo y además fue demandado en el Juicio Verbal seguido bajo número 195/2010 ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palencia en el que intervino por medio de Procurador y Abogado.

CASO N.º 74

Que D. Carlos Miguel, titular del D.N.I. n.º núm.000, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien junto con D.ª Lidia eran dueños legítimos, con carácter ganan-

cial, del inmueble sito en la Calle.000, núm.001-núm.002 de la localidad de Villares de la Reina (Salamanca), después de haberse divorciado de la anteriormente citada, aprovechando la circunstancia de que aún poseía el poder general que D.^a Lidia había extendido a su favor en escritura de fecha 6 de noviembre de 1984 cuando todavía estaban casados, y aún a sabiendas de que le había sido revocado en escritura de 20 de julio de 1989, el día 27 de marzo de 2007 procedió a vender la vivienda a la mercantil Fraylu Construcciones, S.L., extendiéndose la correspondiente escritura pública en Salamanca, en la que, faltando a la verdad por la exhibición del poder revocado, consta que el acusado intervenía en nombre propio y además en representación de su esposa. Por la venta de la vivienda, D. Carlos Miguel recibió 119.000,00 EUR, sin que haya entregado a D.^a Lidia la parte correspondiente, por lo que reclama 59.200,00 EUR.

CASO N.º 75

El acusado Hugo, mayor de edad, sin antecedentes penales, contactó en el año 2000 con D. Álvaro, vecino de Ciempozuelos, persona de edad, en aquel momento, 70 años, que no sabe leer ni escribir, acordando con él mismo, a cambio de una modesta cantidad económica que simulando ser propietario de un conjunto muy numeroso de fincas rústicas en Ciempozuelos, otorgara a favor de Hugo, escrituras de compraventa de aquellas fincas rústicas.

Para dar apariencia de veracidad a aquella transmisión ficticia de propiedad, prepararon los acusados de común acuerdo un documento que simulaba una pretendida adjudicación de fincas a Álvaro de su padre y de los tiempos de la República, fincas que nunca habían pertenecido a su padre ni tampoco a él.

Así en los meses de noviembre-diciembre de 2004 a enero de 2005 inclusive, los acusados Álvaro, Hugo, así como Everardo, hijo del anterior; Marisa, esposa del anterior y Cesareo, vinculado profesionalmente con Hugo; todos estos conocedores de que en aquellas fechas se estaba desarrollando y en trámite de aprobación un nuevo Plan General en Ciempozuelos, que recalificaba importantes superficies rústicas y, dado que la práctica totalidad de las fincas de Ciempozuelos no había accedido al Registro de la Propiedad, las compraventas ficticias podían conseguir la inmatriculación registral, y con ello el reconocimiento de derechos urbanísticos; para ello crearon una serie de sociedades limitadas con un pequeño capital social, como son Silk 04, S.L., constituida el 27 de diciembre de 2001; Proyectos Shadow, S.L., constituida el 16 de noviembre de 2000; Proyectos Wiener, S.L., constituida el 12 de abril de 2000; Well To Do S.L., constituida el 27 de diciembre de 2001, Promociones Snaring S.L., constituida el 7 de noviembre de 2000, Sociedad Spyll-Sire S.L., constituida el 16 de noviembre de 2000; Mogarzo S.L., constituida el 27 de diciembre de 2001 y Mad City S.L., constituida el 8 de marzo de 2000; en ellas son administradores únicos; bien Hugo! en Snaring S.L.; bien Everardo; bien Marisa; bien D. Cesareo en las demás; y partiendo de la escritura inicial del título de herencia ficticio de Alvaro e incluyendo ya en la escritura con la descripción de la finca, una referencia catastral moderna, constándoles a todos que aquella referencia catastral respondía a una finca con propietario legítimo e identificado.

Así partiendo siempre de una escritura de compraventa otorgada a favor de alguna de las sociedades del grupo por D. Alvaro; días después, o incluso en el mismo día, los otros acusados efectuaban en la Notaría una venta cruzada entre sus sociedades, que pretendía acceder al Registro de la Propiedad para simular la adquisición de bue-

na fe y conseguir la inscripción registral en favor del último transmitente, a través del procedimiento establecido en el art. 205 de la Ley Hipotecaria.

Una vez otorgadas aquellas escrituras, los acusados, a través de aquellas sociedades Proyectos Shadow, S.L.; Well To Do, S.L.; Proyectos Wiener, S.L., Mogarzo, S.L., y S Pyll Sire, S.L., las presentaron en el Registro de la Propiedad de Valdemoro dando lugar a los asientos de presentación 66/560, 66/561, 66/562, 66/563, 66/564, 66/565, 66/566, 66/1541, 66/1542, 67/1164, 67/1165, 67/1166, 67/1144, 68/68. Con dichas escrituras, todas ellas otorgadas en la notaría compartida de D. Mauricio y D. Romeo, pretendían inscribir a favor de las sociedades adquirentes, un total de 154 fincas o parcelas del municipio de Ciempozuelos, a través del procedimiento establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pese a que realmente no eran ni suyas, ni de sus transmitentes, sino de otros propietarios conocidos catastralmente plenamente identificados y que estaban en la propiedad y posesión pacífica y legítima de aquellas fincas, no consiguiendo su propósito toda vez que el Registrador de la Propiedad no dió impulso a aquel trámite de inmatriculación, realizando calificaciones negativas, y la Gerencia Territorial del Catastro en Madrid, notificó aquellas pretensiones de alteración de los datos catastrales a los legítimos propietarios para alegaciones y personación.

Ambos notarios, Romeo y Mauricio, en todas las escrituras que autorizaron realizaron la siguiente advertencia: «Referencia Catastral. No me aportan los señores comparecientes dato o documento alguno en el que consta la referencia catastral de las fincas descritas, haciendo yo, notario, la oportuna advertencia y expresamente que incurrir en el incumplimiento de lo determinado por el artículo 50 de la Ley 13 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Orden Social.

Si antes de expedir copia de la presente escritura me entregan el recibo de 1.2.1., o la documentación subsidiaria pertinente, los otorgantes me requieren para que una a esta matriz fotocopia del documento presentado, en el que conste la referencia catastral.

No obstante yo, Notario advierto al adquirente de la obligación en que queda de presentar la correspondiente declaración ante la Gerencia Catastral correspondiente en el plazo de dos meses a contar desde el día de hoy, y que la falta de presentación de la declaración, realizarla fuera de plazo o presentar declaraciones falsas, incompletas o inexactas conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 48-2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, constituyen infracciones tributarias, sancionables con multa de 60,00 euros a 6.000 euros)».

No consta acreditado que los Notarios D. Mauricio y D. Romeo, en la autorización de las escrituras hayan incumplido gravemente con la obligación de celo ni tampoco que conocieran el ánimo fraudulento del resto de los acusados.

El acusado Álvaro tiene una disminución de la capacidad del discernimiento para la repercusión de hechos económicos y jurídicos que se encuentran por encima de sus conocimientos normales de la vida corriente, siempre dentro de una capacidad intelectual normal.

6.1.3.2. Jurisprudencia

«...la condena es por un delito de estafa impropia del art. 251.2 CP y sus requisitos no son los que analiza el recurrente, sino: a) Que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida ésta en su más amplio significado; b) Que a través del mismo haya sido transferido dicho objeto como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen; c) Que con conoci-

miento de tal gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando esta existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro; d) Que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero.

Es el tercero de los requisitos el que discute el recurrente. Como recuerda la sentencia *a quo*, con trascripción de la sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010, que reproduce otras anteriores como la de 4 de septiembre de 1992, «en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo «ocultando» la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación.

Como razona la sentencia combatida, no es creíble la versión ofrecida por el vendedor de que la compradora estaba al tanto del gravamen, bastando para excluirla considerar que el importe del precio de la venta (559.738,89 €) estaba muy próximo al precio de tasación para la primera subasta pactado en la escritura de hipoteca (580.473,5 €); en otras palabras, es absurdo que la denunciante aceptase conscientemente una adquisición por el doble de su valor. A ello ha de adicionarse otra vez un dato inequívoco y concluyente: si la compradora sabía de tan importantísima carga, no se comprende por qué el vendedor no lo expresó en el contrato conforme a una elemental buena fe negocial.

Finalmente, el deber de autoprotección que pretende imponer el apelante a la denunciada está superado por la jurisprudencia, limitando su trascendencia a aquellos supuestos en que en que los adquirentes pudieran tener fundadas dudas sobre la existencia de los gravámenes y, a pesar de ello, no acuden a la información que publica el Registro de la Propiedad, supuesto en que el engaño no podría considerarse idóneo (STC 497/2001, de 28 de marzo). Fuera de esas excepciones, lo que sienta es la obligación del vendedor de informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación (STS de 4 de septiembre de 1992) porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real de la finca (STS 25 de septiembre de 1992), debiendo partirse de que el silencio sobre los mismos del transmitente se convierte en una tácita afirmación de su inexistencia (cfr. SSTS 29 de febrero de 1996 y 22 de septiembre de 1997).

Es obvio, pues, que hubo ocultación y, por ende, engaño bastante» (SAP de Murcia 388/2015 de 17/09/2015, LA LEY 142990/2015).

* * *

«Considera la Sala que, en principio, existiendo un contrato con un objeto real y cierto, las cuestiones que dimanen del mismo deben dirimirse en sede jurisdiccional civil, que es el lugar o cauce natural para solventar las diferencias que se susciten entre las partes en la relación contractual, tales como el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas (como por ejemplo, el impago total o parcial del precio pactado), la disconformidad sobrevenida con la realización de la prestación acordada o con el bien adquirido o entregado, etc. Así, tan sólo tendría relevancia penal caso de evidenciarse que el contrato no fue sino una ficción, tendente a mover

mediante engaño la voluntad de la otra parte en la fingida relación contractual, para que por ésta se efectúe el acto de disposición patrimonial en su perjuicio y sin obtener contraprestación alguna. En concreto, en el caso del contrato de compraventa, podría entenderse que existe un dolo penal, que excede al mero dolo civil penalmente atípico, por ejemplo en el caso de no existir el bien objeto de la compraventa y que el supuesto vendedor dice transmitir, o en el de no ser el sedicente vendedor el propietario de la cosa, o en el de doble venta (supuestos éstos dos últimos expresamente contemplados como modalidades del delito de estafa en el artículo 251.1.º del Código Penal)... Pero, volviendo a lo que decíamos al principio, entiende la Sala que, existiendo y siendo ciertos los bienes transmitidos, y estando capacitada la transmitente para su enajenación, esto es, siendo en definitiva real —y no ficticio— el contrato, las cuestiones relativas a si se sobrevaloró, por la vendedora o por el intermediario, el objeto de la compraventa, o si se pagó por la adquirente ahora querellante un precio excesivo, o si, en última instancia, hizo la compradora un mal negocio, o incluso un negocio ruinoso, inducida a ello por los querellados, deben dirimirse en la sede jurisdiccional de derecho privado correspondiente; quedando las mismas, aun de asumirse la tesis de la apelante, extramuros de la protección del Derecho penal.... Pero no debe ser en esta sede procesal penal en donde se dirima la corrección, ni siquiera la buena fe, de la actuación de los contratantes o partes en la relación contractual; ya que las causas penales están reservadas, por su propia naturaleza y finalidad, para la investigación y persecución de actuaciones delictivas. Para atacar los contratos tienen las partes las correspondientes acciones civiles, como la resolutoria o redhibitoria, o de moderación judicial del precio. Y ello sin perjuicio de que, al ser el sobreseimiento acordado y ahora recurrido provisional, pueda reabrirse la presente causa penal de considerar el Órgano jurisdiccional civil que de lo actuado en su procedimiento se desprende indiciariamente la posible comisión de algún delito en el desarrollo de la relación contractual, que exceda del mero dolo civil. Pero no al revés, como de hecho pretende la apelante, pues no es la jurisdicción penal la adecuada para el estudio y la dilucidación de la validez de un contrato y de sus cláusulas, si no consta indiciaria pero claramente cometido un delito, o cuanto menos una falta, que tenga relación con el mismo» (AAP de Valencia 404/2011 de 14/06/2011, LA LEY 318095/2011).

* * *

«El art. 251.1.º del Código penal, que no es sino una variedad de la estafa, considera como tal la conducta de atribuirse falsamente sobre una cosa inmueble una facultad de disposición de la que carece, es decir, la posibilidad de enajenación mediante venta, siempre y cuando que tal facultad no la haya tenido nunca el sujeto activo, como es el caso, y —claro es— en perjuicio del adquirente, como igualmente aquí acontece. En realidad, los comportamientos que se alojan en el art. 251 son estafas especiales por razón de la descripción del tipo, que participan de todos los demás elementos típicos, es decir, el desplazamiento patrimonial producido como consecuencia de una errónea creencia en el sujeto perjudicado, que se autolesiona, bien se dirija el engaño frente al mismo, o ante un tercero, con perjuicio propio o ajeno.

Conductas como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código penal, como constitutivos de estafas, que encajan en la definición general del art. 248.1 del mismo.

Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones «a non domino», no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional» (STS 898/2014 de 22/12/2014, LA LEY 211565/2014).

* * *

«... concurren todos y cada uno de los elementos definitorios del delito de estafa incriminado en el art. 251.1 del CP. Conforme hemos declarado en numerosos precedentes, el tipo objetivo de esta forma de estafa impropia requiere que el sujeto se atribuya sobre un bien facultades de las que carece y que realice en perjuicio de tercero alguno de los actos de disposición. El tipo subjetivo exige que el sujeto conozca que efectivamente carece de las facultades que se atribuye sobre la base de las cuales dispone el bien de que se trate (STS 226/2012, 29 de marzo (LA LEY 39701/2012)). Y el engaño puede consistir en la deliberada ocultación de datos o en la omisión de informaciones, siempre que la conducta omisiva tenga eficacia causal para la producción del error en el sujeto pasivo y sea determinante del acto de disposición (STS 577/2000, 3 de abril). Hemos considerado también delito encajable en el art. 251.1 del CP, la conducta del acusado que, después de enajenar la finca como libre de cargas en contrato privado y antes de lo que consideraba su definitiva transmisión en escritura pública, la gravó, constituyendo una hipoteca en garantía de 18 millones de pesetas, con el consiguiente perjuicio para la entidad compradora (cfr. STS 1080/2009, 16 de octubre (LA LEY 217949/2009))» (STS 159/2015 de 18/03/2015, LA LEY 24963/2015).

* * *

«Procede por ello recordar los requisitos de la tipicidad de la estafa impropia. El primer problema que plantea el art. 251.1 es el de la colisión de este precepto con la Ley Civil, puesto que aquel precepto tipifica ilícitos civiles criminalizados y como es bien sabido, la Ley civil admite la validez de la doble venta, puesto que la compraventa constituye únicamente el «título» para la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, exigiendo la «traditio» o «modo» para que el comprador adquiera la propiedad.

En efecto, la entrega de la cosa vendida constituye la obligación principal del vendedor (arts. 1445 y 146.1 del Código Civil) entendiéndose entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador y solo cuando la venta se haga mediante escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato si de la misma escritura no resultase o se dedujese claramente lo contrario (art. 1462 Código Civil), ahora bien la Ley civil admite expresamente como queda dicho, la validez de la doble venta al establecer que «si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad, se transmitirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuese mueble. Si fuese inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya suscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea el primero en la posesión y faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe (art. 1473 del Código Civil).

Enfrentada la jurisprudencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo, a esta colisión entre la norma civil y lo dispuesto por el art. 251 CP, no se ha seguido un criterio uniforme. Por una parte, está el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609, 1095, 1462 C.C.) de forma que no consumándose la venta con la «*traditio*» el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento

mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código. Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin «*traditio*» y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos C.C. (S.S.T.S. 203/2006 de 28.2, 1329/2009 de 18.10). Postura ésta por la que se ha decantado la jurisprudencia al considerar suficiente la venta en documento privado sin «*traditio*» posterior para estimar consumada la estafa en su modalidad de «doble venta»: La existencia de doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera que, cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Por el contrario, si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el art. 1450 Código Civil, hubiese entregado la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, la segunda venta no sería tal sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esta conducta está prevista en el art. 251.1 relativa al que vende fingiendo ser dueño de la cosa vendida.

En síntesis esta Sala (SSTS. 203/2006 de 28.2, 780/2010 de 16.9, 209/2012 de 23.3) viene exigiendo para la sanción de la doble venta como delito los siguientes requisitos:

- 1.º Que haya existido una primera enajenación.
- 2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación «antes de la definitiva transmisión al adquirente», es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona
- 3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1.473 C.C.
- 4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio» (STS 102/2015 de 24/02/2015, LA LEY 13687/2015).

6.2. El delito de administración desleal (Art. 252)⁸

6.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 76

Los acusados Ana y su esposo Iñigo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, así como Jaime y su esposa, formaban parte de la sociedad «Direct S.L.»,

⁸ El precepto que recoge actualmente el delito de administración es el artículo 252 CP, siendo regulado antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 en el artículo 295 CP. Igualmente, su contenido ha sido modificado a través de dicha Ley.

habiendo aportado cada uno de ellos el 25% del capital, siendo el objeto social la compra y venta de mobiliario en general. Eran administradores mancomunados Ana y Jaime, siendo la primera quien se hallaba al frente de la marcha diaria de la sociedad con su presencia física en la nave, donde se encargaba de las ventas que se efectuaban. Para el desarrollo de su actividad comercial, la sociedad alquiló una nave, teniendo el contrato de arrendamiento una duración de veinte años y renta mensual de 6.000 euros, realizando antes de la apertura al público obras de reparación y adecuación por importe de unos 106.000 euros. Tras desavenencias entre los socios, el 01/03/15 se acuerda la disolución de la sociedad, la apertura del periodo de liquidación y la realización de una auditoria externa. Tras dicho acuerdo, Ana, previamente puesta de acuerdo con su esposo, entregó a éste la mercancía que se hallaba en la nave y que era propiedad de «Direct S.L.», disminuyendo el activo de la sociedad en 23.700 euros. Además, Ana, de manera unilateral y sin notificación alguna al resto de los socios a excepción de su marido, ordenó la cancelación del contrato de arrendamiento de la nave donde ejercía su actividad la sociedad, entregando las llaves al arrendador, que procedió a alquilarla días después a Rafael, administrador de «Trends S.L.», por una renta mensual de 6.600 euros. «Trends S.L.» estaba dedicada a la misma actividad que «Direct S.L.». «Trends S.L.» contrató a la acusada para que siguiera al frente de la tienda, abonándole una retribución mensual. De esta forma se privó a la sociedad «Direct S.L.» de obtener algún beneficio mediante un posible traspaso del negocio o cesión del contrato de arrendamiento por el tiempo que restaba, que era de diecinueve años.

CASO N.º 77

El 21/10/12 se constituyó la mercantil «Chiclasa S.L.», interviniendo de un lado «Canto S.L.» —sociedad unipersonal— y de otro la representación de «Romapi S.L.» —sociedad unipersonal—, figurando como administradores solidarios Adriano y el acusado Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales. El 28/04/13, actuando por su propia cuenta y valiéndose de su condición de administrador, Pablo suscribió con la entidad Unicaja una póliza de préstamo por importe de 200.000 euros, trasladando ese mismo día el acusado la referida cantidad de 200.000 euros ingresada por Unicaja desde la cuenta al efecto abierta en representación de «Chiclasa S.L.» hacia la cuenta de la entidad «Romapi S.L.» de la que el acusado era socio único. El 19/05/13, «Gregama S.A.» remitió a «Chiclasa S.L.» en concepto de pago por trabajos realizados en el ámbito de su objeto social, un pagaré por importe de 389.226,51 euros con fecha de vencimiento 25/06/13, pagaré que el acusado ingresó para su descuento en Unicaja el día 29 del mismo mes, haciendo una amortización anticipada del préstamo suscrito el 28 de abril y obteniendo de esta manera «Romapi S.L.» un enriquecimiento por importe de 198.338,99 euros. Posteriormente y siempre gracias a su condición de administrador de «Chiclasa S.L.», el acusado retiró diversas partidas de la entidad para su particular aprovechamiento. Concretamente, el 21/04/13, la cantidad de 6.000 euros, el 22/04/13 la cantidad de 6.000 euros, el 26/05/13, la cantidad de 31.734,24 euros, el 30/05/13 la cantidad de 6.000 euros, y el 07/10/13, la cantidad de 6.000 euros.

CASO N.º 78

Se declara probado que la mercantil «Gesqua S.L.», cuya actividad era el tratamiento de aguas residuales y realización de las obras necesarias para dicho trata-

miento, tenía tres socios fundadores, el acusado Victorio —mayor de edad y sin antecedentes penales—, Armando e Ismael. Los administradores de derecho de la sociedad, eran éstos últimos, pero el verdadero administrador de hecho de la sociedad era el acusado Victorio, el cual se encargaba de todo el tráfico económico de la sociedad, como de las gestiones de cobros y pagos, trato con los bancos, finanzas, contabilidad y demás cuestiones propias del giro económico y financiero de la empresa. Armando, era responsable del departamento de ingeniería, e Ismael, era responsable del laboratorio, estando por tanto ambos, totalmente desvinculados del referido campo económico de la empresa. Los tres socios se profesaban mutua confianza absoluta con respecto a la esfera de responsabilidad que los demás desarrollaban, no existiendo injerencias de ningún tipo. El acusado, Carlos, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, era el administrador único de la mercantil «Consentfores, S.L.», cuya actividad era la realización de obras de todo tipo. Entre los años 2007 y mediados de 2013, la empresa «Consentfores, S.L.», realizó trabajos propios de su actividad para la mercantil «Gesqua S.L.», librando por ello las oportunas facturas, que fueron debidamente atendidas y pagadas por ésta, hasta que en 31/07/13 ambas empresas se desvincularon, no realizándose ya más trabajos por parte de «Consentfores, S.L.» para «Gesqua S.L.» Desde principios de agosto de 2013 hasta finales de marzo de 2015, los acusados Victorio y Carlos, con intención de obtener un beneficio patrimonial, acordaron que el segundo girara contra «Gesqua S.L.» (en concreto, contra la cuenta 0081 0075 99 1069913 del Banco de Sabadell) facturas por obras que no habían sido realizadas, giro que el primero aceptó, desconociendo los demás socios tal operativa, facturas que Carlos descontó a través de una línea de crédito que tenía abierta en la entidad Caixa y que fueron abonadas por «Gesqua S.L.». Dichas facturas fueron todas atendidas por «Gesqua, S.L.», a través del acusado Victorio, ascendiendo a un importe total de 559.970 euros que supuso un grave perjuicio económico para la empresa en general, y para los socios Armando e Ismael, en particular.

CASO N.º 79

Joaquín, mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñaba desde 1996 labores de jefe administrativo en «Indusmad, S.L.» y desde 26/05/03 hasta febrero de 2007 además fue apoderado de dicha sociedad. Durante los meses de septiembre y octubre de 2004, Joaquín dio de alta a su madre Antonia como trabajadora de la empresa, sin que ésta desempeñase actividad laboral alguna en la misma, y la empresa abonó las cuotas correspondientes a los seguros sociales de Antonia. En noviembre de 2004, Joaquín transmitió un vehículo Renault Laguna propiedad de la empresa a su esposa, Rosalía. En el mismo año, Joaquín adquirió un vehículo BMW por importe de 35.483 euros, por medio de leasing a cuyo pago se obligó «Indusmed, S.L.», habiendo sido la empresa la que fue abonando las sucesivas cuotas, incluso el pago final. Posteriormente, Joaquín firmó un contrato según el cual «Indusmad, S.L.» transmitía dicho vehículo a su mujer, Rosalía, emitiendo una factura por importe de 18.000 euros que no consta que se abonasen. El 18/12/05 la empresa abonó una cuenta de 562,05 euros correspondientes a una estancia de Joaquín en el Hotel Villa Marbella en periodo vacacional. El 27/12/06 Joaquín compró muebles en «Elite» por importe de 24.920 euros para su uso particular y a cargo de «Indusmad, S.L.», también adquirió bienes de «MaderasSi, S.L.» por importe de 6.579 euros para su uso personal y con cargo a la empresa citada. Con fecha 28/12/06 se giró factura por «Carpintería Zubi, S.L.» por importe de 36.714 euros a cargo de «Indusmed, S.L.» de

la que no llegaron a abonarse más que 5.064 euros, el resto Joaquín lo hizo propio. Además, «Indusmed, S.L.» libró una serie de letras de cambio en las que figuraba como aceptante bien Joaquín bien Rosalía, letras que, a su vencimiento, eran abonadas con fondos de «Indusmed, S.L.». Todas las operaciones relatadas fueron efectuadas sin conocimiento ni autorización de Jesús Ángel, quien formalmente era el administrador único de la empresa.

CASO N.º 80

En febrero del año 2001, con la finalidad principal de llevar a cabo la construcción y promoción y venta de una urbanización de 17 viviendas adosadas en la localidad de Almería, se constituyó la sociedad «Manve Bu S.L.» de la que formaban parte como socios Oscar (Acusado), Baltasar y Manuela, estableciéndose un capital social de 7.212,15 euros, aportando 2.404,05 euros cada uno. La cantidad aportada por Manuela fue facilitada su padre Ángel, de hecho era éste el que participaba activamente en la sociedad velando siempre por los intereses de su hija, puesto que Manuela estaba estudiando y nunca se interesó por la sociedad. Oscar era administrador único de la entidad pero como carecía de los conocimientos contables necesarios para el correcto ejercicio del cargo, la contabilidad se llevaba por la gestoría de Ernesto (hijo de Ángel), en la cual se guardaba el talonario de cheques que Oscar debía utilizar para la realización de pagos. Oscar tenía alquilada una caja de seguridad en la entidad Caja Sur, de la cual guardaba las dos llaves Ángel, debido a la confianza existente entre ellos. A su vez la entidad «Manve Bu S.L.» operaba con la cuenta corriente abierta en la referida sucursal bancaria, de la que Ángel era el director. Ángel y Oscar, durante las tardes del periodo comprendido entre 2001 y 2004 se encontraban en los días laborables, en una caseta instalada en la obra de Almería, donde se atendía a compradores de los inmuebles en construcción, se acordaba la compra de material y se trataba con los proveedores, llevando el primero anotaciones manuscritas en fichas y libretas, de la marcha relativa a la construcción de los inmuebles. En 2004 Baltasar —que ejercitaba las funciones de dirección de obra—, decidió abandonar la sociedad y vender sus participaciones a Manuela, desconociéndose el precio realmente pagado por las mismas y quién abonó el mismo. El 24/03/09, mediante escritura pública, Oscar en nombre de la mercantil «Manve Bu S.L.» transmitió a su esposa dos parcelas (n.º 1 y 2) sobrantes propiedad de la sociedad de la Urbanización construida en Almería, no entregando a la sociedad cantidad alguna por ellas. Oscar no informó sobre esta operación. La parcela n.º 2 fue vendida por Jacinta a terceros en el año 2011 por un precio de 36.061 euros. El acusado Oscar, junto con Cayetano, constituyeron el 17/05/09, la mercantil «Manve Ibea S.L.» con una finalidad similar a «Manve Bu S.L.» adquiriendo el Oscar la mayoría de las participaciones y ostentando la condición de administrador único. En noviembre de 2010 se modificó el nombre de la sociedad que paso a llamarse «Pobu S.L.» Para la constitución de «Manve Ibea S.L.» el acusado Oscar retiró mediante un cheque de la cuenta de «Manve Bu S.L.» la cantidad de 5.000 euros y abrió una nueva cuenta a nombre de la entidad que había constituido. Durante los años 2008 y 2009, «Manve Ibea S.L.» o «Pobu S.L.» realizaron diversas obras de construcción y acondicionamiento de edificios, sin haber resultado acreditado que con dicha actividad se hubiese perjudicado a la mercantil «Manve Bu S.L.». El 01/05/09 Oscar adquirió una furgoneta que puso a nombre de la mercantil «Manve Ibea S.L.», habiendo abonado las cantidades de 9.015 euros, 116 euros y 750 euros relativos a gastos de la adquisición del vehículo, mediante un cheque bancario que se cargó en la cuenta de «Manve Bu S.L.».

6.2.2. *Jurisprudencia*

«...esta Sala ha venido manteniendo que el art. 252 CP que, hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868), tipificaba la apropiación indebida, contiene en realidad dos delitos: el delito de apropiación indebida clásico que es un delito contra la propiedad (se apropiaren) y un delito de administración desleal de patrimonio ajeno que hace referencia a distraer dinero o cualquier otro activo patrimonial que se hubiere recibido en administración. Por eso se venía reclamando que el Código Penal reflejara esa realidad en dos tipos diferentes acorde con su distinta naturaleza: uno afecta al derecho de propiedad y el otro al patrimonio y así se ha hecho en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015, 439, 868), que tipifica en dos secciones y artículos distintos la apropiación indebida (artículo 253) y la administración desleal (artículo 252) dentro del Título XIII que lleva como rúbrica «De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico» y dentro del Capítulo VI «De las defraudaciones» (...)

La jurisprudencia de esta Sala ha permitido, pues, hacer frente a los supuestos de administración desleal, a través del tipo penal de distracción de dinero contenida en el art. 252 CP, ello sin embargo puede provocar confusión ya que tenemos, de un lado, una administración desleal genérica, la del art. 252 CP y, por otro lado, la administración desleal societaria prevista en el art. 295 CP, sustancialmente igual y, sin embargo, castigada injustificadamente, con menos pena (incluso con previsión de pena alternativa de multa). Por ello hace tiempo que se viene reclamando la supresión del art. 295 CP, llevando la administración desleal al ámbito de los delitos patrimoniales.

Con la reforma operada por la LO 1/2015 se resuelve el problema que suscitaba la diferenciación entre el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, y el delito de societario de administración desleal, que se suprime con esta reforma. Sobre esta cuestión, se ha producido una evolución en la posición mantenida por el Tribunal Supremo (...)

Los distintos criterios que permiten diferencias estas dos figuras delictivas vienen expresados en la Sentencia 765/2013, de 22 de octubre (RJ 2013, 7117), en la que se declara que esta Sala ha recordado en las STS núm. 91/2013, de 1 de febrero (RJ 2013, 1847), 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 6428), y 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 6782), que existen posiciones diferentes en las resoluciones que se han esforzado en ofrecer pautas interpretativas acerca de la relación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Una línea jurisprudencial explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. Señala en este sentido la STS 1217/2004 de 2 de noviembre (RJ 2004, 8091) «que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP (RCL 1973, 2255). 1973. El art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetren en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo

dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS 2213/2001, de 27 de noviembre; 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002, 6357); 1835/2002, de 7 de noviembre (RJ 2002, 10072) y 37/2006, de 25 de enero (RJ 2006, 3331)).

En otras ocasiones se fija la distinción en el hecho de que la actuación delictiva se realice, o no, dentro de las facultades del administrador. Así la STS 915/2005, 11 de julio (RJ 2005, 5418) señala que «cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, 17 de julio (RJ 2006, 7697) y 565/2007, 21 de junio (RJ 2007, 3329)).

La STS núm. 91/2013, de 1 de febrero (RJ 2013, 1847), siguiendo la STS 462/2009, 12 de mayo (RJ 2009, 4863), se refiere también a otras distinciones señaladas en el ámbito doctrinal, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal

de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedades titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

Estimamos que debe acogerse la concepción expresada en esta última resolución (STS 462/2009, 12 de mayo (RJ 2009, 4863)), en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Así se estima en la STS 517/2013, de 11 de abril (RJ 2013, 7139), y se ratifica en la STS 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 6782), que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con «animus rem sibi habendi» y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad», siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador» (STS 433/2015, de 2 julio [RJ 2015, 3901]).

* * *

«los requisitos del tipo penal del art. 295, son los siguientes: a) en cuanto al sujeto activo, que se trate de los administradores de hecho o de derecho o de los socios de cualquier sociedad constituida o en formación; b) la acción nuclear es doble: o bien la

disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad; c) un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación; d) el resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. e) se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función. f) el tipo no conlleva necesariamente el «animus rem sibi habendi», aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal; g) este precepto requiere que la puesta en escena del mismo lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación; h) finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión» (STS 767/2014, de 4 de noviembre [RJ 2014/5668]).

* * *

«... el adverbio «fraudulentamente» se identifica con un fraude artificio o engaño. Por ello no se incluye en este delito —a juicio de caracterizada Doctrina— la administración simplemente irregular. Y no se debe confundir la falta de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida patrimonial experimentada por el sujeto pasivo y la actuación del sujeto activo, con la deslealtad.

Además, «el abuso de las funciones propias del cargo» introduce —según la Doctrina mayoritaria— el requisito de que concurra un característico desvalor de la acción, consistente en la infracción del deber de cuidar del patrimonio social y de administrar fiel y lealmente el mismo; es decir desviándose de la «diligencia de un ordenado empresario y un representante leal», que es el parámetro señalado por el art 127.1 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206).

El abuso de las funciones propias del cargo, no es la razón de la incriminación, sino el medio a través del cual se realiza la ofensa al patrimonio. O dicho de otro modo, tal expresión, hace referencia a las situaciones a las que el sujeto activo usa de las funciones o facultades de que goza para finalidades diversas de aquellas para las cuales le fueron otorgadas.

Tal cláusula por pertenecer a la antijuricidad de la conducta, si falta, excluye la concurrencia del injusto típico. Y, por ello, las conductas que consisten en actuaciones del administrador o socio generadoras de algún tipo de riesgo para el resto de socios, o que son poco diligentes con las instrucciones recibidas, pero que están ausentes del dolo directo exigido en el tipo, podrán generar responsabilidades en el ámbito civil exigibles, al amparo del art 127.1.^a y 133.1 LSA.

E igualmente, hay que tener en cuenta que el abuso atañe a la legitimidad de los medios empleados para disponer de los bienes o contraer una determinada obligación, y no tanto a los resultados concretos producidos con ese hecho.

La actuación se tiene que producir «en beneficio propio o de un tercero», y se discute en la doctrina si se trata de un elemento objetivo o subjetivo del injusto.

En cuanto al «perjuicio directo», ello no es sino expresión de una relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción y el perjuicio; y además ha de ser económicamente evaluable, con significado patrimonial cierto. Las dos modalidades delictivas habrá que probarse que causan una disminución del patrimonio de un socio y que ello está directamente relacionado con el comportamiento determinado de un administrador. La falta de prueba de la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por la entidad y la actuación fraudulenta o irregular del administrador da lugar a la absolucón» (STS 262/2013, de 27 de marzo [RJ 2013/4646])⁹.

* * *

«... sí concurre en este caso el requisito del art. 295 de que exista una sociedad y también unos socios administradores-liquidadores, dándose pues esos elementos objetivos del tipo penal. Más aún, es en los periodos de liquidación cuando muchas veces se incrementan los actos delictivos, pues no resulta algo extraordinario que los socios administradores, una vez que ya saben que la sociedad está disuelta y que ha de hacerse frente a las deudas pendientes con los acreedores, oculten parte del patrimonio social o se lo queden en beneficio propio y en perjuicio de los acreedores preferentes o de los restantes consocios» (STS 162/2013, de 21 de febrero [RJ 2013/4386]).

* * *

«...las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783) «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1897), refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida» (STS 91/2010, de 15 febrero [RJ 2010\3278]).

* * *

«...tanto el art. 252 como el art. 295 CP pueden ser aplicados a supuestos de continuidad delictiva. Tanto la distracción de dinero del art. 252, como a la disposición

⁹ El precepto mencionado: art. 127.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), se corresponde actualmente con el art. 225.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Igualmente, el art. 133.1 LSA se corresponde con el art. 236.1 LSC.

fraudulenta de los bienes sociales o las obligaciones contraídas con abuso de las funciones del administrador, pueden ser cometidas en las condiciones previstas en el art. 74 CP. Es erróneo suponer que el tipo del art. 295 CP requiere la comisión de más de una acción. No existe ninguna razón que pueda ser deducida del texto legal o de su finalidad que haga plausible dicha interpretación. Por lo tanto, no «parece más lógico», como opina el recurrente, que «si la conducta es continuada e implica en su conjunto una administración desleal» sea aplicable, por esa razón el art. 295 CP, puesto que de esa manera se llegaría a una atenuación injustificada de la pena para los hechos subsumibles bajo el tipo de esa disposición» (STS 1311/2009, de 22 diciembre [RJ 2010\2960]).

* * *

«El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil (LEG 1889, 27), y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad» (STS 9/2009, de 26 enero [RJ 2009\810])¹⁰.

6.3. El delito de apropiación indebida

6.3.1. Tipo básico (Art. 253)¹¹

6.3.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 81

Los acusados, Carlos y Melania, mayores de edad y sin antecedentes penales, ambos abogados de profesión, compartían desde el año 2010 el despacho profesional «Serrano-Abogados» como colegiados ejercientes. A comienzos del año 2013 Miguel acude al despacho profesional de los acusados, recabando los servicios para la interposición de una demanda contra terceros. Para tal menester los abogados solicitaron a Miguel una cantidad de dinero en concepto de provisión de fondos, Miguel entregó entre los meses de abril y septiembre de 2013 a los acusados la suma total de 54.091,09 euros, no realizando los mismos, que actuaban conjuntamente en el mentado proceso judicial, la actividad profesional encomendada, por lo que Miguel les retiró el encargo realizado, sin que procedieran tampoco los acusados a la devolución de la citada cantidad dineraria recibida. Ante los requerimientos efectuados por Miguel, los acusados con fecha 03/12/14 hicieron un reconocimiento de deuda por importe de 54.091,09 euros y compromiso de pago aplazado, devolviendo en fecha posteriores a Miguel únicamente la cantidad de 10.875 euros. Según Dictamen de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, al que pertenecen los acusados, la

¹⁰ El art. 123 LSA señalado en la Sentencia citada, se corresponde actualmente con el art. 225 y siguientes de la LSC.

¹¹ El precepto que recoge actualmente el delito de apropiación indebida es el artículo 253 CP, siendo regulado antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 en el artículo 252 CP.

minuta de honorarios a girar por los acusados por sus actuaciones en el asunto encargado por Miguel debe ascender a 1.572,79 euros.

CASO N.º 82

El día 03/12/11, Bernardino entregó al acusado Sebastián, intermediario en la venta de vehículos en local Auto Mundi, mayor de edad y sin antecedentes penales, el vehículo Mercedes 290TD, a fin de que gestionara su venta. Pasado unos días el acusado dijo a aquél que tenía un posible comprador para el vehículo por el que percibiría como precio la suma de 25.843,52 euros. El 15/12/11, el acusado vendió el vehículo al establecimiento «Renove S.L.» de Indalecio por la expresada suma de 25.843,52 euros, percibiendo el acusado 25.843,52 euros, que hizo suyos en lugar de entregársela a Bernardino. Por otra parte, Doroteo contactó con el acusado Sebastián, para que gestionara la venta de un Audi A3 1.8 Turbo. El acusado el 20/12/11 vendió a «Renove S.L.» dicho vehículo por 12.020,24 euros, sin que posteriormente le entregara a Doroteo la expresada suma percibida, que hizo suya. Además, el día 25/12/11, se puso en contacto con el acusado Sebastián, Mario, para solicitarle que actuando como intermediario vendiese el vehículo Audi A1, el acusado finalmente, el 30/12/11, lo vendió a la empresa «Renove S.L.» por la cantidad de 25.242,51 euros, cobrando su importe de la compradora, sin que lo hiciera efectivo a Mario, por haberlo hecho suyo.

CASO N.º 83

Esperanza y el acusado Mariano, mayor de edad y sin antecedentes penales, han mantenido una relación de pareja cinco años, conviviendo juntos. En 2014, la pareja encargó a su amiga Soledad un décimo de lotería para el sorteo de Navidad del 22/12/14, encargo que cumplió la referida, haciendo entrega del billete del décimo a Mariano abonando éste a aquél su precio de 20 euros con dinero procedente de los fondos comunes que desde 2008 compartían los novios. En el sorteo referido salió agraciado con el primer premio el número 24.052, correspondiéndose con el del acusado Mariano y su novia Esperanza, cuya tenencia había sido mantenida por el acusado después de la separación de la pareja. El valor del décimo era de 200.000 euros. Tres días después del sorteo Esperanza llamó por teléfono al acusado Mariano para confirmar el premio y tratar del cobro de su parte, quedando para el día siguiente. El día 27/12/14 Marcos (padre de Mariano) y su esposa, la también acusada María, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, acudieron al domicilio de Esperanza, manifestándole que le correspondía una quinta parte del premio total asignado a la participación adquirida, porque el décimo premiado, según le manifestaron, había sido integrado por Mariano en un fondo común constituido entre los acusados Marcos, María y la también acusado Tobías, mayor de edad y sin antecedentes penales; fondo al que cada uno de los integrantes habría aportado un décimo adquirido por cada uno de ellos en distintos lugares, correspondientes al mismo sorteo, y en que únicamente habría resultado premiado el aportado por Mariano, argumentando ya entonces el acusado Marcos que los cuatro integrantes del fondo habían decidido reconocer a Esperanza el derecho a una quinta parte del fondo, y no el derecho que le correspondería a la mitad de la cuarta parte que habría de corresponder a su ex novio. No se ha hecho prueba bastante de la constitución del fondo común al que los acusados pretenden llevar el premio obtenido por la participación en el núm. 25.052. Con el fin de efectuar el abono del importe correspondiente a esa quinta parte de las cuentas de Esperanza, ésta facilitó al acusado Marcos una copia de su DNI y un

número de cuenta bancaria, quedando ya entonces en las dependencias de una entidad bancaria en la que se hizo la transferencia a su favor por un importe total de 40.000 euros.

CASO N.º 84

El acusado, Enrique, ostentaba un poder, otorgado por Antonia que se encontraba en Ecuador, en su propio nombre y en el de sus cinco hijos menores habidos fruto de la relación sentimental que ésta había mantenido con Manuel, a fin de que cobrase las indemnizaciones derivadas de dos accidentes de tráfico sufridos por Manuel y se las enviase a Ecuador. Dicho poder especificaba la prohibición de administrar o gestionar las cantidades recibidas facultando como se ha señalado, únicamente al acusado al cobro y envío de las indemnizaciones que debía recibir Antonia por el accidente que sufrió Manuel el día 16/03/12. El 19/12/14 el Consorcio de Compensación de seguros ingresó mediante transferencia bancaria la cantidad de 15.220,95 euros en la cuenta del acusado. Asimismo, y actuando también en la representación de Antonia y de sus hijos menores, el acusado cobró en concepto de indemnización por el fallecimiento en accidente de tráfico de Manuel, la cantidad de 278.357,29 euros. Dicho importe fue abonado al acusado en dos pagos, pagos ordenados por el Juzgado de instrucción n.º 27 de Madrid (que tramitó el juicio de faltas n.º 1298/14 como consecuencia del accidente de tráfico que causó el fallecimiento de Carlos), mediante mandamientos de fecha 16/11/14 por importe de 188.079,25 euros y de fecha 21/04/15 por importe de 90.278,04 euros. El acusado, deliberadamente ocultó a Antonia, las cantidades realmente satisfechas y cobradas por el mismo, entregando a esta únicamente la cantidad de 147.374 euros, no reintegrando a la misma, el resto de la indemnización percibida, 146.211 euros, de los que el acusado se apropió en su propio beneficio.

CASO N.º 85

Las acusadas María Ángeles y Valentina, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, en su condición de encargadas de la tienda dedicada a la venta de productos congelados, ubicada en el local n.º 19 del establecimiento comercial «Alcampo» de la Avenida de Vinateros de Madrid, y de la que era titular la mercantil «Mar Futura», desde fecha no precisada pero, en todo caso, entre los meses de diciembre de 2013 a mayo del año siguiente, y con el común propósito de obtener un beneficio común, efectuaron multitud de ventas a clientes, reflejando en caja un importe inferior al realmente cobrado y, otras veces, ninguno, adueñándose de la diferencia; asimismo hicieron suya gran cantidad de mercancía, propiedad de la referida empresa, que, en ocasiones, entregaban a familiares y amigos sin cobrar precio alguno. Como consecuencia de estos hechos las acusadas se enriquecieron, durante el periodo de tiempo referido de una cantidad que si bien la mercantil perjudicada la estima en 42.778,99 euros y pericialmente se ha cifrado en 36.481 euros.

6.3.1.2. Jurisprudencia

«El perjuicio puede considerarse como una desvalorización del patrimonio, ocasionada por cualquier causa. (...)

Por lo tanto, podrá apreciarse la existencia del perjuicio típico cuando mediante la conducta imputada se impida al titular del patrimonio afectado el ejercicio de sus

facultades para la disposición ordinaria del mismo a la que tenía derecho, en orden al cumplimiento de las finalidades decididas por aquel titular» (STS 329/2015, de 2 junio [RJ 2015\2498]).

* * *

«La sentencia del Tribunal Supremo n.º 513/2007 de 19 de junio (RJ 2007, 4989) ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito, al menos hasta la promulgación de la última reforma del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) aún no vigente, diciendo que «el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. (...)

Una y otra modalidad de delito de apropiación exigen como presupuesto un negocio o título en cuya virtud el receptor de la cosa, fungible o no, adquiere determinadas facultades que no son equiparables a las del dominio, si lo recibido no es fungible, pero que implica la adquisición del dominio cuando es fungible. Por ello la consumación de la apropiación por distracción no consiste tanto en la incorporación de lo recibido al propio patrimonio, como en no darle el destino pactado.

De ahí la relevancia que adquiere, para justificar la imputación de tal modalidad, la adecuada prueba de los términos de lo pactado, si la cosa objeto del comportamiento delictivo es el dinero. La antijuridicidad del comportamiento no derivará tanto de las facultades formalmente conferidas por el título de recepción de la cosa fungible, como de las materiales condiciones que configuran el estatuto real del adquirente en cuanto a sus derechos y obligaciones. Como es indiferente que el desvío de lo comprometido redunde en su personal enriquecimiento injusto o en beneficio de terceros. Siempre se requiere que exista, eso sí, perjuicio para quien depositó confianza en el sujeto activo. (...)

Porque no puede olvidarse la doctrina jurisprudencial (STS n.º 241/2012 de 23 de marzo (RJ 2012, 5454)) que considera un obstáculo a la tipificación de la apropiación indebida precisamente esa indeterminación de la existencia y cuantía de una deuda del supuesto perjudicado respecto del imputado que lo es como autor de una apropiación indebida en perjuicio de aquél.

Así da cuenta de tal doctrina la sentencia de esta Sala Segunda del TS n.º 658/2009 (RJ 2009, 5740), ratificando la ya establecida en la Sentencia de este Tribunal 228/2006, de 3-3 (RJ 2006, 1572), que excluye la comisión de un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y la derivación a la

jurisdicción civil para la realización de tales operaciones» (STS 352/201, de 27 mayo [RJ 2015\2914]).

* * *

«...elementos característicos del delito del art. 252 del Código Penal: a) que el sujeto activo se halle en posesión legítima del dinero o efectos, o cualquier otra clase de cosa mueble; b) sujeto pasivo será el dueño o titular de éstos que voluntariamente accedió o autorizó para que el primero los percibiese, si bien con la provisoriedad o temporalidad determinada por la relación o concierto base que mediara entre ambos; c) en cuanto al título determinante de la primigenia posesión o tenencia, con claro signo de «numerus apertus», se viene estimando como propio cualquier acto o negocio jurídico que origine la entrega al sujeto activo del objeto en cuestión y del que se derive la obligación de su puesta a disposición o devolución al último y verdadero destinatario de aquél, enumerándose ejemplificativamente, y como supuestos más habituales, el depósito, mandato, comisión, mediación o corretaje, administración, comodato, arrendamiento de obras o servicios, o cualquier otro que, transmitiendo legítimamente la posesión de las cosas, no tenga virtud traslativa de la propiedad, quedando pendiente la obligación de hacerlas llegar a un tercero, o de reintegrarlas o restituirlas en su momento al prístino poseedor que interinamente se desprendió de ellas; d) la acción viene determinada por el aprovechamiento abusivo por parte del agente de la confianza latente en el acto negociador base, consistente en que, avistando las oportunidades y facilidades derivadas de la tenencia de las cosas y objetos, y, a la vez, traicionando la lealtad y conculcando las obligaciones emanantes de la relación jurídica generadora, pervierte y cambia la posesión originaria, ligada a fines predeterminados, en propiedad abiertamente antijurídica, hostilmente lesiva para quien aguardaba la entrega a el reintegro; o, al menos, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en propia utilidad, distrayéndolas de su pactado o natural destino o negando haberlas recibido, todo ello deducido inequívocamente de al conducta observada por el autor, reveladora diáfananamente del objetivo finalista perseguido; e) doble resultado, de enriquecimiento respecto del sujeto activo, y de empobrecimiento o perjuicio patrimonial del agraviado, es decir, del titular último del dinero, efectos o cosas muebles apropiados; f) ánimo de lucro, presidiendo e impulsando toda la actuación del individuo y que, según jurisprudencia reiterada, puede consistir en cualquier ventaja, utilidad o beneficio, incluso de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia o liberalidad. Todo ello, y en cuanto a la culpabilidad, teñido por el dolo referido a la ajenidad de la cosa y al propósito de disponer de la misma como propia» (STS 278/2015, de 18 mayo [RJ 2015\1747]).

* * *

«En la Sentencia 997/2007, de 21 de noviembre (RJ 2008, 546), se declara que en el delito de apropiación indebida pueden distinguirse dos etapas diferenciadas. La primera, se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo recibe en calidad de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. En la segunda etapa el agente trans-

muta esta posesión legítima (o propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles) en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de un destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado» (STS 184/2015, de 24 marzo [RJ 2015\1163]).

* * *

«...ha señalado, STS n.º 915/2005 (RJ 2005, 5418), que «... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

Porque, cuando se trata de dinero u otros bienes fungibles, generalmente, la entrega de una cantidad, cuando no se efectúa como cuerpo cierto, supone la adquisición de la propiedad, produciéndose la distracción cuando, estando esa adquisición limitada por la finalidad expresa de entregar a otro o de devolver otra cantidad igual, quien la ha recibido con esas limitaciones procede a darle un destino distinto, incorporándola definitivamente a su patrimonio o al de un tercero. En esos casos, la conducta del sujeto viene presidida por el animus rem sibi habendi, pues el autor se comporta como dueño absoluto de lo recibido con la conciencia de que lo hace, y con independencia de que actúe en beneficio propio o de un tercero» (STS 859/2014, de 18 diciembre [RJ 2015/66]).

* * *

«...distinguir los supuestos de apropiación indebida y administración desleal, de suerte que cuando los actos de disposición efectuados por el administrador societario que abusando de sus funciones dispone fraudulentamente de los bienes —tal y como reza el art. 295 Cpenal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)—, el administrador actúa de esta manera desleal pero dentro de sus funciones como administrador se estará ante el delito del art. 295 Cpenal, y se estará dentro del delito de apropiación indebida cuando el administrador se apropia o distrae dinero —tal y como dice el art. 252 Cpenal —, pero actuando extramuros de sus funciones como administrador.

En todo caso, reconociendo que el art. 295 de administración desleal ha venido a completar y no a sustituir al delito de apropiación indebida los supuestos dudosos de encaje en uno u otro tipo penal, deberán ser resueltos con las reglas del concurso de normas del art. 8, en concreto con la regla del art. 8-4.º Cpenal que nos reenvía al delito de apropiación indebida por ser más grave —SSTS de 7 de junio 2006 (RJ 2000, 4761); 279/2007; 513/2007 (RJ 2007, 4989); 754/2007 (RJ 2008, 1080); 121/2008 (RJ

2008, 2164); 1181/2009 (RJ 2010, 704) ó 434/2010, y más recientemente 627/2013 de 18 de julio (RJ 2013, 5962)—» (STS 784/2014, 20 noviembre [RJ 2014\5974])¹².

* * *

«...la doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente, en los supuestos de obligación de devolver o el destinatario final del dinero, en los supuestos de obligación de entregar, un derecho a recibir otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, como hemos dicho, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, de manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito» (STS 588/2014, de 25 julio [RJ 2014\4165]).

* * *

«Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa —depósito, comisión, administración— participan de un denominador común: son títulos traslativos de la posesión pero no de la propiedad. No cualquier título que produzca la obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que habiendo transmitido la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que generen una obligación de devolver, darán nunca vida a una infracción penal incardinable en el art. 252. Autor ha de ser el poseedor no propietario. La primera condición para apropiarse de algo es no ser dueño. Nadie puede apropiarse de lo que ya le pertenece.

Esas premisas son nítidas y evidentes, pero valen solo para la modalidad de apropiación. En los últimos años la jurisprudencia ha querido dotar al término distraer de un significado propio, distinto y complementario: si la ley utiliza los dos verbos hay que pensar que no es una mera redundancia.

Para algunos se trataría de recoger los casos en que el objeto son bienes fungibles, esencialmente el dinero» (STS 595/2014, de 23 julio [RJ 2014\4788]).

* * *

¹² Para un mayor desarrollo sobre la relación existente entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal, ver artículo 252 CP.

«...la doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el «punto sin retorno», que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo (RJ 2012, 8194)).

Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio (RJ 2008, 4085) para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero «hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales». En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio (RJ 2007, 4989), o la STS 938/98, de 8 de julio (RJ 1998, 5831).

No basta pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo, o incluso ilícito, de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (STS 11 de julio de 2005 (RJ 2005, 5418)). La naturaleza de la sanción penal como «ultima ratio», y el respeto al principio de tipicidad, impiden considerar que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario constituye, en nuestro derecho penal vigente, un delito de apropiación indebida» (STS 370/2014, de 9 mayo [RJ 2014\2803]).

* * *

«...los delitos de estafa y apropiación indebida tienen un carácter absolutamente heterogéneo, en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión, así en la estafa, —art. 248— es imprescindible el engaño, mientras que en la apropiación indebida —art. 252— se define más bien a través de lo que se podría llamar abuso de confianza, aspectos subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación y subsiguiente defensa han de tener en pura lógica un tratamiento totalmente distinto (SSTS. 1280/99 de 17.9, 210/2002 de 15.2, 84/2005 de 1.2 (RJ 2005, 844))» (STS 304/2014, de 16 abril [RJ 2014\3751]).

* * *

«...es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. El círculo de los sujetos activos posibles está cerrado a los que no han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible. (...) El extraneus, es decir, quien en estos delitos especiales no tiene la condición exigida en el tipo de delito para ser sujeto activo, puede participar en ese delito especial del que autor en sentido estricto es otro, a título de inductor o cooperador necesario (o no necesario: complicidad))» (STS 760/2010, de 15 septiembre [RJ 2010\7494]).

* * *

«...cuando una persona, faltando a la verdad, niega haber recibido de otra una cosa mueble en virtud de un título jurídico que genere la obligación de devolverla, es presumible que se la apropiado indebidamente. No se trata de construir una verdadera acción típica a partir del hecho de negar haber recibido una cosa. En realidad

apropiarse, distraer y negar haber recibido, son manifestaciones de una misma realidad, a saber, el apoderamiento en sentido amplio. Negar la recepción de la cosa implica, a falta de otros datos que demuestren lo contrario, una clara voluntad de no restituirla» (STS 363/2009, de 2 abril [RJ 2009\4152]).

* * *

«La línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida, —ha declarado esta Sala en Sentencia 830/2004 de 24 de junio (RJ 2004, 5070)— radica en que en el primer supuesto no existe voluntad apropiativa sino simplemente un retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe un propósito de hacer la cosa como propia incorporándola al patrimonio del infractor» (STS 347/2009, de 23 marzo [RJ 2009\2446]).

* * *

«De modo que lo son las cosas muebles, a las que ahora se añade la mención «valores», y se complementa con otra categoría que pasa a denominarse un «activo patrimonial».

Las cosas muebles son bienes corporales y derechos inmateriales. Desde un plano jurídico, los derechos realizables son cosas muebles; desde un punto de vista económico, son activos de la contabilidad (créditos).

Efectos y valores tienen una gran proximidad semántica, y significan en todo caso derechos evaluables económicamente y de contenido inmaterial, aunque vengán documentados, bien en un papel, bien en un apunte (inclusive informático)» (STS 219/2007, de 9 marzo [RJ 2007\1781]).

6.3.2. Otras formas de apropiación indebida (Art. 254)¹³

6.3.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 86

Los acusados Cándido, mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, y Emilio, mayor de edad y ejecutoriamente, condenado mediante sentencia de fecha 19 de junio de 2007 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba (firmeza 19 de septiembre de 2007), por un delito de estafa a la pena de 6 meses de prisión; puestos previamente de acuerdo, con ánimo de obtener un ilícito beneficio económico, y aprovechándose del conocimiento de los datos personales de Rodrigo, remitieron al Bank Limited de Gibraltar un fax el día 26/03/08, haciéndose pasar por este último solicitando la realización de una transferencia bancaria por importe de 152.000 euros, desde la cuenta n.º X, titularidad de Rodrigo con destino a la cuenta corriente n.º XX de la entidad crediticia La Caixa, cuya titularidad ostentaba la entidad «Comercio Intermediario, S.L.» cuyo administradores solidarios ambos acusados, dicho fax firmado supuestamente por el titular ordenante y sin que el banco gibraltareño haya acreditado la realización de cualquier tipo de comprobación respecto a la autenticidad

¹³ La redacción de este precepto ha sido modificada a través de la L.O 1/2015. Se añade en este apartado la jurisprudencia existente sobre el artículo 253 y 254 del Código Penal, anteriores a la entrada en vigor de la Ley señalada.

del fax, realizó el 01/04/08 dicha transferencia de fondos a la cuenta de La Caixa que se acaba de reseñar, viniendo tales fondos de la transferencia a ser retirados por Cándido y Emilio, lucrándose ambos con su importe. Una vez la entidad Bancaria Bank Limited tuvo conocimiento de la falsedad de la orden de transferencia al haber sido alertados por el propio Rodrigo con fecha 07/04/08, y ante el nuevo intento de los acusados de obtener una nueva transferencia mediante el envío de un nuevo fax el día 08/04/08, la misma no vino a realizarse ni a tomarse en ningún momento en consideración. La cantidad de 152.000 euros vino a ser reintegrada por el Banco Limited a Rodrigo con fecha 10/04/08.

CASO N.º 87

Se declara probado que la acusada Valentina, mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió el día 20/02/12, en la cuenta con n.º X, de la que era titular junto con su marido Sergio, del que se hallaba separada desde hacía años, una transferencia bancaria por importe de 25.957,75 euros, remitida por la entidad de seguros «Aviva vida y pensiones, S.A.», para Sergio por rescate del plan de pensiones del mismo. Valentina, dispuso en beneficio propio, de gran parte de dicha cantidad, efectuando una transferencia en fecha 27/02/12, por importe de 25.900 euros desde la referida cuenta a la cuenta bancaria con n.º XX, cuyo titular es la mercantil «Llar de palau habitatge, S.L.», de la cual la administradora única es la propia acusada, Valentina.

CASO N.º 88

En hora no precisada de la madrugada del día 09/03/15, el acusado Juan Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba junto a dos amigos en un establecimiento de esparcimiento de esta ciudad. Allí se unió al grupo Francisco, y juntos montaron en el vehículo furgoneta C-15, circulando por la ciudad en recorrido no determinado. En un momento concreto y por razones no precisadas, entre el acusado Juan Carlos y Francisco se inició una discusión y se produjo un breve forcejeo, durante el cual este último perdió su reloj, marca Rolex, modelo Sister, cuyo valor se ha tasado en 1.830.000 euros; finalmente Francisco abandonó el vehículo. Posteriormente, sin que se haya evidenciado que los demás ocupantes lo percibieran, el acusado Juan Carlos encontró el reloj y lejos de devolverlo o hacer gestión para localizar al titular, lo hizo suyo. Francisco se dio cuenta de la falta de su reloj, tomó la matrícula del coche y formuló denuncia ante la policía, que realizó la investigación y finalmente identificó al acusado Juan Carlos, que fue llamado a la instancia policial, imputándole el apoderamiento del objeto.

CASO N.º 89

En 2002 la entidad «Restaurante Parque, S.A.» llevaba a cabo una obra en un inmueble de su propiedad situado en la Avda. de María Luisa, de Sevilla. En el curso de estas obras, en las que también se acometió la adecuación del entorno, se deterioraron dos estatuas, dos capiteles, una base y un fuste de mármol, propiedad del Ayuntamiento de Sevilla, destinados al ornato público y valorados en 10.345 euros. Los responsables de «Restaurante Parque, S.A.» decidieron, sin dar cuenta al Ayuntamiento, restaurar dichos elementos ornamentales deteriorados, lo que encargaron al contratista de la obra, Manuel, quien, encargó a su vez, la retirada de dichos elementos al marmolista Antonio, con quien tenía subcontratadas las partes correspondien-

tes de la obra. El 08/12/02, en uno de los viajes que Antonio realizó a Sevilla, los cargó en su camión y se los llevó a su taller. No se ha probado que, ni en ese momento ni en ninguno otro posterior, se le informara que pertenecían al Ayuntamiento de Sevilla. Los elementos descritos permanecieron en el taller del Antonio, sin que se concretara el alcance y precio de la restauración, ya que mientras tanto «Restaurante Parque, S.A.» había sido declarada en concurso, de lo que derivadamente se produjeron impagos a Manuel y de éste a Antonio. En estas circunstancias, cuando Manuel le pidió a Antonio que le entregara lo recibido, éste se negó a ello, incluso tras recibir un telegrama en el que se le reclamaba formalmente y una llamada telefónica del abogado Manuel.

CASO N.º 90

Adolfo, mayor de edad y sin antecedentes penales, como Guardia Civil Eventual con destino en el puesto de Cardona, el 16/09/14 fue comisionado por un superior para reconocer los alrededores del edificio del Colegio Público «La Mare», en el que el día anterior había tenido lugar una sustracción de objetos en el curso de la cual se había producido un disparo. Adolfo, buscando el casquillo de la bala disparada encontró en el suelo una bolsa que contenía una videocámara marca Panasonic, modelo NV-M 570 E, una batería de la misma marca, una correa porta cámara y una bolsa porta cámara de igual marca, efectos todos con aspecto de nuevos, cuyo valor ascendía a 300 euros. Suponiendo que tales efectos eran propiedad del Colegio, y que eran de los sustraídos el día anterior —como así era—, decidió dejarlos escondidos, para volver a buscarlos cuando estuviera fuera de servicio y quedárselos, de modo que no comunicó el hallazgo a sus compañeros, al día siguiente volvió y los recogió. En las semanas que siguieron, en el puesto de la Guardia Civil de Cardona circuló el rumor de que Adolfo se había quedado con cosas del Colegio desaparecidas en la sustracción dicha, rumor que le fue comentado por un compañero. El día 02/12/14 Adolfo entregó en la Comandancia de la Guardia Civil de Manresa la videocámara y los demás efectos que había cogido.

6.3.2.2. Jurisprudencia

«...la cuestión reside en determinar si la conducta descrita en el «factum» es incardinable en el art. 254 C.P propugnada por el Fiscal, es decir, si estamos ante un supuesto de recepción indebida por error del transmitente del dinero y que, comprobado el error, no se proceda a su devolución. La respuesta debe ser afirmativa, la transferencia del dinero a personas que nada tenían que ver con ese negocio jurídico debe considerarse un error del transmitente generado por la actuación del vendedor, pues a quien el comprador quería pagar era al vendedor, no a quienes recibieron el dinero. Por otra parte, y desde la perspectiva de quienes recibieron el dinero (los acusados), también se trataba de un error de quien había hecho la transferencia, puesto que dichos acusados sabían perfectamente que el dinero por ellos recibido no obedecía a ninguna deuda de que la empresa fuera acreedora, ni a ningún negocio causal de la misma, ni existía razón alguna que justificara la recepción del dinero, por lo que, debe concluirse que desde la posición de los acusados que se expone en el «factum» de la sentencia, se trataba de una recepción indebida, que no podía obedecer a otra causa que la del error del ordenante de la transferencia.

Y con similar criterio se pronuncia nuestra Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre (RJ 2004, 8246), en la que se expresa que el tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación indebida, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. (...)

Los elementos de tal delito, son: 1) un acto de apropiación, que lo será de incorporación al patrimonio del sujeto activo del delito, en modo alguno un acto de distracción; tampoco lo será el simple uso de una cosa mueble ajena, que le puede venir otorgado por cualquier título jurídico legítimo; 2) que el objeto sobre el que recaiga lo sea una cosa mueble ajena, que será interpretada conforme al Código Civil (LEG 1889, 27) (arts. 335 y siguientes), de manera que lo será el dinero, efectos o valores o cualquier otra cosa mueble, conforme a una interpretación sistemática de este precepto con el anterior; 3) que el título por el cual el sujeto tenga la posesión de tal cosa mueble ajena no sea alguno de los que justifican la aplicación del art. 253 del Código Penal. Desde esta perspectiva, la LO 1/2015 engloba en la tipología del nuevo art. 253, conductas anteriores tales como la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253), o la recepción indebida por error del transmitente de dinero o alguna otra cosa mueble, o niegue haberla recibido, o comprobado el error, no proceda a su devolución (art. 254).

En suma, el tipo comentado se configura así como un tipo residual o subsidiario (art. 8.2 del C. penal) respecto a la estricta apropiación indebida, ahora alojada en el art. 253 del Código Penal, de manera que cuando el título jurídico que justifica la posesión no puede entenderse englobado en su tipología, por lo demás, bastante abierta, conforme a la tradición jurisprudencial de «*numerus apertus*» en la descripción de los títulos que posibilitaban la apropiación indebida, se aplicará este nuevo delito —el art. 254— cuando el autor se apropiare de una cosa mueble que no le pertenezca.

Desde esta perspectiva, la conducta que ahora sancionamos por el vigente art. 254 del Código Penal será igualmente abarcada por el nuevo precepto de idéntica numeración.

En cualquier caso, la inclusión en tales preceptos debe ser considerada más favorable para los recurrentes desde la óptica correspondiente al delito por el que han sido sancionados (el vigente art. 252 del Código Penal), que es la visión interpretativa que debe operar, pues desde luego es más favorable —respecto a aquel— tanto el actual 254 como el nuevo 254» (STS 403/2015, de 19 junio [RJ 2015\3565]).

* * *

«El art. 254 CP contiene un figura doctrinalmente polémica en los casos de haber recibido indebidamente por error del transmitente dinero o alguna cosa mueble, se niegue haberla recibido o comprobado el error no se procede a su devolución. No cabe

hurto pues no hay una sustracción del objeto. No hay estafa porque no hay un engaño determinante del acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo. Ni apropiación indebida porque la cosa no se recibe en virtud de ninguno de los títulos recogidos en el art. 252. En este sentido la STS 437/2006, de 17-4, ya recordó que la entrega realizada por error, en que la confianza no es determinante y siquiera está presente en algún medida, no ha sido en general considerada como un supuesto adecuado para este delito, pues a pesar de que el art. 1895 código civil establece la obligación de restituir la cosa que por error ha sido indebidamente entregada, tal obligación se soporta más bien en la idea de evitar un enriquecimiento injusto que en la existencia de una relación basada en la confianza puesta en la contraparte. De ahí que la sanción en la apropiación de lo entregado por error precisara en realidad de una tipificación explícita, que aparece en la actualidad en el art. 254 CP.

En STS 1416/2004, de 2-12 (RJ 2004, 8246), y 768/2009 de 16-7 se recuerda que dicha figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y ss del Código Civil (LEG 1889, 27) siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de la apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva, de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva.

Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, si bien las sentencias citadas precisan que como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente la consumación se produce cuando se niega a devolverlo cuando, advertido del error existente, no procede a su devolución. La STS 2159/2002, de 28-12 (RJ 2002, 10784), aplicó este precepto a quien habiendo recibido en su cuenta corriente indebidamente un abono y comprobado el error no lo devuelve, sino que dispone inmediatamente de él antes de que el transmitente pueda hacer la retrocesión. En igual dirección, la STS 44/2007, de 29-1, aplica este precepto a un supuesto en que los acusados reciben una importante cantidad de dinero transferida a la cuenta de la empresa de la que ellos disponen, tomando conocimiento de este ingreso y siendo también consciente de que no obedecía a ningún servicio o prestación de que pudiera traer causa, por lo que se trataba en definitiva del cobro de una suma indebida que en un segundo estadio, se niegan a devolver a la persona que había realizado la transferencia a pesar de haber sido requeridos para allí, produciéndose de ese modo un injustificado e ilícito enriquecimiento de los acusados, paralelo al perjuicio sufrido por el transmitente. Los acusados sabían que el dinero recibido no obedecía a ninguna deuda de que la empresa fuese acreedora, ni a ningún negocio causal de la misma, ni existía razón alguna que justificara la recepción del dinero, por lo que se trataba de una recepción indebida, que no podía obedecer a otra causa que la del error del ordenante de la transferencia» (STS 598/2012, de 5 julio [RJ 2013\2300]).

* * *

«La peculiar figura jurídica del art. 253 del Código Penal de 1995 (...) es preciso también resaltar las diferencias esenciales que existen entre dicha figura y la de la estafa. En primer término, porque constituye elemento esencial de ésta el engaño o conducta engañosa en el culpable —elemento que en ningún caso concurre en la apropiación indebida—, y, por otra parte, en la apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal existe el incumplimiento, por parte del culpable, de la obligación civil impuesta en el artículo 615 del Código Civil (LEG 1889, 27) («el que

encontrare una cosa mueble (...) debe restituirla al anterior poseedor...»), que evidentemente no concurre en la conducta fraudulenta de la estafa. Con independencia de ello, es patente que la conducta descrita en el artículo 253 CP no contempla en su integridad la total antijuridicidad del comportamiento enjuiciado: el acusado no solo se apoderó del cheque ajeno extraviado sino que, además, lo presentó al cobro en una oficina bancaria, donde fue atendido, haciendo efectivo así el lucro patrimonial perseguido, para lo cual aparentó ser el poseedor legítimo de dicho título valor, conducta verdaderamente engañosa, propia del delito de estafa, sin la que difícilmente podría considerarse penalmente típico el apoderamiento del cheque. En todo caso, es igualmente destacable la diversa gravedad de las penas con que en el Código Penal se castigan ambas figuras delictivas» (STS 260/2005, de 28 febrero [RJ 2005\2565]).

* * *

«...comparados los dos tipos penales de referencia, se da entre ellos una similitud de ubicación sistemática, ya que figuran en la misma sección [...] también la coincidencia en el hecho base de la adquisición de la posesión de una cosa ajena y su irregular conversión en propio sin la voluntad de su dueño; y, esto, cuando existía una clara obligación de restitución o entrega de la misma.

Así, pues, la única diferencia de relieve radica en el modo de acceso a la posesión del bien, que en el supuesto del art. 252 CP tendría que ser alguno de los títulos jurídicos que enumera u otro similar; mientras que en el del art. 253 bastaría una mera vía de hecho» (STS 554/2002, de 21 marzo [RJ 2002\4438]).

* * *

«...la apropiación indebida de que aquí se trata es la tipificada en el artículo 253, de características totalmente distintas a las señaladas en el artículo anterior, ya que sólo requiere para su comisión el «apropiarse de cosa perdida o de dueño desconocido». Es decir, esta infracción delictiva es prácticamente equiparable a lo que, después de la reforma de 25 de junio de 1983 (RCL 1983, 1325, 1588), se llamó en el Código de 1973 (RCL 1973, 2255) «hurto de hallazgo» (art. 514.2), lo que supone que esa modalidad de la apropiación indebida del artículo 253 del vigente texto (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), tiene propiedades homogéneas con el hurto, delito menos grave que el robo por el que fue acusado el ahora recurrente» (STS 995/2002, de 13 enero [RJ 2003\420]).

* * *

«En relación con la distinción entre cosa perdida y cosa abandonada, debemos acudir a la doctrina jurisprudencial clásica que establecía que la cosa se podía considerar como perdida cuando por su propia naturaleza y ostensible valor no sea verosímil que pudo ser abandonada por su dueño, como acontece cuando se trata de un objeto, como el presente, que por sus características y por el lugar donde aparece, puede dar a entender al que lo encuentra que se trata de una cosa perdida.

Pero el actual tipo penal, hace una significativa ampliación del ilícito, para los que apropiaren de cosas cuyo dueño sea desconocido. En ningún caso se puede extender el tipo, a las cosas abandonadas cuya ocupación permite el Código Civil en el artículo 610, sino solamente a aquellas que por las especiales circunstancias en las que son encontradas, denotan su pérdida o la existencia de un titular desconocido» (STS 1807/1999, de 22 diciembre [RJ 1999\9245]).

6.4. El delito de defraudaciones de fluido eléctrico y análogas

6.4.1. *Defraudación de energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos (Art. 255)*¹⁴

6.4.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 91

El acusado Pedro es administrador único de «Domais, S.L.», sociedad que explota el Hotel Rey Fernando situado Jaén, y también presidente y consejero delegado de «Torrefaz, S.L.», empresa que explota el Hotel Torrefaz situado en Torredelcampo (Jaén). En fechas no determinadas, pero a raíz de que el consumo de energía eléctrica en ambos hoteles disminuyó ostensiblemente a partir de 2011 y, principalmente, gracias a una llamada anónima que en el primer semestre de 2013 avisó de un posible fraude, la «Compañía Sevillana de Electricidad, S.A.» giró sendas visitas de inspección a los contadores de los mencionados establecimientos. Así, el 13/07/13 hubo de levantarse acta por funcionario competente de la Consejería de Industria de la Junta de Andalucía (Delegación Provincial de Jaén), acompañado de Inspectores de Sevilla, relativa al nuevo precinto de los contadores de electricidad del Hotel Rey Fernando de Jaén, pues con anterioridad habían sido rotos los precintos y, al menos uno de los contadores, manipulado en el integrador o ruedas que miden el consumo de energía eléctrica. También, el 26/07/13, un Asesor Técnico de la Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía (Delegación Provincial de Jaén) con asistencia de personal de Sevilla levantó acta relativa a los contadores de electricidad del Hotel Torrefaz de Torredelcampo, detectando que tres de los cuatro contadores tenían el precinto roto, y que el integrador del contador que registra el consumo activo —el más importante— había sido manipulado. El acusado prestó su consentimiento a dichas manipulaciones con el fin de obtener un enriquecimiento injusto, aunque negó esta realidad apuntando a posibles averías de los contadores. La Compañía Sevillana de Electricidad ha sufrido importantes pérdidas económicas como consecuencia de tales manipulaciones durante los ejercicios 2011, 2012 y buena parte de 2013.

CASO N.º 92

Ha quedado probado y así se declara que desde que comenzara su mandato como alcalde José en el Ayuntamiento de Laroles (Granada) en junio de 2011, se comprobó que varios vecinos de la localidad venían haciendo unos consumos de agua muy inferiores a la media, procediendo a efectuar una labor de control de los contadores. Así, se detectó que en un corral propiedad del acusado Obdulio, mayor de edad y sin antecedentes penales, en cuyo interior tenía más de treinta perros, varios cerdos y un rebaño de ovejas, se estaban consumiendo apenas 2 m³ de agua al cuatrimestre. Alertado por dicha escasez de consumo mantenida en el tiempo en fecha 11/02/13 el Alcalde junto con el encargado de servicios múltiples del Ayuntamiento, acudieron al corral citado, entrevistándose con la esposa y el hijo del acusado, ofreciendo el cambio de la ubicación del contador de agua para situarlo más próximo a la tubería, pero no dejaron que se hiciera. Al día siguiente el encargado citado y otro empleado del Ayuntamiento procedieron a levantar la calle para llegar al contador comprobando que por

¹⁴ A partir de la reforma operada con la L.O 1/2015 el artículo 255 CP sancionará también los casos en los que la cuantía de lo defraudado no exceda de 400 euros.

debajo de la tubería se había instalado por el acusado Obdulio una goma de abastecimiento de agua que se dirigía directamente al corral de su propiedad sin pasar por el contador. Valiéndose de este mecanismo Obdulio llevaba al menos desde junio de 2011 consumiendo agua sin abonar el correspondiente importe al Ayuntamiento de Laroles. Habiéndose hecho una media del consumo de otros domicilios por parte del empleado de obras del Ayuntamiento citado, se informó al Alcalde de que la suma no abonada por el uso de este mecanismo mendaz era de 800 euros.

CASO N.º 93

Con fecha 01/06/08, Lorenzo alquiló la vivienda sita en la Avenida Madrid n.º 2, de Barcelona, propiedad de Luis, y la cedió a su ex esposa Gloria y a su hijo Cayetano, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, quienes ocuparon la vivienda mencionada desde esta fecha hasta el 30/03/10. Como los inquilinos dejaron de pagar la renta y los recibos de los distintos suministros desde el segundo mes, Luis solicitó a Iberdrola el cese del suministro de energía eléctrica. Ante esta situación, Gloria y Cayetano decidieron conectar los cables de la instalación eléctrica de la vivienda a la red de suministro de Iberdrola, sin contador y sin autorización de la Compañía suministradora, de forma que dispusieron de energía eléctrica desde el 14/11/08 hasta el 30/03/10, pese a que en distintas visitas el inspector cortó la conexión, lo que no era óbice para que los referidos ocupantes de la vivienda volvieran a empalmar los cables. El consumo estimado durante el mencionado período de tiempo asciende a 1.540,71 euros. Aunque tiene suficiente capacidad intelectual para conocer el carácter fraudulento de la conexión, Cayetano actuó con su capacidad volitiva intensamente disminuida a causa del trastorno psicótico complejo que padece.

CASO N.º 94

La acusada Melisa, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietaria de la vivienda sita en la Calle Carretas n.º 2, de Sevilla, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, realizó un puente con un manguito de PVC entre la tubería de suministro de agua potable y la tubería que da acceso al agua potable al interior de la vivienda, sin que exista contador alguno, ni contrato con la empresa suministradora de la que se dio de baja. Norberto, hijo de la acusada, junto con su madre, ha venido disfrutando del suministro de agua potable en dicha vivienda durante el período de 01/01/10 al 01/04/11, cantidad de suministro de agua cuyo valor es 888 euros y que la empresa «Urbaser S.A.», empresa suministradora del agua potable en la ciudad de Sevilla reclama.

6.4.1.2. Jurisprudencia

«Llegado a este punto es preciso recordar que el artículo 255 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) incluido en la Sección 3.ª, del Capítulo VI, que regula las defraudaciones, sanciona la utilización de energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluidos ajenos por alguno de los medios que el propio artículo define: 1.º) Valerse de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2.º) Alterar maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores; y 3.º) Emplear cualesquiera otros medios clandestinos.

De todo ello se deduce que el bien jurídico protegido en este delito, es la propiedad o valor de la cantidad defraudada a tenor del uso indebido que se tipifica, constituyen-

do la acción típica el apoderamiento indebido mediante la existencia de los mecanismos específicos que permitan el uso ilícito, o a través, del trucaje de los aparatos contadores o cualquier otro medio secreto, oculto o ilícito, que será susceptible de producir el mismo resultado estando considerado dicho delito como de resultado siendo éste la producción de un perjuicio al sujeto pasivo, consumándose desde el momento en que se utiliza el elemento, energía o fluido ajeno con un método que impida la contabilización o el cobro del importe del servicio utilizado.

Requisitos que indudablemente se cumplen en el acusado, pues si bien no se ha acreditado que él efectuase directamente la manipulación, toda vez que demostrar este extremo es ciertamente dificultoso y supondría la práctica imposibilidad de aplicar este precepto penal en cuasi la totalidad de supuestos, no puede dudarse de que era conocedor del misma, como se deduce de la circunstancia de ser la única persona beneficiada de tal vinculación» (SAP de Girona 252/2015, de 5 mayo [JUR 2015\166362]).

* * *

«“clandestino” equivale a secreto u oculto, entendemos que los medios clandestinos a que se refiere la norma son aquéllos que impiden al suministrador o propietario del fluido el conocimiento de que está siendo víctima de una defraudación» (SAP de Granada 243/2015, de 20 abril [JUR 2015\223312]).

* * *

«Es indiferente que la recurrente supiese que el coste del suministro eléctrico que no pagaba se cargaba a un vecino o a la compañía eléctrica, que la recuperación del suministro fuese consecuencia de un «puente» con otro contador o de la colocación del fusible retirado en el contador precintado. En ambos casos existiría defraudación y que el defraudado fuese uno u otro sujeto no alteraría la calificación de la conducta» (SAP de A Coruña 117/2015, de 31 marzo [JUR 2015\123021]).

* * *

«El artículo 255 del Código Penal (...) tiene una naturaleza estrictamente patrimonial, protegiendo exclusivamente los intereses económicos de las empresas suministradoras de electricidad, gas, agua u otros elementos, energías o fluidos» (SAP de Madrid 225/2014, de 11 abril [ARP 2014\1086]).

* * *

«...Se configura como un ilícito penal de resultado que es la producción del perjuicio al sujeto pasivo.

Por tanto, por un lado es necesaria la alteración de los aparatos contadores o el empleo de cualquier otro medio secreto u oculto. Y por otro lado, ha de acreditarse el perjuicio; la derivación irregular de energía no es conducta típica por sí sola, si no va acompañada de defraudación económica, mediante la manipulación o elusión de los medios técnicos puestos por las compañías suministradoras para la cuantificación económica del servicio. Y el perjuicio no puede presumirse en perjuicio de reo, sino que ha de ser objeto de cumplida prueba» (SAP de Tarragona 458/2013, de 25 noviembre [JUR 2014\21795]).

* * *

«En definitiva, la acción cometida genera el lucro para el sujeto activo y el correlativo perjuicio para el titular de la energía o fluido ilícitamente distraído, concurriendo así los elementos objetivos y subjetivos, esto es, la utilización ilícita del fluido eléctrico sin contrato, abono o autorización alguna, y realizada con la intención de defraudar, aprovechándose en beneficio propio, de forma dolosa o con conciencia clara de la ilicitud de tal comportamiento, excluyéndose así la comisión culposa» (SAP de Jaén 139/2013, de 29 mayo [JUR 2013\253108]).

* * *

«...que sujeto activo del delito es aquélla persona que se beneficia conscientemente del fraude, al disfrutar a lo largo de un dilatado periodo de un servicio sin formalizar el preceptivo contrato y sin pagar contraprestación alguna por su utilización, independientemente de que sea el propietario, arrendatario o simple ocupante o morador de la vivienda que recibe el suministro de agua por procedimientos ilícitos y cualquiera que fuese le autor material de la colocación del latiguillo mediante el que se conectó a la red general (S.A.P de Almería de 31-1-2008 y S.A.P. de Las Palmas de 18 -6-2008).Podríamos plantearnos como hace la jurisprudencia si se comete el delito por quien utiliza mecanismos ya instalados, aunque se ignore quien fue su instalador, concluyendo que en este caso se consuma la conducta porque para ello nuestra jurisprudencia exige que esa utilización se haya efectuado con el propósito de defraudar (STS 29 de enero de 1982)» (SAP de Málaga 701/2011, de 19 diciembre [JUR 2012\65233]).

* * *

«...la cuantía de la defraudación viene determinada por el importe real de fluido consumido y no por la liquidación unilateral efectuada por las compañías suministradoras» (SAP de Granada 388/2011, de 21 junio [JUR 2011\358185]).

* * *

«...uno de los medios típicos será la alteración de los aparados contadores entre los que resulta evidente se encuentra la acción de alterar por antonomasia cual es la de «sustituir» un contador proporcionado por la compañía que realiza su función, esto es, «leer el consumo» por uno antiguo que no realiza tal lectura» (SAP de Santa Cruz de Tenerife 88/2011, de 18 febrero [JUR 2011\217952]).

* * *

«...la medición exacta de lo defraudado, sea gas, agua, electricidad u otro fluido o energía es una operación complicada precisamente porque los consumos conseguidos ilícitamente quedan fuera del conducto de un aparato medidor. Por ello este tipo de cálculos han de efectuarse en relación a otros parámetros fiables a partir de los cuales deducir la cifra relevante para el proceso, cálculo que no puede impugnarse, pues siendo obvio que no puede determinarse por contador de agua consumida, y defraudada, por lo mismo que fue la acción de colocar el referido latiguillo lo que impide su correcta medición, resulta forzoso calcular la defraudación deduciéndola de otros datos objetivos. Como en otras ocasiones ha declarado esta Audiencia a propósito de la indemnización a abonar por el condenado como consecuencia de ese suministro fraudulento de agua, a la vista del informe elaborado por la empresa suministradora, según el cual la liquidación por fraude se debe calcular conforme al art. 93 del Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua de la Junta de Andalucía, Decreto 120/1991 de 11 de junio,

calculando un consumo de tres horas diarias de utilización ininterrumpida y durante el plazo que medie entre la adquisición de la titularidad o derecho de uso de las instalaciones citadas, y el momento en que se haya subsanado la existencia del fraude detectado, sin que pueda extenderse en total a más de un año» (SAP de Almería 35/2008, de 31 enero [JUR 2008\218013]).

* * *

«Por el contrario, la discrepancia que La Sala mantiene respecto a la calificación a la que llegó la Juzgadora a quo estriba en considerar que la relación de colisión, a dirimir conforme al concurso de normas y no de delitos, por infracción del mismo bien jurídico protegido, que se produce entre los delitos de estafa informática y de defraudación de telecomunicaciones, no puede resolverse acudiendo al criterio de la alternatividad del apartado 4 del artículo 8 del CP y; por tanto, no puede llevarnos a aplicar las penas señaladas para el delito de estafa, por ser de los dos posibles y en que tendría encaje la conducta del acusado el más grave, sino conforme al principio de la especialidad (regla 1.^a del artículo 8), porque cuando la manipulación informática ha sido empleada para apoderamiento de datos y programas con los que confeccionar una tarjeta o mecanismo similar, que sirva a modo de llave, o mecanismo clandestino para consumir alguna de las defraudaciones que regula el artículo 255 (apartados 1 y 3) y entre ellas la de las telecomunicaciones —con independencia de que ello pudiera infringir otros tipos delictivos, como podrían ser los derechos de propiedad intelectual, respecto de los programas de ordenador propiedad de la sociedad de telecomunicaciones defraudada que incorporan dichas tarjetas o llaves, y en consecuencia para disfrutar de tales suministros de energía o telecomunicaciones gratuitamente y sin abonar su coste, constituyendo, precisamente, la transferencia de activos patrimoniales en la falta de pago de esos suministros energéticos o de telecomunicaciones, debe ser incardinada en el delito de defraudación de las telecomunicaciones del artículo 255 del CP, por haber sido expresamente previsto por el Legisladora para castigar este tipo de conductas defraudatorias, mientras que las más genéricas manipulaciones informáticas o que comporten el uso un artificio semejante y que tengan por objeto la transferencia de activos patrimoniales distintos de los consistentes en el disfrute ilícito y sin contraprestación de los suministros de energía y de telecomunicaciones y que no tengan especial encaje en esa norma, habrán de ser reconducidas al tipo genérico de la estafa informática del artículo 248.2» (SAP de Islas Baleares 16/2006, de 18 enero [JUR 2006\120807]).

* * *

«Por otra parte tampoco cabe estimar que no esté acreditado en autos la participación del acusado en la comisión del delito, con el argumento de que nadie le vio cometerlo, colocar el latiguillo, porque no se tiene en cuenta que la prueba de la participación puede ser directa, como indirecta y basada en datos acreditativos de los que aquella participación se deduzca lógicamente y racionalmente como consecuencia necesaria. Y en este caso, excluida por ilógica, toda hipótesis de intervención de un tercero desconocido, que hubiese querido aliviar por su cuenta de la carga de tener que pagar todo el agua consumida por el acusado, es evidente que el hecho mismo de ser el recurrente el único beneficiario del fraude producido, es suficiente para deducir con toda racionalidad su autoría en la defraudación cometida» (SAP de Jaén 127/2000, de 28 junio [ARP 2000\1706]).

6.4.2. *Uso de equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento de su titular (Art. 256 CP)*¹⁵

6.4.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 95

El acusado, Armando, mayor de edad y sin antecedentes penales, obtuvo por medio que no consta suficientemente acreditado, la tarjeta telefónica correspondiente al n.º 600909600, propiedad de la mercantil «Factory Store S.L», que había sido sustraída de su sede sita en la calle Emperatriz n.º46, de Marbella (Málaga), y sin consentimiento del titular de la tarjeta, la insertó en su propio teléfono móvil. Durante los meses de marzo, abril y mayo de 2011, Armando efectuó, y dejó efectuar a terceros, diversas llamadas telefónicas, conexiones a Internet, y bajarse tonos de llamada, generando con ello un consumo total de 1.798,64 euros, que le fue facturado por la compañía Vodafone a «Factory Store S.L.». El legal representante de «Factory Store S.L.» reclama por los perjuicios causados. No resulta suficientemente acreditado que el acusado Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, tuviera conocimiento que el teléfono móvil que le prestó el acusado Armando, para realizar algunas llamadas tuviera insertada una tarjeta de la que este último no era el titular.

CASO N.º 96

La acusada Marina, mayor de edad, de nacionalidad ecuatoriana, en situación legal en nuestro país, y carente antecedentes penales, trabajaba en el año 2011 y 2012 como empleada de servicio doméstico interna, en la vivienda de Virginia, sita en el Paseo de los Tristes, n.º 8 de Granada. Durante los meses de octubre de 2011 a enero de 2012, la acusada aprovechando la facilidad que estas circunstancias le otorgaban, y sin consentimiento de la titular, efectuó desde el teléfono de la vivienda de Virginia, 110 llamadas a Ecuador, que supusieron un coste total de 733,44 euros a cargo de esta última como titular de la línea telefónica. No ha quedado acreditado a través de la prueba practicada en el acto del juicio que la acusada sustrajese dinero, ni joyas de la vivienda, ni que utilizase tarjetas de Virginia para efectuar recargas en teléfonos móviles.

CASO N.º 97

Carmelo, mayor de edad, sin antecedentes penales, con fecha 10/09/14 fue contratado por la empresa «Casas y viviendas, S.L.» para ocupar el puesto de encargado de obra. Para el desempeño de su trabajo le fue entregado un teléfono móvil, debiendo hacer uso exclusivo de éste en el ámbito laboral. Con fecha 31/10/14, el acusado como trabajador de la referida empresa cesa en la prestación de servicios recibiendo el correspondiente finiquito, sin embargo, no efectuó la devolución del terminal de telefonía móvil Nokia 6021, que le fue entregado en el desempeño de su trabajo, el cual ha sido valorado pericialmente en 130 euros. El acusado desde esa fecha hasta el 16/01/15 efectuó una utilización particular del teléfono móvil con n.º 659944225, generando facturas por importe global de 1.676,06 euros hasta que la empresa titular de la línea telefónica precintó a su baja en la compañía Movistar.

¹⁵ A partir de la reforma operada con la L.O 1/2015 el artículo 256 CP sancionará también los casos en los que la cuantía de lo defraudado no exceda de 400 euros.

CASO N.º 98

Son hechos probados y así se declaran que la acusada, Ariadna, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajó como monitora para la entidad «Medio Ambiente S.L.» en el centro de trabajo «Centro de Educación Ambiental de Caserío de Henares» y denominado en el ámbito laboral «Los Huertos». Ariadna, desde el 15/02/00 hasta que el 31/01/03 causó baja voluntaria. En fecha no determinada pero que puede situarse en abril de 2002, la empresa para la que trabajaba la acusada decidió cambiar de compañía suministradora de telefonía contratando ese servicio con Vodafone, la cual, además del suministro de telefonía proveyó a la empresa de nuevos terminales que fueron entregados por «Medio Ambiente S.L.» a sus trabajadores, a los que comunicó que, debido al cambio efectuado, no deberían volver a utilizar los terminales de Movistar, compañía que hasta ese momento venía prestándoles el servicio, dejándose, al menos el terminal correspondiente al n.º 677655677, en el cajón de una mesa del centro de trabajo. Tres meses después, la dirección de la entidad «Medio Ambiente S.L.», decidió volver a utilizar los terminales de la compañía de telefonía Movistar, haciendo entrega del correspondiente al n.º 677655677 a una trabajadora de un centro de trabajo distinto a «Los Huertos», momento en el que se percataron de que ese terminal carecía de tarjeta SIM, solicitando de la empresa suministradora un duplicado de esa tarjeta. Realizado y entregado por «Telefónica Móviles» ese duplicado se instaló en el terminal que fue entregado a Leticia quien lo devolvió transcurrida una semana manifestando que no funcionaba, guardándose el terminal en la empresa con la intención de darle de darle de baja en la compañía suministradora lo que finalmente se hizo el 04/07/03. Entre abril de 2002 y el 04/07/03 el número de teléfono n.º 677655677 generó facturas con consumo por importe total de 389 euros. Las llamadas eran destinadas a Manuel, novio de Ariadna.

CASO N.º 99

Durante el primer trimestre del año 2014, cuando el acusado Jesús Carlos realizaba labores de desmontaje en la nave sita en la calle Villalbino, n.º 1 del Polígono Industrial Cobo Calleja de la localidad de Fuenlabrada, encontró un teléfono móvil propiedad de la empresa «DHL S.L.» haciéndolo suyo y tras comprobar que el mismo disponía de tarjeta SIM, correspondiendo la misma al número de teléfono 669559884, la insertó en el teléfono móvil de su propiedad haciendo uso de dicha línea desde ese momento hasta su detención en fecha 17/09/14, cuyo coste desde marzo de 2014 a septiembre del mismo año ha sido abonado por la empresa propietaria del móvil ascendiendo la cuantía total a 5.688,79 euros. El acusado fue detenido el 17/09/14 por la Guardia Civil interviniéndole un teléfono móvil marca Nokia el cual tenía insertado una tarjeta SIM correspondiente al número de abonado 669559884.

6.4.2.2. Jurisprudencia

«En los casos de utilización indebida de la tarjeta SIM de otra persona (hecho acreditado que no se discute por el recurrente), que se introduce en el teléfono propio existe uso indebido de terminales de telecomunicación porque lo que realmente hace operativo al teléfono móvil y permite la utilización del servicio de telefonía internet etc a cargo del legítimo titular es precisamente la tarjeta, que no es parte del teléfono sino que por si sola funciona como terminal con independencia del concreto aparato en el que se instale.

En cuanto a la invocada ausencia de conocimiento de que su uso perjudicaba al titular de la tarjeta resulta inverosímil por ser notorio y porque esa era la razón por la que el acusado la prestaba a amigos y familiares para que efectuaran llamadas a extranjero» (SAP de Valencia 930/2014, de 16 diciembre [JUR 2015\76415]).

* * *

«Señala la doctrina que conviene delimitar claramente el ámbito típico del art. 256 del C.P. del art. 255 del C.P. ya que existe un área común, consistente en la comisión de defraudación por valor superior a 400 € utilizando telecomunicaciones. En relación a esta modalidad el art. 255 C.P. es especial, pues exige que para cometer la defraudación se utilice alguno de los medios a que alude: valerse de mecanismos instalados para realizar la defraudación, alterar maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores o emplear cualesquiera otros medios clandestinos. Cuando el uso no autorizado tiene lugar sin la utilización de medios clandestinos, mediante el simple empleo no consentido del equipo terminal conforme a su destino, se debe aplicar el art. 256 del C.P. que pese al inferior desvalor de la acción prevé la misma pena, multa de tres a doce meses.

Ahora bien entendiendo necesaria una interpretación restrictiva, puesto que en las relaciones laborales existen suficientes instrumentos para resarcir los perjuicios económicos ocasionados por la utilización abusiva de equipos de esta naturaleza, se aconseja reducir al máximo el recurso a la sanción penal.

Por ello se ha exigido para su punición la existencia de comportamientos engañosos, corriente esta (Córdoba Roda/ J./ García Arán, M. (Dir.), comentarios al Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), Parte especial, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004) que no se ha impuesto en la práctica al desaparecer la utilización subrepticia que pretendía exigir el Proyecto del Código Penal de 1994.

En el caso que se analiza, consideramos al igual que S.A.P. de Segovia de 10-2-2003 y S.A.P. de Asturias de 27-10-2005 (JUR 2005, 272430), que los hechos son constitutivos del delito del art. 256 del C. Penal, al existir un uso malicioso y torticero de un móvil que fue entregado para ser usado exclusivamente para cuestiones relacionadas con el trabajo y que debía devolver al finalizar la relación laboral, lo que no hizo» (SAP de Cantabria 567/2012, de 2 noviembre [JUR 2012\391346]).

* * *

«El artículo 256 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) dispone la sanción al que «hiciera uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular», así pues, es el uso inconstentido lo que se castiga, no el uso indebido. IbeX European Express, S.L. consintió el uso del teléfono móvil al acusado (para eso se lo entregó) y, por tanto, no concurre el elemento principal del tipo penal. No cabe hacer una interpretación extensiva de la norma (art. 4.2. Cc. y art. 1.1 Cp) y vulneraría el principio de intervención mínima del Derecho Penal criminalizar el uso indebido de un teléfono asignado con ocasión del desempeño de funciones laborales o profesionales. La eventual ilicitud de determinados usos tiene otras vías de solución, y, de hecho, en el documento de entrega del teléfono móvil (folio 10) ya prevén una las partes contratantes» (SAP de Álava 352/2012, de 15 noviembre [JUR 2013\154539]).

* * *

«...como han señalado, entre otras, las sentencias de la AP de Zamora de 26-2-2003 (JUR 2003, 85568) de Burgos —sección 1.^a— de 27-9-2001 y de Baleares

—sección 1.^a— de 11-11-1999 (ARP 1999, 533) los requisitos que exige el citado tipo penal son: a) la utilización de un terminal o teléfono móvil por quien no aparece como titular del mismo; b) la falta de consentimiento por parte de su titular para esa utilización efectuada por el sujeto activo de la infracción; c) la causación de un perjuicio económico en cantidad superior a la establecida en el precepto legal (50.000 ptas.); y d) el elemento subjetivo del injusto típico que ha de abarcar la falta de consentimiento del titular del equipo telefónico y el perjuicio económico para el mismo» (AAP de Soria 33/2004, de 6 de febrero [JUR 2004/81992]).

7. FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN¹⁶

7.1. Alzamiento de bienes (Art. 257)

7.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 100

El día 1 de octubre de 1996 se formalizó notarialmente la venta por parte de la entidad mercantil Grapesberry SL. a la entidad Finamerco, SL. —representada en ese acto por Maribel— de la totalidad de las acciones de la entidad mercantil Bodegas Garvey, SL. así como la cartera de propiedad industrial ligada a la actividad de dicha empresa (valorada en 16.373.000 de pesetas-98.403,71 euros), que compró la entidad Finamerco, SL. pactándose un precio total de 650 millones de pesetas, satisfaciéndose en el acto 50 millones de pesetas y aplazándose el pago de los restantes 600 millones de pesetas en diez pagos semestrales de 60 millones con vencimientos sucesivos a contar desde el 1 de octubre de 1996.

El día 30 de julio de 1997 se formalizó en escritura pública el contrato privado de compraventa de 29 de mayo de 1997 por el que Finamerco, SL.-representado por Pedro Jesús como administrador solidario— vendió a la entidad holandesa Wijn Terminai Amsterdam B.V —representada por Artemio, apoderado el 21 de mayo de 1997 por su gerente don Gabino para tal acto— las participaciones de Bodegas Garvey, SL. por el precio de 625 millones de pesetas.

Se pactó el pago del precio en el plazo de seis meses y, mediante documento complementario refiriendo los incidentes acontecidos con Grapesberry, SL. por el contrato de 1 de octubre de 1996, se previó la prórroga de tres meses más para el pago aplazado del precio.

En fecha 18 de agosto de 1997, la entidad mercantil F.B. Roders BV. emitió un cheque por importe de 409.999.590 pesetas correspondiente al pago de parte del precio de la compra de Bodegas Garvey, SL. por parte de la entidad compradora Wijn Terminai Amsterdam B.V cheque ingresado y contabilizado en la cuenta corriente en la entidad bancaria Banesto de la que era titular Finamerco, SL.

Al siguiente día 19 de agosto de 1997, Pedro Jesús, en su calidad de administrador solidario de la entidad Finamerco, SL. emitió un cheque librado contra la anterior cuenta corriente de la que era titular Finamerco, SL. por importe de 410 millones, emitido al portador, que fue cobrado en efectivo ese mismo día, estableciéndose en el libro diario de Finamerco, SL. que dicho cheque fue contabilizado en la cuenta de «socios y administradores».

¹⁶ Nueva intitulación del Capítulo tras reforma del Código Penal por la L.O. 1/2015, con anterioridad el Capítulo se intitulaba «Insolvencias Punibles».

Don Pedro Jesús, en la misma fecha 19 de agosto de 1997, después del cobro en efectivo del cheque librado en representación de Finamerco, SL., transmitió el importe del referido cheque a la entidad mercantil Gaín Inversiones, SL., respecto de las que no consta tuviera relación comercial con Finamerco, SL.

El día 18 septiembre de 1998 Gloria, actuando en representación de Finamerco, SL.-administradora solidaria—, y doña Zulima, en representación de Engels Overseas, LTD., elevaron a escritura pública el contrato privado de compraventa de 28 de abril de 1998 por el que Finamerco, SL. vendía a Engels Overseas, LTD. las marcas y nombres comerciales industriales utilizados por la empresa Bodegas Garvey, SL. que se especifican, por el precio de 3.630.000 pesetas, precio que se fijó se realizaría mediante un pagaré con vencimiento el 2 de octubre de 1998.

En esa misma fecha de 18 de septiembre de 1998 se formalizó también en escritura pública el contrato de compraventa por la que Finamerco, SL. vendía a Engels Overseas, LTD., representadas por las mismas personas, Gloria y Zulima respectivamente, determinadas marcas y nombres comerciales e industriales que se relacionaban el Anexo, que había sido comprada por Finamerco, SL. a la empresa Grapesherry, SL., estableciéndose el precio de compraventa en 4.818.000 pesetas, que se pagarían mediante pagaré con vencimiento a 2 de octubre de 1998.

Mediante contrato privado de compraventa de fecha 10 de marzo de 1999 Plácido, actuando en representación de Promociones Red Hill 1797, SL. (administrador único), cedió a la entidad Finamerco, SL. pagarés librados por la entidad Innovaciones Voltoya, SL. a favor de Promociones Red Hill 1797, SL. por un importe total de 450.000.000 pesetas.

Mediante contrato de compraventa formalizada ante Agente de Cambio y Bolsa el 7 de mayo de 1999 la entidad Globint Capital B.V. (representada por Artemio) vendió a la entidad Finamerco, SL. (representada por Gloria) 134.8000 participaciones de la entidad Bambara, SL. por un precio total de 99.850.000 pesetas.

En fecha 28 de febrero de 2000, la representación de la entidad Management Inmobiliario SL, interpuso demanda sobre declaración de quiebra necesaria de la entidad Finamerco, SL. que fue repartida en el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Madrid que incoó el procedimiento de quiebra n.º 115/2000.

Ante la demanda que quiebra necesaria interpuesta por la entidad Management Inmobiliario, SL, el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Madrid en el procedimiento n.º 115/2000 dictó auto de 21 de marzo de 2000 declarando en situación de quiebra necesaria de la entidad Finamerco, SL., nombrándose como Comisario de la quiebra a don Emiliano y como depositario a don Gregorio, ordenándose la ocupación general de los bienes de la quebrada, de los libros, papeles y documentos del giro e inventario y depósito de aquéllas en la forma prevenida en el artículo 1046 del Código de Comercio, así como la retención de la correspondencia postal y telegráfica de la quebrada... acordándose la acumulación en este juicio universal de las ejecuciones pendientes contra la quebrada...».

En informe presentado en fecha 22 de enero de 2007 por don Lorenzo, Síndico del Procedimiento de quiebra necesaria de Finamerco, SL., tras las Juntas de acreedores y la aportación de diversa documentación, concluyó que la deuda que Finamerco, SL., en quiebra, debe a Grapesherry SL., asciende a 868.108,85 euros (144.441.159 pesetas).

Mediante sentencia n.º 200/2008, de 9 de mayo de 2008, dictada por la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid en el procedimiento 115/2000 se calificó a efectos civiles como fraudulenta la quiebra de la entidad mercantil Finamerco, SL.

CASO N.º 101

Los acusados Teodulfo —Representante Legal de Trus Vías y Obras—, empresas promotora, Carlos Ramón y Pablo Jesús —Representantes Legales de Gama Enterprises, S.L.— como empresa vendedora y Aurelio (Representante Legal de la empresa promociones Elyherran y administrador solidario de Promosur 99, S.L., como constructora subcontratada por Trus Vías y Obras, mayores de edad y sin antecedentes penales, proyectaron la construcción de unas viviendas, bajo la denominación «Lake View Mansions» en Torremondo, Orihuela (Alicante), encargándose de difundir la correspondiente publicidad la referida Empresa Gama. Los querellantes, Santiago, Santiago, Felipe, Ángela, Isidro, Consuelo, Marino, Flor y Prudencio, interesados en dicha promoción inmobiliaria tras contactar con la empresa Gama, y en concreto con el acusado Sr. Pablo Jesús, que se encarga de traerlos a España desde Londres y de girar la oportuna visita al lugar, fueron haciendo la reserva de las viviendas con el pago efectivo de la correspondiente señal. Posteriormente los citados querellantes comenzaron a formalizar sus contratos privados de compraventa, los Sres. Santiago y Santiago firman el contrato en fecha 19/12/00 y entregan la cantidad de 550.000 ptas., los Sres. Consuelo e Isidro el día 19/12/01 y asimismo hacen efectiva la suma de 550.000 ptas., los Sres. Marino y Flor lo suscriben en fecha 20/7/01 y entregan el importe de 540.000 ptas., el Sr. Prudencio el 26/7/01 y los Sres. Felipe y Sra. Ángela el día 10/6/02, entregando cada uno de ellos la suma de 2.500 euros. La finca de procedencia sobre la que se hizo la posterior declaración de obra nueva fue adquirida por la Empresa Truz Vías y Obras por compra a la entidad Alzira Golf, S.L., empresa urbanizadora, cuyo proyecto de urbanización y reparcelación fueron aprobados por el Ayuntamiento de Torrevejea en fecha 18 de diciembre de 2002. Una vez finalizadas las obras, se elevaron a escritura pública los citados contratos, excepto el de los Sres. Santiago y Santiago. El resto de compradores, tras leer el contrato y ser asesorados jurídicamente por un Letrado de Alicante, al que previamente habían entregado toda la documentación pertinente, lo elevaron a escritura pública en las siguientes fechas: los Marino y Flor, aunque éstos últimos ocuparon la vivienda en agosto de 2003, firmaron la escritura el día 19/12/2003, Sres. Consuelo e Isidro el 19/12/03, los Sres. Felipe y Sra. Ángela el 25/02/04 y el Sr. Prudencio también en fecha 19/12/03. En las referidas escrituras públicas se hizo constar que las viviendas se hallan sitas en el «Sector Proyecto de Reparcelación ADU-19 Lo Rufete de San Miguel de Salinas», mientras que en la publicidad se decía que las viviendas se iban a construir en Torremondo, por su proximidad, pero en definitiva el lugar era el mismo, sextor Adu-19, construyéndose por tanto en el mismo lugar que se proyectó, aunque perteneciente a distinto Término Municipal, con vistas acuáticas a las dos salinas de Torrevejea y al pantano de Torremondo. Los compradores tuvieron la ocasión de conocer el nombre correcto pues se hallaba en la escritura pública, y antes de la firma del contrato se personaron en el solar de las viviendas para cerciorarse de la situación, pareciéndoles correcta desde el momento en que elevaron sus contratos a escritura pública. Los Sres. Santiago y Santiago, únicos querellantes que no llegaron a otorgar escritura pública, fueron requeridos notarialmente por la Empresa promotora Trust Vías y Obras, S.L. a tal fin en varias ocasiones, siendo la primera de ellas en fecha 5 de mayo de 2004, y la última en fecha 8 de junio del mismo año, en la que también se adquirió la intervención del Sr. Notario para recibir en depósito el pagaré contra la Entidad Bankinter, S.A. oficina de Torrevejea, a favor de Santiago por importe de 18.072,00 euros, dando por resuelto el contrato con notificación a los efectos del artículo 1.504 del C.C. Por su parte los compradores requirieron notarialmente a la Empresa vendedora en fecha 12 de julio de

2004. En fecha 27 de julio de 2004, la citada vivienda —tipo f, n.º 43 de comercial, n.º 8 de policía, del Conjunto Residencial Lakeview Mansions de San Miguel de Salinas fue vendida por la Promotora Trust a la empresa Elyherran S.L. propiedad del acusado Aurelio. Finalmente consta probado que la citada empresa vendedora interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de resolución de contrato por incumplimiento contra los Sres. Santiago y Santiago con fecha de presentación en el Juzgado Decano de Torreveja en fecha 1 de septiembre de 2004, habiéndose formulado la presente querrela con fecha 30 de noviembre de 2004.

CASO N.º 102

La entidad Anundek, S.L. (en adelante Anundek) concretó, a través de su administrador único, Eleuterio, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 27 de junio de 2003 en un contrato privado la compra a D. Herminio, Isidoro y Jesús (en adelante los vendedores) de la totalidad de las participaciones sociales que éstos tenían en la entidad A.M.V. Erkenbrand, S.L. (en adelante AMV), por terceras partes iguales por un precio aplazado de 96.000 euros, que debía pagarse como máximo el día 29 de febrero de 2004.

Al contrato indicado se acompañaba un inventario de bienes y derechos de la mercantil, cuyo íntegro capital revendía, y un balance de situación, ambos a la fecha de 5 de mayo de 2003, y tal contrato y documento anexo suponían la entrega y recepción de todo el inventariado. Los vendedores respondían de la propiedad de los bienes y derecho y de los vicios ocultos así como de la validez del balance como de cierre a su fecha, bajo responsabilidad de dichos vendedores de la realidad de sus datos.

Tal contrato se realizó después de diferentes negociaciones, en que ambas partes estuvieron oportunamente asesoradas.

En sendas escrituras de 1 de julio de 2003, se elevaron a escritura pública la compraventa de participaciones sociales antedicha, así como el acuerdo de la Junta General de cese de los vendedores de sus cargos de administradores sociales, el nombramiento como Administrador único del Sr. Eleuterio y la declaración de unipersonalidad de AMV, siendo su dueña Anundek.

Fue una mala situación económica que tenía la sociedad AMV y la repercusión que la misma tenía en los tres socios-vendedores las que les movió a éstos a realizar esa venta a la mercantil Anundek, sin que éstos se encontraran en una situación económica angustiosa o desesperada. Dicha mala situación económica de AMV era conocida por Eleuterio, porque el pabellón de Anundek estaba contiguo al de AMV, tenía acceso a los locales de esta sociedad, realizaba con sus empleados labores de carga y descarga de AMV y atendía al teléfono de ésta, a cambio de que la misma sirviera de almacén para Anundek, que tenía escasez de espacio.

Después de la compraventa de AMV, Eleuterio, realizó una ampliación de capital en esta sociedad, compró nueva maquinaria para aquélla y empezó a tener beneficios económicos muy superiores a los que tenían cuando era propiedad de los antiguos vendedores y socios de AMV. Anundek contrató como uno de los encargados a Isidoro, siguiendo en su puesto hasta más allá de marzo de 2004. AMV siguió funcionando hasta el año 2006.

Anundek bien directamente o a través de AMV recibió en 2002, 2003, 2004 y 2005 subvenciones el Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo INEM) por un importe de 1.307.539,32 euros.

Entre abril y junio de 2004 los vendedores y antiguos socios de AMV elaboraron de acuerdo con Eleuterio y la asesoría fiscal de éste, Asesoría Gasteiz, S.L. un nuevo

balance, ya que aquél no aceptaba pagar el precio de las participaciones sociales de AMV alegando deficiencias en el balance inicial ejecutado y entregado en el momento de la compraventa inicial en junio de 2003.

Los vendedores presentaron en octubre de 2004 una papeleta de conciliación frente a Anundek, pidiendo el cumplimiento del contrato, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el día 9 de noviembre de 2004. Anundek, a su vez, presentó papeleta de conciliación frente a los vendedores en diciembre de 2004, solicitando la resolución del contrato, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 14 de enero de 2005.

El día 7 de marzo de 2005 los vendedores presentaron una demanda contra Anundek, reclamando la cantidad de 96.000 euros, más intereses contractuales y moratorios, que finalmente fue tramitada por el Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz. En tiempo y forma contestó Anundek, solicitando la desestimación de la demanda y reconviniendo en el sentido de solicitar la nulidad del contrato privado de 29 de febrero de 2004 y la escritura pública de 1 de julio de 2003 con los efectos inherentes a tal nulidad.

El día 23 de diciembre de 2005 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil, en la que se condenaba a Anundek al pago de los 96.000 euros, más intereses y costas y se desestimaba íntegramente la reconvención. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 23 de marzo de 2006.

Además de esos 96.000 euros, en el ejercicio de su actividad empresarial Anundek adquirió deudas por un importe de 46.000 euros con Torcuato, como consecuencia de los transportes realizados por éste para aquella sociedad. Igualmente aquella entidad adquirió diversa maquinaria por un valor de 222.585 euros a Euskotécnica, S.A. (en adelante Euskotécnica), que no se pagó. En el mes de agosto de 2006 esta sociedad retiró de Anundek una máquina objeto de la deuda, la cual quedó reducida por ello a la cantidad de 176.919,81 euros.

Eleuterio, conociendo la existencia de tales deudas, por su condición de Administrador único y propietario de Anundek, a finales del año 2005 y principios del año 2006 se reunió en varias ocasiones entre otras personas con Agueda, Luis Antonio, Aurora, Caridad, Pedro Miguel y Custodia, todos ellos mayores de edad, empleados de Anundek, explicándoles aquél a éstos que Anundek se encontraba con problemas de liquidez y que si querían conservar el trabajo tendrían que aportar dinero a Anundek, y crear otra empresa.

Agueda era también responsable de recursos humanos de Anundek, pero no consta que actuara como encargada o responsable en la misma, y sabía que había problemas de pago de salarios a los trabajadores, pero no consta que conociera la existencia de deudas con los acreedores arriba citados.

Luis Antonio, Aurora, Caridad, Pedro Miguel y Custodia eran empleados de Anundek y no conocían que Anundek tenía tales deudas, sabiendo solamente que existían problemas con el pago de ciertas nóminas con los trabajadores.

Finalmente, tras dichas reuniones, Eleuterio convenció a todas esas personas, y el día 14 de febrero de 2006 constituyeron la sociedad Granallados, Cortes, Vibrados y Montajes Especiales Vitoria S.L. (en adelante Gracorvi).

En esa sociedad, a Agueda se le asignaron 8485 participaciones, e Luis Antonio, Aurora, Caridad, Pedro Miguel y Custodia asumieron cada uno 303 participaciones, hasta completar las 10.000 participaciones. Agueda quedó nombrada como administradora única de esta nueva sociedad.

Para la constitución de esta sociedad y su puesta en marcha Agueda invirtió 60.000 euros de su propiedad y el resto de los socios pusieron cada uno 30.000 euros.

La entidad Caja Rural de Navarra prestó ese dinero a cada uno de los socios de Gracorvi, respondiendo frente a tal Caja del pago de dichos préstamos cada uno de los socios, hipotecando, en su caso, bienes o avalando los préstamos personales otras personas.

Agueda ese mismo día 14 de febrero y en la misma Notaría, en su condición de administradora única, otorgó un poder amplísimo a favor de Eleuterio con todo tipo de facultades para organizar y dirigir Gracorvi, contratar personal, celebrar contratos, etc.

El mismo día 14 de febrero Agueda otorgó una opción de compra de sus participaciones a Eleuterio.

Tres días más tarde, el día 17 de febrero de 2006, Eleuterio, por un lado, y el resto de los socios formalizaron dos contratos.

En el primero de ellos, aquél afirmaba que estos socios de Gracorvi habían hecho determinadas aportaciones en concepto de ampliación de capital y préstamo participativo para Anundek; que había librado unas letras por un importe de 119.030 euros para garantizar la devolución del capital aportado y que no habiéndose producido la ampliación y habiéndose devuelto las letras y denegado su pago, en concepto de pago de la citada deuda entregaba una maquinaria que se describía. Es decir, se formalizaba una dación en pago del préstamo.

En el segundo de ellos, los acusados, socios de Gracorvi, propietarios de dicha maquinaria «aportaban gratuitamente» esa maquinaria a Gracorvi, «pasando a ser la sociedad plena propietaria de la maquinaria» citada en el contrato, que coincidía con la descrita en el otro contrato de 17 de febrero de 2006.

Aunque formalmente, ante la Caja Rural, cada uno de los socios era el que pagaba el préstamo antes mencionado, previamente Gracorvi ingresaba a cada una de los socios la cuota del préstamo, por lo que realmente era Gracorvi la que pagaba el préstamo solicitado por éstos. Solamente cuando Gracorvi dejó de ingresar en las cuentas de los socios las cantidades correspondientes, comenzaron a pagar los socios dichos préstamos.

Todos los acusados, excepto Eleuterio, creían que todos estos actos jurídicos descritos tenían como finalidad seguir trabajando y resolver los problemas de liquidez de Anundek.

El dinero que pidieron prestado los socios de Gracorvi fue dedicado en parte a pagar nóminas atrasadas de trabajadores de Anundek (unos 120.000 euros) y otra parte a la compra de máquinas para Gracorvi (unos 100.000 euros).

Gracorvi se constituyó físicamente en un pabellón contiguo al que ocupaba Anundek, que siguió realizando, funcionando y ejecutando su objeto social. Ambas empresas estaban comunicadas por una puerta interior, que primero fue un portón y luego fue más pequeña. Trabajadores de Anundek trabajaban en Gracorvi y trabajadores de ésta realizaban labores en Anundek. En ocasiones las máquinas de producción pasaban a Gracorvi. Ésta tenía ciertos clientes comunes con Anundek, en especial Saljoar, S.A., aunque también tenía otros diferentes.

Gracorvi y Anundek realizaban labores empresariales que no eran iguales sino complementarias, realizándose labores de una u otra empresa indistintamente en ambos pabellones, pero trabajando ambas sociedades.

A raíz de una denuncia de un trabajador de Anundek, se llevaron a cabo unas visitas por la Inspección de Trabajo, la cual determinó en un informe que existía una vinculación entre Anundek y Gracorvi, estableciendo que se trataba de un grupo de empresas.

Como quiera que Anundek debía salarios a unos 30 trabajadores, éstos presentaron, con fundamento en tal decisión de la Inspección de Trabajo, unas demandas en

reclamación de sus salarios, y tres Juzgados de lo Social de Vitoria-Gasteiz determinaron que Gracorvi era también responsable del pago de los salarios devengados por Anundek, debiendo ambas sociedades pagar los mismos, al tratarse de un grupo empresarial.

Ante la imposibilidad de Gracorvi y sus socios de hacer frente a los pagos de los salarios, tales entidades terminaron de hecho su actividad.

Los Juzgados de lo Social número uno, dos y tres de Vitoria-Gasteiz, declararon la insolvencia de Anundek y Gracorvi y los Juzgados de primera Instancia número cinco y siete de Vitoria emitieron mandamientos de embargo contra varios acusados y Gracorvi, sin resultado.

Los antes mencionados vendedores, que habían obtenido una sentencia favorable del Juzgado de lo Mercantil, intentaron la ejecución provisional de la sentencia mediante el embargo de bienes de Anundek, embargando concretamente dos pabellones, pero que resultaban insuficientes para el cobro de la deuda, ya que sobre ellos pesaba una hipoteca.

Las deudas mencionadas en el párrafo primero de este apartado no han sido satisfechas ni parcial ni totalmente, no constando bienes a nombre de ninguna de las dos entidades suficientes para pagar tales deudas.

CASO N.º 103

Que el 11 de octubre de 2000 el acusado D. Feliciano, mayor de edad y sin antecedentes penales computables para esta causa, suscribió un contrato de franquicia con la entidad Body Factory Franquicias, S.L. en virtud del cual, y por un plazo vinculante para las partes de 10 años, prorrogables, ésta cedía al acusado el derecho a prestar los servicios, comercializar los productos y hacer uso de las marcas de la que era titular en el local destinado a gimnasio del que el acusado era arrendatario en la calle Maestro Mateo n.º 15, bajo, de Santiago de Compostela, a cambio de determinadas prestaciones de hacer, dinerarias y no dinerarias, a cargo del acusado.

Dicha actividad la ejerció el acusado en el mencionado local a través de la entidad Actina Sport, S.L. de la que era único socio y administrador único desde su constitución el 24 de octubre de 2000 usando inicialmente el nombre comercial de Body Factory y, a partir del año 2005, el de Factory Homet.

A sabiendas de que ya desde el año 2005 Body Factory le reclamaba el pago de determinadas cantidades y el cumplimiento de otras obligaciones derivadas del contrato con apercibimiento de resolución del mismo y el ejercicio de las oportunas acciones legales, el acusado procedió el 1 de marzo de 2008 a transferir la propiedad de la maquinaria con que se ejercía la actividad mercantil a la entidad Triptofano S.L., constituida el 18 de octubre de 2007 por él y por su padre como únicos socios, siendo el acusado desde entonces el administrador único, y a alquilar en nombre de esta entidad el local sito en el n.º 17 de la calle Maestro Mateo en el que se continuó explotando la actividad de gimnasio por Triptofano con el nombre comercial de Factory Fitness. A través de varias operaciones financieras el precio correspondiente a tal maquinaria (180.000 euros) fue asumido por Triptofano y con él se pagó a la sociedad arrendadora del local n.º 15 parte de la deuda pendiente de Actina por impago de rentas, que había dado lugar a sentencia de desahucio por falta de pago ese año 2008.

Asimismo, cuando el acusado conoció el 24 de junio de 2008, a través de su emplazamiento en las Diligencias Preliminares n.º 615/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Santiago de Compostela promovidas por Body Factory, la intención de ésta de hacer valer sus derechos en el contrato de franquicia suscrito con el acusado, el

acusado procedió el 1 de julio de 2008 a hacer desaparecer del tráfico mercantil a Actina Sport, S.L. mediante su disolución, liquidación y extinción, prescindiendo de sus acreedores.

Consecuentemente, pese a que en el procedimiento arbitral promovido el 1 de septiembre de 2008 por Body Factory contra Actina Sport se dictó el 25 de mayo de 2009 laudo en el que se condenaba a esta última a abonar a la demandante la cantidad de 9.043,11 euros en concepto de facturas, royalties y publicidad adeudadas y no pagadas derivadas del contrato de franquicia de 11 de octubre de 2000 así como la de 63.330,61 euros en concepto de indemnización más costas e intereses, la ejecución forzosa de dicho laudo arbitral instada el 24 de junio de 2010 y recaída en el Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid resultó ineficaz.

CASO N.º 104

Que el acusado Jose Enrique (mayor de edad y sin antecedentes penales) fue administrador de la entidad gestión de Obras para Empresas Goesa cargo que ejerció hasta el 28 de septiembre del año 2000, fecha en la que se acordó la liquidación de dicha sociedad y se nombró al acusado Adolfo (mayor de edad y sin antecedentes penales) administrador liquidador de la entidad.

Adolfo asumió dicha función de liquidación sabedor de que ninguna actividad debería realizar al respecto y que su nombramiento como liquidador respondía a la necesidad legal de esa figura y a posibilitar que quienes estaban detrás de la entidad pudieran adoptar, ante el eventual cierre de la empresa, las decisiones que tuvieran por pertinente, sin ningún tipo de compromiso personal.

Queda igualmente probado que el acusado Remigio (mayor de edad y condenado por delito de alzamiento de bienes en fecha 5 de abril de 2000) era apoderado de dicha entidad y que en virtud de esa representación otorgó en fecha 9 de mayo de 2000 (con anterioridad pues al acuerdo de liquidación) para pleitos, a fin de que la entidad Goesa presentara demanda de reclamación de cantidad contra la entidad Constructora Pirenaica S.A. (Copisa). Fruto de esta demanda se llevó el procedimiento de menor cuantía 249/2000 de los del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona, dictándose sentencia en primera instancia en fecha 21 de diciembre de 2000 (iniciado ya el proceso de liquidación de la entidad demandante) en el que se condenaba a la entidad Copisa a pagar a la demandante Goesa SA, la cantidad de 6.380.668 pesetas (38.348,59 euros).

En fecha 11 de enero de 2001, la postulación procesal de la entidad Goesa S.A.—con pleno conocimiento del acusado Remigio— presentó demanda instando la ejecución provisional de la sentencia, sin hacer constar en su solicitud la indicación de tratarse ya de una sociedad en liquidación y sin que dicho proceso hubiera sido comunicado tampoco al Registro Mercantil.

Acordada la ejecución provisional el 7 de febrero de 2001, se llevó a término el 1 de marzo de 2001; fecha en la que se satisfizo a la entidad Goesa los 6.380.668 pesetas que habían sido consignados por la entidad demandada Copisa.

La cantidad, cobrada por el procurador mediante entrega del correspondiente mandamiento de pago, fue hecha efectiva al día siguiente por Remigio, quien retiró del BBVA la cantidad de 3.000.000 de pesetas en metálico y otros 3.377.251 pesetas en un cheque al portador, a los que dio un destino ignorado, pero en todo caso ajeno al pago de débitos de la entidad Goesa S.A.; siendo Remigio plenamente consciente de que la disposición del dinero impediría definitivamente el retorno en la eventualidad de una revocación parcial de la sentencia.

Consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia por la entidad demandada Copisa, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó nueva resolución en fecha 22 de febrero de 2002, en la que revocando parcialmente la entidad dictada en la instancia, estableció como cantidad definitivamente adeudada la de 13.206 euros.

Reclamada la diferencia a la entidad Goesa, no se satisfizo el importe por ausencia absoluta de recurso y patrimonio.

7.1.2. *Jurisprudencia*

«Recuerdan las SSTS 1253/2002, de 5-7 (LA LEY 126642/2002); 7/2005, de 17-1 (LA LEY 10977/2005); 1564/2005, de 4-1; 386/2007, de 4-5 (LA LEY 20357/2007), que uno de los elementos del delito es la producción de «un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo» (STS 446/2007, de 25-5 (LA LEY 26752/2007)). También ha dicho el TS (SSTS 440/2002, de 13-3 (LA LEY 6639/2002); 389/2003, de 18-3 (LA LEY 54261/2003) y 7/2005, de 17-1) que «el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son: 1.º existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad; 2.º un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor; 3.º resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; 4.º un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos: elemento subjetivo del injusto o ánimo de perjudicar a los acreedores (SSTS 1235/2003, de 1-10 (LA LEY 11101/2004); 652/2006, de 15-6 (LA LEY 70392/2006); 446/2007, de 25-5 (LA LEY 26752/2007); 557/2009, de 8-4 (LA LEY 125078/2009) y 462/2009, de 12-5).

También tiene establecido este Tribunal Supremo que «el elemento subjetivo consiste en la intencionalidad del agente comisario de «alzarse» con sus bienes en perjuicio de su acreedor o acreedores, utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente del patrimonio que sirve de garantía al crédito. Esa intencionalidad directa (no cabe la comisión por imprudencia) ha de inferirse necesariamente de los actos realizados por el deudor en orden a provocar su insolvencia, que normalmente consisten en la transmisión de sus bienes a familiares, amigos o personas de su confianza que ya saben de antemano lo ficticio o irreal de esa transmisión (STS 668/1996, 8-10, 1133/2002, de 18-6 (LA LEY 10137/2003); 652/2006, de 15-6 (LA LEY 70392/2006); 446/2007, de 25-5 (LA LEY 26752/2007))» (Sentencia del Tribunal Supremo 4/2012 de 18/01/2012, LA LEY 3666/2012).

* * *

«(...) tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no concurre ese delito cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la sustracción de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-11; 1471/2004, de 15-12; 1553/2004, de 30-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; 19/2006, de 19-1; y 984/2009, de 8-10, entre otras).

Y en lo que respecta a la aplicación de esa doctrina a los dos primeros apartados del art. 257 del C. Penal, se argumenta en la sentencia de esta Sala 984/2009, de 8 de octubre, que «al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado».

De otra parte, se argumenta también en la referida sentencia que «el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, solo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, *a contrario sensu*, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas».

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad —remarca la misma sentencia— nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2.º cuando se refiere a un procedimiento «iniciado o de previsible iniciación». El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos *de previsible reclamación* en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho penal a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente «insolventado» con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Y en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato simulado. La doctrina discrepa a la hora de encuadrar dogmáticamente el fundamento de la absolucón, estimando algunos autores que se está ante un supuesto de atipicidad y otros ante un caso de conflicto de deberes que genera la exclusión de la antijuridicidad (art. 20.5.º o 20.7.º del C. Penal). Todo ello sin perjuicio de su inclusión en un ilícito civil en el caso de que no se hayan respetado las reglas de la prelación de créditos. Y sin olvidar tampoco que

la incoación previa de un proceso concursal sí abriría la posibilidad de subsumir el favorecimiento de un acreedor en una conducta penalmente típica a tenor de lo dispuesto en el art. 259 del C. Penal» (Sentencia del Tribunal Supremo 723/2012 de 2/10/2012, LA LEY 155313/2012).

* * *

«(...) el alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor, en el artículo 260 del Código penal, conforme a pacífica jurisprudencia de esta Sala Casacional.

Se ratifica, así, la tesis jurídica de la Sentencia de instancia, conforme a la cual, los actos fraudulentos de vaciamiento patrimonial, aunque pueden ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, cuando concurren con los demás elementos típicos, arrastran la calificación jurídica que le dispensa el artículo 260 del Código penal (LA LEY 3996/1995)» (SAP de Madrid 307/2015 de 29/04/2015, LA LEY 52950/2015).

* * *

«(...) en el artículo 257.1.2.º del Código Penal se castiga, no solo al que con el acto de disposición patrimonial *impide* la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación», sino también al que lo *dilata* o *dificulta*; tercero, en el caso de autos es obvio que la adjudicación a la mujer de una parte sustancial de los bienes de la sociedad de gananciales generó una dificultad para que los acreedores pudieran cobrar ya que los bienes adjudicados al marido no fueron suficientes para el pago de las deudas; y cuarto, ha de recordarse que para considerar cometido el delito de alzamiento de bienes no es preciso que se produzca un perjuicio real y efectivo al titular de un derecho de crédito, sino que lo que sanciona es la acción del deudor de poner a salvo algunos bienes o todo su patrimonio obstaculizando así la vía de apremio de los acreedores, siendo suficiente para la consumación el acto de disposición tendente, como se ha dicho, a impedir, dificultar o dilatar las posibilidades del acreedor de hacer efectivo el cobro de la deuda, perteneciendo el perjuicio real, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

Tampoco la última de las alegaciones en las que se sustenta el recurso ahora analizado puede tener la eficacia pretendida por cuanto, como ya se dijo, la disolución de la sociedad de gananciales (con la correlativa adjudicación de parte de los bienes a la esposa) supuso ya, en el momento de llevarse a cabo, un obstáculo que dilataba o dificultaba la posibilidad de que el acreedor (ahora querellante) pudiera cobrar la deuda con él contraída, obstáculo que, claro es, hubiera encontrado aunque hubiera ejercitado sus acciones inmediatamente después de dicha disolución» (Sentencia de Valladolid 245/2015 de 18/09/2015, LA LEY 135753/2015).

* * *

«El Código Penal tipifica las insolvencias punibles alzamiento y también unas específicas insolvencias asimiladas al alzamiento de bienes y en concreto se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de

un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación (STS. 2504/2001 de 26.12 (LA LEY 3089/2002)).

La STS 1347/2003 de 15.10 (LA LEY 10993/2004) resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: tal como entiende la doctrina, el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito.

La STS 1253/2002, de 5 de julio (LA LEY 126642/2002), recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de «un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo» (SSTS. 31.1.2003, 5.7.2002). También hemos dicho que «el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son: 1.º existencia previa de créditos contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes (STS. 11.3.2002). 2.º un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor... 3.º resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y 4.º un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos» (Sentencia de A Coruña 220/2015 de 27/03/2015, LA LEY 49012/2015).

7.2. Presentación de relación de bienes incompleta o mendaz en ejecución judicial o administrativa (Art. 258)

7.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 105

Roberto M., mayor de edad y sin antecedentes, tuvo durante los años 2011 al 2015 una relación comercial con Valerio R, por la cual este último le compraba colchones viscolex.

En noviembre de 2015 la deuda de Roberto M. ascendía a 120000 euros, por lo que Valerio R. se vio avocado a presentar reclamación de juicio monitorio en el Juz-

gado mixto n 3 de San Javier, que se archivo el 1 de diciembre de 2015 por la no comparecencia de Roberto M.

El día 21 de diciembre de 2015 Valerio R. interpuso demanda de ejecución por la que se requirió a Roberto M. que presentase relación de bienes susceptibles de embargo, presentando Roberto M. el 28 de diciembre de 2015 una relación de bienes previamente inventada.

Dándose traslado de los bienes presentados por Roberto a Valerio, éste solicita que por parte del Juzgado se proceda a la averiguación patrimonial y al embargo telemático de cuentas por la aplicación del Punto Neutro Judicial.

CASO N.º 106

Alex, mayor de edad, con antecedentes penales por haber sido condenado ejecutoriamente por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Almería por un delito de estafa, durante los meses de enero a mayo de 2016 tuvo una relación comercial con Agrícola X, por la que dejó de pagarle los productos retirados durante ese periodo, acumulándose una deuda de 82000 euros.

Tras diversas conversaciones entre Alex y Agrícola X, Alex accede a pagar a Agrícola X la deuda entregando dos pagares con fecha de vencimiento mensual, cada uno por un valor de 41000 euros.

Realizadas las gestiones Agrícola X procedió al cobro de los pagarés resultando los mismos impagados, iniciando en el Juzgado mixto n.º 1 de El Ejido un procedimiento cambiario, que finalizó por auto de 10 de octubre de 2016 por la no comparecencia atendiendo al requerimiento de Alex.

El 2 de noviembre de 2016 Agrícola X solicitó la ejecución del título judicial, y tras la averiguación patrimonial acordada por el Juzgado mixto n.º 1 de El Ejido, no se encontraron bienes de los que Alex fuese titular.

Puesto de manifiesto esta situación de carencia de bienes de Alex a Agrícola X, la mercantil solicitó al Juzgado que se requiriera a Alex que presentase relación de bienes para su embargo.

Transcurrido el plazo dado para presentar la relación de bienes Alex hizo caso omiso, por lo que nuevamente el Juzgado procedió a requerirle la relación de bienes, puesto que la parte ejecutante Agrícola X puso de manifiesto al Juzgado que Alex disfrutaba de una apartamento en la playa, un Porche Cayenne, y cultivaba 20 hectáreas de invernadero.

Alex, que no tenía intención de satisfacer su deuda con Agrícola X, ante el nuevo requerimiento presentó un escrito en el que manifestaba que solo tenía en propiedad un ciclomotor marca vespino de más de 30 años de antigüedad.

Dándose traslado de esta circunstancia a la ejecutante Agrícola X, ésta solicitó al Juzgado por escrito de que justificase Alex los títulos por los que disfrutaba de su apartamento en la playa, el porche Cayenne y las 20 hectáreas de invernadero.

Ante el anterior escrito el Juzgado procedió a requerir la justificación por la que disfrutaba la relación de bienes aportada por la ejecutante, nuevamente Alex hizo caso omiso a tal requerimiento, por lo que el Juzgado procedió a requerirle nuevamente apercibiéndole que su conducta podría ser constitutiva de delito, no concurriendo al requerimiento.

CASO N.º 107

En febrero de 2016 por la Agencia Tributaria se inició procedimiento recaudatorio contra Luismi para el cobro de una deuda tributaria de 136000 euros. Tras los oportunos

tunos requerimientos para su cobro, la Agencia Tributaria inició el trámite de averiguación de bienes, no encontrando en sus bases de datos bienes a nombre de Luismi.

En mayo de 2016 la Agencia Tributaria requirió a Luismi que presentase relación de bienes para su embargo y posterior apertura de la vía de apremio.

El 7 de julio de 2016, Luismi compareció en la Agencia Tributaria, con la intención de ocultar su patrimonio verdadero, sita en la ciudad de Granada, manifestando que tenía como bienes para embargo un seat 127 con más de 40 años de antigüedad.

La Agencia Tributaria el 15 de julio de 2016 procedió a iniciar expediente de averiguación de patrimonio, puesto que Dario, inspector de la Agencia Tributaria, era vecino de Luismi y sabía que disponía de más bienes, entre otros dos apartamentos en el centro de la ciudad de Granada, un apartamento en primera línea de playa en Salobreña, dos automóviles marca Mercedes 220 CLK.

El día 17 de julio de 2016 Luismi procedió a comparecer en la Agencia Tributaria para realizar el pago de su deuda por transferencia.

7.2.2. *Jurisprudencia*

A la fecha de realización de este manual no se ha encontrado jurisprudencia en relación al artículo 258 al haberse introducido este precepto con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.

7.3. **Uso indebido de bienes embargados constituidos en depósito (Art. 258 bis)**

7.3.1. *Casos Prácticos*

CASO N.º 108

En el Juicio Ejecutivo núm. 117/2000 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Lugo, en virtud de demanda formulada por la entidad Sociedad Cooperativa Valcarcel contra la Sociedad Pematrans Lugo S.L, en reclamación de una deuda, se llevó a efecto en fecha 14 de septiembre de 2000, una diligencia de requerimiento de pago y embargo, compareciendo en calidad de representante legal de la entidad ejecutada el acusado Carlos Manuel, con DNI núm.000, nacido el 8 de noviembre de 1957 y sin antecedentes penales, procediéndose, ante la falta de pago, a trabar embargo, entre otros, del vehículo matrícula LU-00...-S, del que era titular dicha entidad ejecutada, nombrándose seguidamente al antedicho depositario del mismo, al cual se le enteró de las obligaciones que contraía y se le apercibió de las responsabilidad en que incurría si quebrantaba dicho depósito, aceptando el cargo y obligándose a conservar dichos bienes a disposición del Juzgado y a las resultas del citado procedimiento. Posteriormente, en fecha 26 de marzo de 2001 se dictó sentencia en el referido procedimiento, por lo que se acordó seguir adelante la ejecución despachada contra los bienes de la ejecutada y se le obligaba a pagar la cantidad de 24.640,26 euros de capital, más intereses, gastos y costas a favor del ejecutante. Habiéndose acordado por el Juzgado sentenciador el precinto del mencionado vehículo, se libraron los correspondientes oficios en el mes de abril del año 2001 a la Comandancia de la Guardia Civil para que se procediera a la localización, inmovilización y precinto del mismo. Por parte de dicha Comandancia se procedió, en cumplimiento de dicho man-

dato, a requerir al acusado para que informara sobre la localización del indicado vehículo, una vez que el acusado a su vez fue encontrado, lo que requirió múltiples esfuerzos, llegando a dictarse una orden de búsqueda, detención y personación, así como para que lo pusiera a su disposición a fin de proceder a su precinto, haciendo el acusado caso omiso de dicho requerimiento, siendo finalmente localizado dicho vehículo, en el mes de octubre de 2001, en una calle del Polígono... de Lugo, en estado de abandono, habiéndole sido retiradas numerosas piezas útiles, incluidas las ruedas, careciendo en absoluto de valor, siendo así que, según dictamen pericial, en la fecha la que se procedió al precinto su valor era de 17.500 euros.

CASO N.º 109

En fecha 3 de julio de 2001 y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Burgos se incoó expediente sobre ejecución de Títulos Judiciales número 205/2001, instado por la ejecutante Juana, contra la entidad mercantil Inter Europa del Mueble, SA, siendo dicho título ejecutivo la sentencia firme dictada en fecha 25 de abril de 2001 en el procedimiento civil núm. 406/00, por cuantía de 10.315 euros de principal y 3.096 euros presupuestados para intereses y costas de ejecución. Los socios de la entidad mercantil Inter. Europa del Mueble, SA eran en esa fecha Juan Pedro, Hugo y Claudio.

En fecha 12 de julio de 2001 se practicó diligencia de embargo sobre bienes designados por la parte ejecutada, recayendo el mismo sobre: a) escuadradora marca AL-Tanford, F 45, Estandar 9803518, b) taladro de control numérico con bancada de 3.000 mms., marca PBR, modelo Sar 3 Cn, número de serie 69/19 y c) cortadora canteadora marca Holz Her, modelo 1.436, núm. de serie 217/9-802, año 1998 y tipo 1.435 MFC-PVC. Dicha diligencia de embargo se practicó estando presente el socio Juan Pedro, quedando en depósito del ejecutado los bienes embargados y haciéndole saber a Juan Pedro las obligaciones que como depositario contrae y las responsabilidades civiles y penales en que podría incurrir en caso de quebrantar el depósito, incumbiendo dichos obligaciones y responsabilidades al ejecutado y a los administradores, representantes o encargados, o tercero, en cuyo poder se encuentren los bienes, Juan Pedro firmó la diligencia de embargo adquiriendo la condición de depositario de los bienes así embargados que quedaron en el interior de la nave número... de Pentasa, calle... s/n de Burgos, local arrendado por la entidad mercantil Inter. Europa del Mueble, SA, siendo su propietaria Penélope y quedando las llaves del mismo en posesión del depositario citado.

Por providencia de fecha 1 de febrero de 2002 se acuerda sacar a subasta pública los bienes embargados en el procedimiento número 205/02 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Burgos por el precio de tasación pericial practicada en fecha 27 de diciembre de 2001 por el perito Cesar, quien para ello compareció en el local en donde éstos se encontraban comprobando en esa fecha que continuaban estando en el mismo. La subasta fue fijada para el día 26 de marzo de 2002.

Ante el temor de que los bienes embargados hubieran desaparecido del lugar donde se encontraban depositados y a requerimiento de la parte ejecutante, se dictó providencia en fecha 6 de marzo de 2002 requiriendo personalmente a los tres socios de la entidad mercantil «Inter. Europa del Mueble, SA», para que manifestasen donde se encontraban éstos, compareciendo Juan Pedro y Claudio en fecha de 14 de mayo de 2002 y manifestando que cuando fueron desahuciados y entregadas las llaves en el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Burgos, la maquinaria embargada se encontraba en el interior del local.

La subasta no pudo celebrarse al haber desaparecido los bienes embargados, sin que el acusado, Juan Pedro, diera razón alguna de su ubicación y destino, procediéndose al libramiento de particulares por si los hechos indicados fueran constitutivos de delito e incoándose las presentes Diligencias Previas número 3.715/2002 por el Juzgado de Instrucción número Uno de Burgos.

Paralelamente a los hechos descritos, Penélope presentó demanda de desahucio que dio lugar al Juicio ordinario número 105/01 del Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Burgos, cuya sentencia estimatoria ejecutó a través del procedimiento de ejecución de Títulos Judiciales número 306/01 del mismo Juzgado en el que se practicó en fecha 16 de noviembre de 2001 diligencia de lanzamiento, levantándose acta de los bienes y maquinaria que en el interior se encontraban y entre ellas las máquinas embargadas a instancia de Juana. La maquinaria existente quedó en el interior del local tras cambiar la cerradura, siendo depositadas las llaves nuevas en el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Burgos.

En fecha 27 de noviembre de 2001 la Procuradora de Penélope presentó escrito en el procedimiento 306/01 antes citado, manifestando la conformidad para que sean entregadas las llaves al solicitante Juan Pedro para que en plazo improrrogable de 20 días retire la maquinaria del local, debiendo restituirlas mencionadas llaves al Juzgado una vez verifique lo anterior. Las llaves del local fueron entregadas a Juan Pedro en fecha 30 de noviembre de 2001, siendo devueltas al Juzgado por Gloria, vecina del anterior, en fecha de 8 de enero de 2002 y definitivamente entregadas a Penélope en fecha 14 de enero de 2002.

Juan Pedro solicitó las llaves del Juzgado a instancias de sus socios, a fin de que éstos retiraran los bienes no embargados y una vez que tuvo las llaves en su poder se las entregó a éstos. Mientras los socios realizaban dichas operaciones de retirada con camiones, comparecieron en el lugar otros camiones no identificados que procedieron a retirar la maquinaria embargada y para lo cual fueron ayudados por Juan Pedro, quien les dio instrucciones para ello, debido a las especiales características de las mismas.

Juana, ante la desaparición de la maquinaria a su instancia embargada, realizó gestiones tendentes a averiguar su paradero, llegando al conocimiento de que dichas maquinarias fueron retiradas de la nave por la empresa de grúas Becerril y que fueron trasladadas a Valladolid a la empresa «Mundo Mueble» en el Polígono de..., desaparecido como nombre comercial, pero no como fabricante o distribuidor denominándose entonces Muebles Yucastil, cuyo gerente con el que se entrevistó Juana ninguna explicación le dio al respecto.

CASO N.º 110

Como consecuencia del impago de cuotas a Seguridad Social por parte de la entidad «Ildem, SL», por un montante de 74.427,99 euros, la Unidad de Recaudación Ejecutiva de aquella, procedió a incoar contra la misma el correspondiente expediente administrativo, y en su momento, los funcionarios de la misma se desplazaron hasta el domicilio social de dicha empresa, sito en Lucena c/... s/n, y, en presencia del Gerente de la misma, el hoy acusado, en 1 de julio de 1993, llevaron a cabo diligencia de embargo sobre los siguientes bienes: una prensa hidráulica con motor eléctrico, una lijadora automática, una escopladora, un Tupi, una cepilladora, una sierra, una máquina disco de corte, otra de enlazar, un torno copiado, un compresor de aire, un ordenador, una impresora, una máquina de escribir, dos calculadoras y un Fax, no constando que durante referida diligencia, el acusado pusiera en conocimiento de los

agentes ejecutivos que tales bienes fueran de propiedad de otras personas distintas de la citada empresa, ni constando que persona alguna haya ejercitado acción de Tercería de Dominio. No se procedió en ningún momento a embargar el capital social de la misma que, dividido en participaciones era de un total de seis millones y medio de pesetas, ni tampoco de la finca registral propiedad de los dos únicos socios de la citada entidad núm000, sita en la misma localidad, de 463,60 metros cuadrados sobre la que se asientan varias naves. Una vez concluida la diligencia de embargo antes dicha fue nombrado depositario de los bienes trabados Rosendo, siendo advertido de los derechos y obligaciones inherentes a ello, haciéndose cargo de la custodia de tales bienes, firmando en prueba de conformidad. La valoración pericial de los bienes embargados se llevó a cabo por Ingeniero Técnico entre los días 3 de abril al 15 de mayo de 1995, que los tasó en 33.687 euros. En fecha no exactamente conocida, pero, después de practicado referido embargo, Rosendo, sin autorización judicial, administrativa de la Seguridad Social, procedió a vender a terceros los citados bienes trabados, con excepción de una de las calculadoras y del Fax, que quedaron en los locales de la empresa, por un total de 5.264,87 euros.– A través del procedimiento de Venta por Gestión Directa, la Tesorería General de la Seguridad Social procedió, en enero de 1998, a vender los bienes embargados a terceras personas, pero, cuando los adquirientes intentaron posesionarse de los mismos se encontraron con que éstos habían desaparecido, razón por la cual, requerido, éste se limitó a manifestar que habían sido retirados por sus respectivos propietarios, causándole a aquélla un perjuicio en la cuantía antes indicada.

7.3.2. *Jurisprudencia*

No se ha encontrado jurisprudencia en relación al artículo 258 bis del Código Penal al haberse introducido este precepto con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.

8.

LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

8.1. Concurso punible (Art. 259)¹⁷

8.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 111

El acusado Clemente, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 2007, era administrador único de las empresas «Enodi S.L.», «Enocar S.L.» y «Disnosa S.L.», compartiendo las dos primeras el mismo local en donde estaban ubicadas, y la tercera lo estaba en otro contiguo. «Enodi S.L.» comercializaba aparatos de aire acondicionado «Disnosa S.L.» era un almacén eléctrico y «Enocar S.L.» se dedicaba a la construcción. La entidad «Enodi S.L.» había sobreseído pagos de forma generalizada en el mes de julio de 2007. Del patrimonio de «Enodi S.L.», entre el 17/11/2007 al 31/01/2008, desaparecieron una serie de bienes por importe de 211.587,55 euros sin cobro alguno de dinero por su enajenación. El acusado Clemente, como administrador único de «Enodi S.L.», solicitó la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil de Pamplona a finales del año 2007, no siendo posible la presentación de todos los datos contables requeridos dada la descuidada atención que Clemente había dedicado en su gestión a la contabilidad, que era prácticamente inexistente.

CASO N.º 112

El acusado Javier, mayor de edad y sin antecedentes penales, constituyó la entidad «CMZ S.L.» el día 03/02/2006, dedicada a la fabricación de encimeras de cocina, figurando como administrador único de la misma, interviniendo en sus inicios en un buen número de promociones inmobiliarias de Castellón y provincia, así como en Vilafranca del Penedés. En el año 2008 el acusado se inició en el consumo de cocaína. En el año 2009 la constructora del acusado, «CMZ S.L.» tenía problemas derivados de una deficiente gestión interna, razón por la que el acusado Javier contrató a un asesor fiscal y contable que empezó a organizar adecuadamente la entidad progresando, estando básicamente al día en los pagos a proveedores y en las nóminas a trabajadores. En el año 2011, debido a un creciente consumo de cocaína que originó su adicción y derivó en un trastorno de personalidad el acusado Javier empezó a desatender el funcionamiento de «CMZ S.L.», notando sus trabajadores el problema. Ya el balance contable del ejercicio 2012 arrojaba un saldo negativo de 832.124,34 euros, siendo el activo de 89.098,34

¹⁷ El contenido de art. 259 CP ha sido modificado a través de la L.O 1/2015. El apartado tercero y cuarto contiene una redacción totalmente nueva. Por su parte, el apartado primero (ahora más extenso) segundo, quinto y sexto, en rasgos generales pueden reconducirse al art. 260 CP anterior a la reforma.

euros. Ante dicha situación, Javier se refugia en su amigo Julián, quien sin saber conocer íntegramente la situación de Javier, le recomendó importar luces LED de Alemania (operación que no está relacionada con el objeto social de la entidad de la que era administrador Javier), con el objetivo de venderlas a un precio mayor en España, ya que a pesar de todo, el precio por el que se vendería sería inferior al marcado por la industria española de luces LED. El problema era que se requería una fuerte inversión inicial, suficientemente grande para terminar de hundir la situación financiera de «CMZ S.L.». Javier, conociendo los peligros para la empresa, invirtió en la importación de luces LED, careciendo este negocio de justificación alguna debido a la situación en la que se encontraba la sociedad. Habiendo supuesto el negocio un verdadero descalabro económico para la sociedad, uno de los proveedores de ésta, acreedora de la misma, solicitó declaración de concurso de «CMZ S.L.» ante el Juzgado de lo Mercantil de Castellón, que fue declarado por auto judicial tras comprobarse la situación financiera de la misma.

CASO N.º 113

El acusado Benjamín, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de único Administrador de la mercantil «Soldados y Pavimentos, S.L.», comenzó a notar desde 2008 un descenso en su actividad hasta el punto de endeudarse la sociedad en un nivel que superaba lo deseable. Durante el ejercicio 2009, Benjamín constata que irremediamente la sociedad que administra está abocada a un procedimiento concursal. En lugar de solicitar su apertura, Benjamín inicia una serie de actuaciones impropias de una gestión empresarial diligente y adecuada, agravando la situación económica de la entidad. Para dar sensación de salud en el mercado, comienza a pagar a algunos de sus acreedores, simulando la concesión de créditos por distintos bancos, para iniciar una supuesta ampliación de su negocio; cuando en realidad se estaban liquidando de forma apresurada y por un valor muy inferior al de mercado activos básicos para la continuidad de la actividad económica de la empresa. De esta manera, se causó un grave perjuicio a «Soldados y Pavimentos S. L.», que finalmente solicita la declaración de concurso a través de su administrador Benjamín, situación que se declara en 2011 por el Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real.

8.1.2. *Jurisprudencia*

«El delito previsto y penado en el artículo 260.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), constituye una modalidad de las insolvencias punibles, cuya subsistencia junto a las otras modalidades, protectoras de perjuicios patrimoniales individuales, como delito de lesión, no es acogida pacíficamente por la doctrina, que ni siquiera encuentra una deseable compatibilidad de tal respuesta penal con la tendencia descriminalizadora del derecho concursal.

Se trata de un delito especial propio que requiere en el autor la condición de deudor. Por más que se extienda esa calificación a quien actúa «en nombre» de éste, tanto si aquel en cuyo nombre se actúa es persona física, como si lo es jurídica. En todo caso, bien el autor, bien quien actúa en su nombre, debe ostentar y actuar en el ejercicio del dominio social lo que no ocurrirá si los actos los lleva a cabo exclusivamente en su propio y personal interés, en cuyo caso serán otras las figuras penales cuya comisión ha de considerarse.

Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputársele a aquél,

porque haya dado lugar ilícitamente al riesgo de tal situación con derivado perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor. Tanto si determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen.

Subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto. Un dolo que puede mostrarse genéricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto.

La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual.

Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor.

Sin que parezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores» (STS 756/2014, de 28 octubre [RJ 2015\863]).

* * *

«...el delito previsto en el art. 260.1 del CP puede ser cometido, tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración de concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario.

Pero también puede adquirir un carácter intraconcurzal o postconcurzal. Así se desprende de la propia literalidad del art. 260.1 del CP y así se deduce del art. 164.2.3 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (Ley 22/2003, 9 de julio), que a la hora de calificar el concurso como culpable, incluye una conducta cuya ejecución sólo es concebible con posterioridad a la declaración de concurso («cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado»). En la medida en que desbordaría el objeto del motivo, tal y como ha sido formalizado, la Sala no se adentra en la controversia doctrinal acerca de si las conductas descritas en el art. 164 de la citada Ley Concursal y que determinan la calificación del concurso como culpable, describen acciones que han de ser consideradas, siempre y en todo caso, como dolosas y, por tanto, de trascendencia jurídico penal. Pero lo que resulta evidente es que aquel precepto proporciona un elemento interpretativo que neutraliza la tesis del recurrente, que circunscribe las acciones relevantes a efectos de tipicidad a aquellas que se producen con anterioridad a la declaración del concurso. (...)

En la doctrina jurisprudencial hemos considerado el delito citado de resultado, no en cuanto produce lesión, sino peligro, en cuanto origina un riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo (STS n.º 366/2012 (RJ 2012, 11375) citando la 1253/2002). Y añadimos que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. (...)

Pero también, un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 de enero y 16 de mayo de 2001), (STS núm. 440/2002 (RJ 2002, 4929), de 13 de marzo)» (STS 60/2014, de 5 febrero [RJ 2014\830]).

* * *

«El artículo 260.1.º del Código Penal castiga al declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o la persona que actúe en su nombre. Este artículo que fue modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903) refuerza la autonomía de la jurisdicción penal en relación con las actuaciones civiles en el juicio concursal y sus posibles derivaciones respecto de la calificación de la conducta del concursado.

4.- La expresión del legislador ha de entenderse en el sentido de integrar en el tipo aquellos actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. El núcleo del delito es una o varias acciones que de manera maliciosa e intencionada estén encaminadas a provocar una situación de crisis o insolvencia. Entramos en el debate de si es una conducta que se consuma en sí misma como un delito de peligro que estimamos que sería impune si no ocasiona perjuicios ya que uno de los elementos del tipo es la crisis económica o la insolvencia y la situación de crisis económica indefectiblemente lleva aparejados una serie de resultados que no necesariamente deben ser cuantificados en cifras contables sino que pueden ser de otra índole como regulaciones de empleo, despidos, demoras en los pagos y un sin fin de consecuencias derivadas de una situación de crisis económica o insolvencia» (STS 743/2009, de 20 julio [RJ 2010\987]).

* * *

«este delito» como «los delitos singulares relacionados con él» (vgr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.), «podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste». A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el C.P. de 1995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que «la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre», esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 Ley Concursal)» (STS 146/2009, de 18 febrero [RJ 2009\2045]).

* * *

«Los requisitos fijados jurisprudencialmente para aplicar el artículo 260 mencionado se refieren, pues, en primer lugar, a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso, en segundo lugar, que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada dolosamente por aquél, y, en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, aunque esta exigencia no aparece mencionada específicamente en el precepto citado. Ahora bien, la Jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, por lo que señalamos más

arriba en relación con el apartado segundo, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores (S.S.T.S. 1757/02 (RJ 2002, 10850) o más recientemente 1018/ (RJ 2006, 8173). Se trata por tanto de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso. Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial» (STS 116/2009, de 4 febrero [RJ 2009\1538]).

* * *

«A continuación, el art. 260 del Código Penal exige una situación de causación o agravación dolosa de la situación de concurso (o quiebra, en el supuesto estudiado, al no estar todavía vigente la vigente Ley Concursal [RCL 2003, 1748]).

Las situaciones de insolvencia patrimonial por física o jurídica desaparición de bienes en perjuicio de los acreedores, siempre fueron constitutivas de quiebra fraudulenta en el Código de Comercio, y en la consideración de la jurisprudencia, como justificaremos más adelante. Es por ello también ahora, que en el ordenamiento jurídico vigente, el juez penal debe conocer, aunque como mera visión de referencia, el contenido de tales situaciones (actualmente descritas en el art. 164.2 de la Ley Concursal), cuando establece los siguientes parámetros para la calificación de la insolvencia como culpable, que lo serán cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- 2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
- 3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
- 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
- 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

De tal listado, fácilmente se comprende que muchos de sus comportamientos, que coinciden, por cierto, con algunos tipos penales, generarán un pronunciamiento de culpabilidad penal acerca de las causas de tal insolvencia. Los supuestos de alzamiento generalizado de bienes, la simulación de una situación patrimonial ficticia, los casos de doble contabilidad fraudulenta, las falsedades documentales, etc. son claros exponentes de lo que venimos manteniendo.

De este modo, el alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor, en el art. 260 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), conforme a pacífica jurisprudencia de esta Sala Casacional.

Se ratifica, así, la tesis jurídica de la Sentencia de instancia, conforme a la cual, los actos fraudulentos de vaciamiento patrimonial, aunque pueden ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, cuando concurren con los demás elementos típicos, arrastran la calificación jurídica que le dispensa el art. 260 del Código Penal» (STS 40/2008, de 25 enero [RJ 2008\1714]).

* * *

«...el objeto de protección que se pretende con el tipo penal del art. 260 CP sigue siendo el derecho personal del crédito, con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico (...)

Declaración civil de quiebra que se configura como condición objetiva de punibilidad por cuanto que, aun cuando el ya citado art. 260 no contiene remisión normativa alguna, abandonando el recurso a la norma penal en blanco que utilizaba el anterior Código Penal, y abandonando, también, el automatismo impuesto por el art. 890 Código Comercio (LEG 1885, 27), sin embargo es a partir del acto procesal de declaración de quiebra cuando el estado fáctico de insolvencia adquiere la condición jurídica de quiebra, bien entendido que la existencia de la calificación de la quiebra como fraudulenta por la jurisdicción civil ni impone su aceptación en la vía pena ni suministra siquiera una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en el orden jurisdiccional civil» (STS 771/2006, de 18 de julio [RJ 2006\6310]).

* * *

«Es manifiesta la proximidad entre ambos tipos penales pero no se confunden por su distinta estructura. El de alzamiento es de mera actividad y el de quiebra de resultado consistente en la causación, o agravación, de una situación de crisis o insolvencia con perjuicio patrimonial a los acreedores (art. 260.1 y 2)» (STS 1757/2002, de 25 octubre [RJ 2002\10850]).

8.2. Subtipo agravado (Art. 259 bis)

8.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 114

La acusada Raquel, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietaria desde 2010 de la «Joyería Platoro», atendía a los clientes, realizaba ventas y recibía los distintos cobros. Además, entre sus funciones se encontraba la compraventa con ánimo de reventa de diferentes artículos de joyería, así el primer día de cada mes acudía a la «Joyería Platoro», Alberto, viajante de joyería que portaba consigo varios muestrarios para realizar su trabajo. El 01/11/14 Alberto acudió como cada mes a ofrecerle a

Raquel el género que portaba, una hora después Raquel, a pesar de conocer la mala situación en la que se encontraba, cuya insolvencia era inminente, decidió adquirir para la posterior venta varios relojes de oro de la marca Rolex, valorados en un total de 520.000 euros, y dos anillos de brillantes valorados en 5.000 euros, Alberto emitió la factura correspondiente con fecha de ese mismo día, que señalaba la cantidad a pagar que debía ser satisfecha por Raquel en un plazo máximo de un mes y medio. Al mes siguiente, el 01/12/14, a pesar de que Raquel no había satisfecho el pago del mes anterior, Alberto acudió de nuevo a la «Joyería Platoro», Raquel manifestó que con motivo de fechas navideñas estaba previsto que aumentara el número de compras y decidió adquirir nueve juegos de gargantilla y pendientes de oro blanco y piedras preciosas y varios relojes de la marca Dupont, ascendiendo todo ello a la suma de 500.000 euros, la forma de pago acordada fue la misma que la del mes anterior. Durante la Navidad, la joyería tuvo muy pocas ventas, y Raquel, desesperada ante la situación y con el objetivo de pagar a Alberto, malvendió el género existente en la joyería obteniendo la cantidad total de 300.000 euros, con la cual no podía hacer frente a la deuda contraída con Alberto, éste requirió el pago en varias ocasiones a Raquel, la primera de ellas en el mes de febrero de 2015.

CASO N.º 115

El acusado Gerardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, es administrador único de la sociedad «Cuida tu animal S.L.», cuyo objeto social es la distribución de piensos para perros y gatos, en el año 2014 el balance de la sociedad arrojaba un saldo negativo de 220.000 euros, y el activo de 9.000 euros, por ello Gerardo no tuvo más remedio que presentar una solicitud de concurso (concurso voluntario) ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, a la espera de que dicho Juzgado admitiera la solicitud presentada y declarara el concurso, Gerardo, a sabiendas de que no podía disponer de los bienes de la empresa traslado a otra nave industrial de su propiedad la maquinaria destinada al embalaje y empaquetamiento de los paquetes de pienso con el fin de ocultarla. De los 220.000 euros adeudados, 140.000 euros corresponden a impuestos impagados a la Hacienda Pública, y el resto a diferentes acreedores.

8.2.2. *Jurisprudencia*

Al tiempo de realización de este manual no se ha encontrado jurisprudencia sobre este delito creado ex novo por la LO 1/2015.

8.3. Favorecimiento ilícito de acreedores (Art. 260)¹⁸

8.3.1. *Casos Prácticos*

CASO N.º 116

Se declara probado que Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, y administrador único de la entidad «Valalon S.L.», mediante escrito de fecha 07/01/12 solicitó concurso voluntario de acreedores en nombre de la referida entidad. La solicitud fue

¹⁸ El apartado primero es nuevo, introducido a través de la L.O 1/2015. En segundo párrafo reproduce el art. 259 CP antes de la entrada en vigor de la Ley mencionada.

admitida a trámite por el Juzgado de lo mercantil n.º 2 de Pontevedra por auto de fecha 02/02/12 en el concurso abreviado 35/2012, nombrándose administradora única del concurso en dicha resolución a Purificación, la cual apercibió expresamente a Luis para que no efectuara pagos sin su autorización. El acusado, conocedor de la situación de concurso en que se hallaba la empresa y de sus limitaciones, y careciendo de autoridad legal, judicial o de la administradora concursal, entre los meses de febrero y mayo de 2012, procedió a efectuar sin autorización ni conocimiento de esta, distintas operaciones consistentes en pago y compensaciones de deudas contraídas por la mercantil de la que era administrador único. Entre éstas: el día 11/02/12 abonó a la empresa «Agrícola de Hidalgo S.A.» las cantidades de 724,05 y 576,91 euros, y el día 25/02/12 la cantidad de 748,21 euros; el día 04/04/12 abonó a la entidad «Anducecor S.L.» la cantidad de 281,28 euros mediante ingreso en efectivo en la cuenta de la referida entidad en el BBVA y el día 03/03/12 le abonó la cantidad de 491,85 euros mediante transferencia bancaria; a Demetrio le entregó dos pagarés por importe de 1124,30 y 963,54 con vencimientos de fecha 08/06/12 y 22/06/12 respectivamente, y además le compensó la deuda restante hasta 5741,82 euros con ventas de mercancías de la empresa; a la entidad «S.A.T. Xibao» le compensó la cantidad de 4112,32 euros de la deuda que tenía pendiente con la venta de mercancías de «Valalón S.L.»; a la entidad «Codisoil S.L.» le entregó dos pagarés por importe de 835 y 1245 euros, con vencimientos de fechas 15/06/12 y 15/07/12 respectivamente; y a la entidad «Viveros Compostela SAT» le abonó parte de la deuda mediante dos pagarés por importe de 864,73 y 501,72 euros respectivamente. Por parte de la empresa durante el período de administración concursal se mostró una actitud de nula colaboración, complicando y dificultando la actuación de ésta. Finalmente el concurso fue declarado culpable, cesando la empresa en su actividad.

CASO N.º 117

El pasado mes de junio de 2001 la empresa «Tomás Marchal S.L.» presentó una solicitud de concurso, que fue registrada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia bajo los autos número 485/01. Posteriormente los interventores judiciales presentaron informe el 28/02/02 calificando la insolvencia como definitiva y en base a tal informe el Juzgado de lo Mercantil mencionado dictó auto en tal sentido el 02/09/02. La empresa estaba formada por la administradora Érica y como apoderados y gerentes sus hijos Cosme y Silvio, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales. En las negociaciones llevadas a cabo con los acreedores no intervinieron Érica ni Cosme. Silvio, a la vista de la situación planteada como consecuencia de la admisión de la solicitud de concurso de la empresa familiar, negoció y obtuvo de la entidad «Fimestic», el 27/12/02, un préstamo a su nombre por importe de 18.030 euros, abonando con dichas cantidades las deudas que la mercantil «Tomás Marchal S.L.» tenía con «Stadler Española S.A.» por importe de 9.983 euros, según recibo de 11/07/03; con la mercantil «Carlos Wendel S.L.» por importe de 5.907 euros, según recibo de 23/10/03; y la que mantenía con la mercantil «Factis S.A.» por importe de 1.324,26 euros, según recibo de 03/11/03, todos ellos reconocidos como acreedores, en el acto del Juicio Oral, quedando pendientes de satisfacer las deudas correspondientes de «Poessa», Agencia Estatal Tributaria y Tesorería de la Seguridad Social.

CASO N.º 118

El acusado Alberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo titular de una explotación avícola en Huelva, manifestando su incapacidad para atender el cumplimiento puntual de sus pagos y diciendo hacer cesión de sus bienes a favor de sus acreedores,

el 16/11/06, promovió su declaración en concurso voluntario de acreedores, ante el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, que mediante auto, declaró al indicado acusado en concurso voluntario de acreedores, quedando en su virtud incapacitado para la administración de sus bienes, cuyo embargo y ocupación fue ordenado por dicho Juzgado, que además ordenó la acumulación al juicio universal de las ejecuciones pendientes contra el concursado. Éste, con la finalidad de eludir la incapacitación derivada del proceso concursal y para continuar normalmente con su actividad al margen del concurso, decidió constituir una sociedad que se denominó «Transfaca, S.L.» en la que el repetido acusado no figuraba pero que controlaba plenamente ocupándose personalmente de su gestión, negociando los contratos, realizando los pagos y recibiendo los cobros que generaba la actividad de la sociedad desde la que el acusado Alberto continuó gestionando su explotación avícola, a través de «Transfaca S.L.» y al margen del concurso, al menos hasta el ejercicio del año 2013, recibiendo «Transfaca S.L.» de «Doux», 57.350,08 euros durante el año 2012 y 13.802,56 euros durante el año 2013, ignorando el tribunal cuando cesó el acusado de explotar su granja a través de «Transfaca S.L.». El 22/03/14 Alberto nombrado administrador único de dicha sociedad, figurando como socios fundadores los otros tres acusados, es decir: Constanza, Rafael y Abelardo siendo designado este último administrador único al constituirse la sociedad. No está probado que alguno de ellos conociera las intenciones del acusado Alberto ni las dificultades que el mismo atravesaba con sus acreedores. Ninguno de estos tres acusados (Constanza, Rafael y Abelardo) llegó a desembolsar el precio de sus participaciones ni tomaron ninguna decisión sobre la entidad, limitándose únicamente a firmar los documentos que indicaba Alberto. Por decisión del acusado Alberto, «Transfaca S.L.» compró el 03/03/09 las finca n.º 193 de Dos Hermanas en Sevilla, al cuñado del citado acusado, Manuel (casado con la acusada Constanza), finca que era realmente del acusado Alberto aunque por escritura de 06/06/07 las había puesto a nombre de su cuñado, manteniendo en todo momento el acusado Alberto el control sobre dichas fincas. Actuando como administrador de «Transfaca S.L.», las vendió a un tercero por 20.000 euros. El acusado Alberto, en mayo de 2010, transmitió la tarjeta de transporte n.º 55, de la que era titular, a Miguel, quien pagó por ella 300 euros. El mismo acusado, en la misma fecha puso a nombre de «Transfaca, S.L.» la tarjeta de transporte n.º 21, de la que hasta entonces era titular el acusado Alberto y después, dicha sociedad, siempre bajo el control del acusado Alberto la vendió a «Transportes Generales Alfonso, S.L.», por 5.980,07 euros. El mismo acusado, Alberto, con los rendimientos que obtenía con sus actividades al margen del concurso, el 20/11/12, compró un vehículo porsche 944 turbo, que utilizaba personalmente pero registró en tráfico a nombre de su hermana Constanza, para evitar que pudiera ser ocupado o embargado por sus acreedores. No está probado que Constanza supiera que el acusado había puesto a su nombre este coche. Alberto, en abril de 2014 vendió a Rosendo un Seat Ibiza WEG quien le entregó en pago un cheque al portador (n.º 6.513.195-3), con un importe de 2.103,54 euros, cheque que el acusado ingresó en la cuenta de la sociedad «Ruaca, S.L.» en la que figuraba, ante la entidad bancaria, como apoderado, algunas de las operaciones —concretamente, la venta de las fincas mencionadas y del Seat Ibiza WEG— llevadas a cabo por el acusado se realizaron con el propósito de pagar a algunos de sus acreedores no privilegiados.

8.3.2. *Jurisprudencia*

«Siendo un hecho probado que el pago de los créditos de que eran titulares los acusados se realizó con anterioridad a la solicitud de declaración de quiebra voluntaria, tampoco podría ser aplicable el art. 259 CP toda vez que el tipo exige que junto a

la realización de «cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto», tal actuación ha de llevarse a cabo «una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos...», requisito éste que no concurre en el caso de autos y que —al margen del principio acusatorio— impide la incardinación de los hechos en el referido tipo penal» (STS 624/2003, de 28 abril [RJ 2003\3868]).

* * *

«En efecto y abordando en primer término la acusación formulada por el delito de insolvencia punible del art. 259 del C. Penal, es de recordar que el mismo establece que «Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto». Por tanto, en adecuada exégesis de ese precepto penal, su perpetración exigirá imprescindiblemente la presencia de los siguientes requisitos: a) Que el sujeto activo del delito sea un deudor respecto del que se haya admitido a trámite la solicitud de concurso; b) Que ese deudor, sin autorización judicial ni de los administradores concursales, realice acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones; y, c) Que actúe dolosamente, esto es, con la intención de pagar a uno o varios de los acreedores, con posposición del resto» (SAP de Barcelona 18/2011, de 17 enero [JUR 2011\172003]).

8.4. Presentación en el procedimiento judicial de datos falsos relativos al estado contable (Art. 261)

8.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 119

El acusado Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales desempeñaba, como empresario individual, servicios múltiples tales como albañilería y fontanería. Su negocio, «Servicios Martos» comienza a resentirse en el año 2009, cuando multitud de promociones inmobiliarias se detienen por falta de presupuesto. Durante unos dos años, el acusado pasa por una situación económica muy difícil, produciéndole una gran tensión y preocupación, que se veían agravadas por el comportamiento de algunos de sus acreedores, en concreto dos («Cemensa» y «Tubensa») proveedores de «Servicios Martos», que solicitaban insistentemente el pago de sus créditos. Sin embargo, tanto la entidad bancaria con la que Antonio tenía un préstamo como el resto de acreedores, conocedores de la situación del mercado, se mostraron menos rigurosos con el acusado, al que conceden algunos aplazamientos. Ya en 2011 Antonio consigue un importante contrato para remodelar la instalación eléctrica de un palacio renacentista del centro de Granada, cuyo éxito le procura otros trabajos en la capital. La situación económica de la empresa mejora y Antonio consigue, muy holgadamente, pagar a los acreedores que habían confiado en él. Sin embargo, decide no pagar en venganza a «Cemensa» y «Tubensa. Ante las amenazas de éstas de interponer una demanda, y habiendo escuchado el acusado que el procedimiento concursal es largo y tedioso, y que hasta su finalización no es posible la satisfacción de ningún crédito

con cargo al patrimonio del deudor, solicita la declaración voluntaria de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil de Granada. Estando saneada su situación económica, Antonio presenta datos contables de «Servicios Martos» y un balance, todo falso, con el objeto de conseguir la declaración de concurso y postergar el pago a los acreedores.

CASO N.º 120

La sociedad «Megana», industria textil con domicilio en Málaga, ha sido administrada durante 20 años por el acusado Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, consiguiendo crecer desde una empresa con pocos trabajadores hasta convertirse en un referente del sector en toda Andalucía. En la última ampliación de capital, la sociedad ha dado entrada a algunos accionistas extranjeros, cuya visión sobre los mercados actuales superan la planificación de Luis, que consideran demasiado nacional y poco centrada en el mercado exterior. Estas ideas calan en el accionariado y en general en todos los estamentos de la empresa, hasta el punto de hacerse notoria la muy próxima sustitución de Luis en la administración de la sociedad después de tantos años de servicio y esfuerzo. Ante esta situación, Luis decide presentar solicitud de concurso de «Megana» en el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, utilizando una contabilidad falsa que dejaría ver una situación económica tan mala como irreal. Con esta acción pretendía el acusado perjudicar tanto al accionariado nuevo que había infravalorado su gestión como la falta de confianza de aquellas personas por cuyos intereses económicos había velado en el pasado.

8.4.2. *Jurisprudencia*

«...aún cuando dichas conductas pudieren integrar el elemento objetivo del tipo en análisis, por cuanto, definido lo falso o inveraz como lo que no es conforme con la realidad, resulta indiscutible, verbigracia, que la atribución a un acreedor determinado de un crédito que realmente no tiene se trata de una discordancia de tal entidad y relevancia que constituye objetivamente la conducta descrita en el precepto y no puede bajo ningún concepto y por liviano que se sea en esta materia tener la consideración de simple inexactitud, sin embargo, no integran el elemento subjetivo del tipo toda vez que en dichas aportaciones falsarias no concurre en el autor un dolo reduplicado, que comprenda no solo el conocimiento y voluntad de la presentación de datos contables falsos, sino también alcance a que sea debida a la finalidad de obtener la indebida declaración concursal, por cuanto aun habiendo aportado el acusado consciente y voluntariamente datos contables falsos, sin embargo, no lo ha hecho con la finalidad de obtener la indebida declaración concursal, por cuanto solicitó no la declaración de suspensión de pagos sino la declaración de quiebra, que era la que se correspondía con la situación patrimonial de la mercantil, sino que lo hizo, como antes se expuso, con la finalidad de maquillar su gestión al frente de la mercantil y la crítica situación patrimonial en la que se encontraba a lo largo del ejercicio 1999, y, con ello, tratar de generar la apariencia de que las maniobras económicas emprendidas en dicho período de tiempo se realizaron con la finalidad de tratar de mantener la actividad económica de la mercantil cuando, en realidad eran el fruto de una administración inadecuada, merecedora de reprobación jurídica, con la finalidad de situarse en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores y con ánimo de no hacer pago de la deuda, perjudicando a los legítimos derecho de crédito de sus proveedores frus-

trando sus expectativas de cobro, dado que tales actuaciones empeoraron la situación de insolvencia que padecía...» (STS 437/2014, de 28 mayo [RJ 2014\3343]).

* * *

«Se trata la infracción anterior de un supuesto especial de modalidad de falsedad ideológica cometida por particulares (...)

No se sanciona en este artículo la llevanza ni la elaboración de una contabilidad falsa o fraudulenta, pues esta falsedad completa los tipos referidos a los procedimientos de ejecución colectiva, con los que obviamente se relacionan; es una falsedad de uso, al traducirse la conducta típica, no en una alteración de la verdad, sino en el uso que se hace del documento falseado, al tiempo que es una infracción de mera actividad, en la que no caben por tanto las formas imperfectas de ejecución. El delito se manifiesta con la presentación de datos falsos de carácter contable y consignados documentalmente para surtir efectos en procedimiento concursal, y cuya falsedad ha de ser, cuando menos idónea para producir el error que con la misma se pretende: El de lograr en suma indebidamente la declaración de una de dichas situaciones concursales, lo que deja fuera del ámbito penal las meras discrepancias contables... Por último, y como requisito subjetivo se hace imprescindible el conocimiento de tal falsedad por quien hace la presentación documental, requisito reflejado en la frase «a sabiendas» que la norma incluye, y junto a ello que su intención sea lograr la referida declaración que en la práctica y como más frecuente, se apunta la de la suspensión de pagos, haciendo pasar por esta situación verdaderos casos de quiebra, ante las indudables ventajas que ello reporta al deudor, en suma, intención o dolo que hace que no sean posibles las formas culposas...» (SAP de Las Palmas 38/2013, de 14 de junio [ARP 2014/1104]).

* * *

«El delito de falsedad del art. 261 C.P., en su redacción dada por el Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), luego reformado por Ley Orgánica 15/2003 (RCL 2003, 2744; RCL 2004, 695 y 903) para su adaptación a la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) de 9/7/2003, castiga al que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos (actualmente procedimiento concursal) presentare a sabiendas datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquellos.

Se trata la infracción anterior de un supuesto especial de modalidad de falsedad ideológica cometida por particulares, recogido en el capítulo VII del Título XIII, que lleva por rúbrica «De las Insolvencias Punibles», en que el bien jurídico protegido es, dado su encuadramiento, la protección de los derechos de los acreedores del proceso concursal y la salvaguarda de la objetividad de la actividad jurisdiccional.

Es un delito de simple actividad, no siendo necesario la obtención de la declaración en el procedimiento concursal, bastando para la perfección del delito la simple presentación de los datos falsos para tal finalidad. (...)

Respecto del elemento objetivo del tipo, definido lo falso o inveraz como lo que no es conforme con la realidad, la mutación de la verdad ha de recaer sobre elementos capitales o esenciales del documento, debiendo de tener la suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento» (SAP de Alicante 105/2014, de 21 febrero [JUR 2014\273178]).

* * *

«Además, se configura como un delito de peligro abstracto, ya que presentar datos contables falsos supone un riesgo evidente para el patrimonio de los acreedores de que se dicte una resolución judicial perjudicial para sus legítimos intereses, de manera que, sino es así, la conducta será penalmente atípica.

El delito de falsedad del art. 261 C.P. requiere para su aplicación de un elemento objetivo, que supone la presentación de un documento contable falso en un procedimiento concursal; y, de un elemento subjetivo, recogido en la expresión «a sabiendas» escogida para definir el tipo, que lo configura como una infracción eminentemente dolosa, siendo exigible al autor un dolo reduplicado en su acción falsaria, que comprenda no solo el conocimiento y voluntad de la presentación de datos contables falsos, sino también alcance a que sea debida a la finalidad de obtener la indebida declaración concursal (...)

Definido lo falso o inveraz como lo que no es conforme con la realidad, resulta indiscutible que la atribución a un acreedor determinado de un crédito que realmente no tiene se trata de una discordancia de tal entidad y relevancia que constituye la conducta descrita en el precepto y no puede bajo ningún concepto y por liviano que se sea en esta materia tener esa consideración de simple inexactitud que festivamente pretenden las defensas, por mucho que se escuden en que el crédito si existía y que lo único ficticio era solo el nombre del acreedor. Sobre la realidad del crédito ya tendremos tiempo de hablar más adelante, pero en lo que aquí nos importa, lo que cabe concluir es que la referencia a la existencia de un eventual crédito a nombre de un acreedor que no es tal es grosera y obscenamente contrario a la verdad, dicho sea con total respeto al derecho de defensa y en el estribito ejercicio de la potestad jurisdiccional y por ende constituye el requisito material del art. 261 C.P.

Pasando al primer elemento subjetivo del tipo, la presencia del dolo en la actuación de los acusados resulta innegable y la fundamentación que contiene la sentencia sobre este particular es absolutamente ejemplar» (SAP de Las Palmas 41/2009, de 20 enero [JUR 2009\158067]).

9. LOS DELITOS DE DAÑOS

9.1. Tipo básico (Art. 263.1)

9.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 121

Se declara que a las 14,28 horas del día 22 de diciembre de 2012, D. Porfirio procede con ánimo alterado y en detrimento del patrimonio ajeno, a fracturar la barrera de salida del establecimiento del centro comercial Mercabautor de Burgos, para lograr abandonar la zona de parking con el vehículo que allí tenía previamente estacionado, tras manifestar su negativa al abono del importe del ticket que no justificaba, ocasionando desperfectos en la barrera que deterioró y abandonando el lugar sin el abono del importe del ticket justificativo del servicio del parking disfrutado y no pagado, alcanzando el importe del perjuicio ocasionado a la cantidad de 550 €.

CASO N.º 122

Que entre las 22:00 horas del día 31 de octubre de 2013 y las 02:30 horas del día 1 de noviembre de 2013, noche en la que se celebraba la fiesta de Halloween, un grupo de unas diez a quince jóvenes, se desconoce si formado siempre por los mismos jóvenes o no, realizaron los siguientes hechos en la localidad de Puerto Lumbreras: En la calle El Palmar (barrio del Cortijito), desplazaron un vehículo, arrastrándolo y dejándolo cruzado en medio de la vía y obstaculizaron la calle Fuente Álamo del mismo barrio mediante la colocación de tres contenedores, que volcaron, obligando así a los conductores de varios vehículos a circular marcha atrás dada la estrechez de la vía, dirigiéndose a continuación corriendo hacia el barrio de Parador, donde tiraron petardos y dieron golpes a alguno de los vehículos que se hallaban estacionados así como a puertas y ventanas de alguna de las viviendas que encontraban a su paso y arrojaron huevos a sus fachadas. A continuación, en la Avda. Región Murciana, que es una carretera nacional y vía principal de Puerto Lumbreras, a la altura del Centro Médico lanzaron varias piedras a los vehículos que circulaban por dicha avenida y arrojaron a la calzada vallas de plástico, vallado metálico, conos de señalización que se encontraban en una obra contigua, piedras, palets de madera y bloques de hormigón, creando una especie de «barricada» y obstaculizando así dicha vía pública de manera peligrosa para los que por ella circulaban.

No ha quedado probado que los menores Carlos Antonio, nacido el día núm.000 -1997, José Miguel, nacido el día núm.002 -1999, Braulio, nacido el día núm.003 -1998, Isidoro, nacido el día núm.004 -1999, Sixto, nacido el día núm.005 -1998, Blas, nacido el día núm.006 -1997, Heraclio, nacido el día NUM007 -1998 y Remigio, nacido el día núm.008 -1998 formaran parte del referido grupo de jóvenes y realizaran todos o alguno de los referidos actos.

Ha quedado probado que Alberto, nacido el día núm.009 -1999, si arrojó diversos huevos, en número indeterminado, pero no que lo hiciera, con intención de alterar la paz pública, formando parte de un grupo de jóvenes que realizaban los mismos y/u otros de los actos vandálicos referidos. Tampoco ha quedado probado las consecuencias, en su caso, dañosas producidos por los huevos por él arrojados.

Ha quedado probado que el menos Fulgencio, nacido el día núm.000 -1997, con intención de alterar la paz pública, y actuando de común acuerdo con un grupo de jóvenes, participó materialmente colocando piedras en medio de la calzada que obstaculizaban la circulación de vehículos de forma peligrosa para la vida o integridad física de las personas que por ella circularan, en la Avda. Región Murciana, a la altura del Centro Médico, piedras que eran arrojadas por dichos otros jóvenes desde el otro lado de una valla que deslindaba la carretera de una zona de obras, y que junto con otros materiales como vallas, bloques de hormigón, etc eran colocados a modo de «barricada».

Al llegar a una placeta donde se congregaban la mayor parte de los jóvenes, unos cien, y que está muy próxima al Centro Médico antes referido sito en la Avda Región Murciana donde se obstaculizaban la calzada, un grupo de jóvenes empezaron a increpar a los dos agentes que se encontraban en el vehículo policial, e incluso se lanzó al menos un petardo al coche policial y el menor Carlos Antonio, lanzó una piedra de unos 5 centímetros de diámetro, impactando en la luna delantera de dicho vehículo causando daños cuya reparación, consistente en la sustitución de la luna delantera cuyo valor asciende a 666,71 euros.

CASO N.º 123

Que entre los días 2 y 4 de julio del año 2014, entre las 00:00 horas y las 09:00 horas, el denunciado, Rodrigo, quitó el cierre a una finca sita en polígono núm.000, parcelas núm.001 y núm.002, en el Valle de Rucayo, en Boñar de León, propiedad de la denunciante Inocencia, y metió en ella unas 28 cabezas de ganado vacuno propiedad del denunciado pastando en ellas y causando daños consistentes en haber sido comidas pastos de secano, consistentes en hierba de verano sembradas, siendo tasados pericialmente los daños en 303,17 euros. Al mismo tiempo y al recriminar los hechos Inocencia a Rodrigo, éste profirió a Inocencia expresiones como: «no me toques las vacas que sino te voy a quitar por delante».

CASO N.º 124

El acusado Leandro, mayor de edad y sin antecedentes penales, guiado por el ánimo de ocasionar un menoscabo patrimonial, cuando se encontraba en el bajo de la calle Leopoldo Álvarez de Xinzo de Limia, entre las 08 h. y las 8:50 horas del día 26 de septiembre de 2010, propinó reiteradas patadas a dos máquinas expendedoras de refrescos propiedad de la empresa «Snaks 24 H. S.L.», habiendo sido grabado el acusado cuando cometía estos hechos por una cámara de seguridad instalada en el interior del local.

Los desperfectos causados fueron peritados en la cantidad de 884 euros que abonó a Snak 24 H S.L la cantidad de 584,20 euros al haberse aplicado deducción por franquicia.

CASO N.º 124 bis

El acusado Julio Jose, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 6/8/2013 sobre las 17:00 horas con ánimo de menoscabar el patrimonio ajeno realizó rayones

en el vehículo Toyota matrícula...KKK, propiedad de su cuñado Miguel Ángel con el que tiene enemistad, que estaba aparcado en la Avda. Reyes Católicos de esta ciudad, ocasionando daños tasados en 525€ más IVA.

9.1.2. *Jurisprudencia*

«En este delito, regulado en el art.º 263, lo que se castiga es un resultado consistente en daños en propiedad ajena. Bien entendido que, conforme a la doctrina científica más moderna no es precisa la concreta intención de causar daño, pues basta con la existencia de un dolo de consecuencias necesarias fundamentalmente por el carácter residual del tipo genérico del daño, puesto en relación con los tipos complementarios...El conocimiento de la prohibición existente y el riesgo de causar daños si no se atendía ni acataba el mandato prohibitivo, conforman adecuadamente si no el propósito directo de perjudicar, al menos un dolo de consecuencias necesarias derivado de la finalidad lucrativa directamente perseguida (SS.TS 2037/2000 de 26 de diciembre (LA LEY 2385/2001) RJ 2000/10473; y 86/1997 de 29 de enero RJ 1997/111)» (SAP de Almería 346/2013 de 29/10/2013, LA LEY 263581/2013).

* * *

«en cuanto a la cuantificación de los daños se va a estar igualmente a lo argumentado en la sentencia de instancia si bien, al no haberse reparado el vehículo se va a excluir el IVA, puesto que no es daño que se haya producido; siendo, que los daños constan acreditados y así resulta de la diligencia de la policía incluida en el atestado instruido con motivo de la denuncia, agente que ha ratificado haber reconocido la existencia de aquellos. Por otra parte, la peritación ha sido realizada por el técnico encargado al efecto, sin que la parte haya aportado pericial o informe alguno tendente a desvirtuarlo; motivo, que como asimismo reconoce dicha parte, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alegada no es motivo suficiente para impugnar sin más el informe pericial existente en las actuaciones» (SAP de Zamora 39/2015 de 06/05/2015, LA LEY 67041/2015).

* * *

«Dicho lo anterior tenemos que referirnos a la entrada en vigor en el día de hoy, uno de julio de 2015, de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya norma deroga el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dedicado a las faltas, sin embargo ocurre que en relación con la falta de amenazas tipificada en el anterior artículo 620.2 del CP, dicha infracción no queda despenalizada sino que puede convertirse si existe denuncia previa en el delito leve que define el artículo 171.7 en la nueva redacción que le da la recientemente promulgada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que ha entrado en vigor el día de hoy. Del mismo modo la falta de daños definida en el anterior artículo 625.1 del CP no queda despenalizada sino que puede convertirse si existe denuncia previa en el delito leve que define el artículo 263.1 apartado dos en la nueva redacción que le da la recientemente promulgada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que ha entrado en vigor el día de hoy. Es por ello que en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado uno, de la referida Ley Orgánica, los hechos que han sido objeto del presente recurso de apelación han de enjuiciarse conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión, y por tanto le

es aplicable los preceptos del código penal anteriores a la actual reforma, lo que evitaría la necesidad de revisar la presente sentencia, por cuanto la nueva legislación no le sería mas favorable al ahora condenado» (SAP de León 360/2015 de 03/07/2015, LA LEY 104128/2015).

* * *

«Los delitos de daños vienen conceptuados por la doctrina como delitos contra el patrimonio sin enriquecimiento, esto es, que el menoscabo de bienes ajenos (y excepcionalmente propios en el art. 289 CP no se impulsa por el ánimo de lucro, ni tampoco, un específico «animus nocendi» y así la STS de 19 de junio de 1995 establece «no es preciso para que exista el delito de daños el elemento subjetivo del injusto típico consistente, como requería la antigua jurisprudencia de esta Sala, en una específica intención de dañar, como señala la Sentencia de 3 junio de 1995, basta en todo caso con la existencia de un dolo genérico», configurándose el contenido exacto del delito dentro de un amplio y genérico compendio desde el que la acción punible de dañar se corresponda con los verbos destruir como perdida total, inutilizar como perdida de su eficacia, productividad y rentabilidad, deteriorar como perdida parcial del ««quantum»» cualquiera que sea su representación, así como alteración de la sustancia o cualquier menoscabo o desmerecimiento, siempre bajo la causalidad de un «animus damnandi» o intención concreta de causar un detrimento patrimonial de forma consciente y voluntaria en un bien ajeno, cuya propiedad esta protegida por el derecho y cuyo detrimento es valorable económicamente, cualquiera que sea su íntima motivación, salvo que se acredite otro propósito que pueda exculpar su acción. La acción de dañar es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como aquella que «causa detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; acción de maltratar o echar a perder una cosa» (SAP de Las Palmas 94/2015 de 20/04/2015, LA LEY 122853/2015).

* * *

«...el tipo penal del artículo 263 Cp protege el bien jurídico patrimonio, frente a cualquier forma de ataque, que no estuviere recogido en otras figuras penales, y que cause un daño superior a 400 euros. Sus elementos son: (i) Como requisito objetivo, la acción violenta ha de recaer sobre una cosa o un bien ajeno. En este caso el edificio destinado a albergar los equipamientos y antenas de un repetidor de comunicaciones. Es por ello que se aplica el subtipo agravado del art. 263.2.4 Cp, ya que la acción afectó a bienes demaniales, es decir de titularidad pública —propiedad del Ayuntamiento de Bilbao— y afectos a un servicio público, el de las comunicaciones. (ii) Cuyo valor ha de ser superior a 400 euros, como se ha acreditado. Daño significa aquí toda destrucción, inutilización, alteración, deterioro o menoscabo de un bien. (iii) El tipo queda reservado a los comportamientos dolosos, los que se realizan con conocimiento y voluntad de la producción del referido deterioro al patrimonio ajeno, que concurre en el caso de manera evidente por el medio utilizado para producir ese resultado, un artefacto explosivo.

Precisamente esa circunstancia, la utilización de explosivos, trae la aplicación del tipo agravado del art. 266.1 Cp, aunque con la misma pena del 263.2 Cp. El subtipo de causación de peligro para la vida o integridad no es de aplicación al haberse producido el resultado (criterio de la absorción, art. 8.3 Cp)» (SAN 11/2013 de 06/02/2013, LA LEY 10895/2013).

9.2. Subtipo agravado (Art. 263.2)

9.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 125

Pio y Estefanía, ambos mayores de edad, carente de antecedentes penales el primero y con antecedentes penales no computables la segunda, de común acuerdo, en la tarde del 25 de mayo de 2013 se dirigieron en la localidad de Els Poblets al bar Galdys, estando estacionado a la puerta el vehículo con matrícula.... GBN, propiedad de Jose Manuel, alcalde de la localidad de El Verger, que se encontraba en el interior del bar, lo que fue aprovechado por Pio y Estefanía para rayar dicho coche en venganza de que el Sr. Jose Manuel, en su calidad de alcalde, no siguiera concediendo una ayuda social a Estefanía; ascendiendo los daños causados al vehículo en 1.524,60 euros.

CASO N.º 126

El día 14 de marzo de 1996, sobre las 13,30 horas, M.G.M.A., prestaba sus servicios de ATS en el Hospital Reina Sofía de esta Ciudad afecta a la UCI, trabajo en el que llevaba unos años.

Estaba catalogada como buena profesional y si bien carecía de tara psíquica alguna, en sus relaciones personales y profesionales era muy susceptible no consintiendo que sus derechos fueran menoscabados u olvidados. Por aquellos días se encontraba molesta con la supervisión por no haber sido informada de unas jornadas de trabajo que iban a tener lugar en Castellón y a las que pretendía haber ido, estado anímico que lo comentaba con compañeras y médicos con los que se relacionaba.

Aquella mañana desarrolló su trabajo con normalidad siendo vista poco antes de ocurrir los hechos haciendo fotocopias en una especie de «hall» situado enfrente del despacho de la supervisora; para hacer las fotocopias el personal se sitúa de espaldas al despacho antes citado cuya puerta es de madera y que se encuentra normalmente abierta salvo que haya una reunión de trabajo o visita.

En aquel momento llevaba desinfectante que normalmente está en los lavabos.

Sobre la hora indicada en un principio se recibe una llamada en el despacho de supervisión que es atendida por quien en aquel momento hacía de supervisora ya que la titular no había ido aquel día. Preguntó por «trasplantes» siendo reconocida su voz como la de la acusada quien dijo haberse equivocado. Más tarde, una nueva llamada telefónica de un Farmacéutico del Hospital, que pregunta sobre la posibilidad de sustitución de un suero, y ante la pregunta, que estimó la supervisora accidental debía ser contestada por un doctor, fue en su busca. Encontró a D. S.M.C., que tras unos dos minutos —estaba explorando a un enfermo—, se fue al despacho tantas veces citado donde el Farmacéutico debía estar al teléfono. Al acercarse vio, en un principio, a la ayudante de Supervisión haciendo fotocopias, y después, cómo salía la acusada de dicho despacho, escuchando al mismo tiempo un «portazo» de la puerta al cerrarla; la acusada no le comentó nada e iba tranquila no obstante acabar de prender fuego en dicho despacho utilizando alcohol, cosa que también hizo en el almacén, al entrar Don S.M.C. encontró fuego con bastante humo por lo que dio la alarma correspondiente. El servicio de detección e extinción del Hospital funcionó correctamente si bien se avisaron a los bomberos. Cuando se precedía a la extinción se dio la voz de que en un almacén colindante, aunque sin comunicación con el despacho, también había fuego. Los focos detectados fueron varios. No hubo que evacuar a ningún enfermo de la UCI y Unidad de Trasplantes contigua a la anterior ya que no trascendió a la zona de enfermos sino a la

antesala y al pasillo; incluso no se dejó de trabajar en una operación quirúrgica que en aquel momento se estaba realizando. Los daños afectaron a material de oficina, archivos y ordenador siendo el humo bastante por la combustión de papel y cartón. Al día siguiente fue encontrado en el despacho y en una papelera una bote de plástico de Ceta-vlon, oliendo a alcohol, que tras el informe pericial correspondiente resultó ser alcohol etílico de 96 grados. En ningún momento hubo peligro grave si bien más tarde por el humo algunos enfermos fueron trasladados. Los daños ocasionados ascendieron a seis millones doscientas cinco mil pesetas (37.292,12 euros) reclamados por el S.A.S.

CASO N.º 127

En un momento anterior a las 07.00 horas del día 18 de octubre de 2000, la acusada María P.A., mayor de edad y sin antecedentes penales, entró por una ventana de 90 por 90 cm que se encuentra en una bodega propiedad de su cuñado y denunciante en esta causa Juan L. M., portando una botella de 4 litros conteniendo ácido sulfúrico, teniendo dicha botella atada una pequeña cuerda y una bolsa con medio Kilo de sal, con el único propósito de verter los anteriores productos en las cubas que existen en la mencionada bodega (cuatro cubas pequeñas y una grande con una capacidad aproximada de 200 arrobas, unos 3.200 litros con un valor en el mercado de aproximadamente 1 millón de ptas) donde se estaba fermentando el mosto para la cosecha de esa época, con la finalidad de estropearlo y no hacerlo apto para el consumo. Con esa única finalidad logró acceder al habitáculo arrancando la reja de la ventana desde el exterior (la misma se encuentra a menos de 1 metro del suelo de la calle) ya que la misma está sujeta por un hierro que presionándolo se cae, e introduciendo previamente una silla y colocándola a modo de escalón se dejó caer al interior. Una vez en el interior procedió a verter un vaso de ácido sulfúrico en cada una de las cubas.

El vino en estado de fermentación término «picado» y tuvo que ser desechado.

CASO N.º 128

Que sobre las 11.15 horas del día 18 de abril de 2016, cuando el acusado, Luis N. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en el interior de una finca de su propiedad sita en el Barrio de la Loma, término municipal de Las Torres de Cotillas (Murcia), observó cómo sobre unos tableros donde tiene aperos para labranza se posaban un gran número de palomos que procedían de la suelta de competición deportiva de dichas aves que se estaba celebrando en el Barrio de la Media Legua de dicha población; en esta situación y con el fin de ahuyentarlos, el acusado cogió un palo al tiempo que los espantaba con gritos, consiguiendo que los palomos reemprendieran el vuelo con excepción de tres de ellos, que quedaron sobre los indicados tableros, siendo entonces cuando con el palo que portaba golpeó al palomo deportivo con anilla Z-913053, propiedad de Julio José A. G., al que llegó a causar la muerte. Según la pericial practicada por un miembro de la Sociedad de Colombicultura San Francisco, Media Legua, Las Torres de Cotillas, el palomo que resultó muerto, y ya estaba clasificado para la competición que se celebraba, ha sido valorado en 600000 euros.

CASO N.º 129

Rogelio, mayor de edad, sabiendo que el día 10 de junio de 2014 iban a proceder al desahucio del Piso sita en calle Marques de Alicante, procedió a romper las puertas con una maza de gran tamaño cuando la comisión judicial encargada del desahucio se encontraba en la puerta, haciendo caso omiso a los apercibimientos que el funcionario de justicia le profería para que cesase en su conducta.

9.2.2. *Jurisprudencia*

«(...) de ahí que el nuevo Código penal no haya extendido en relación con el anterior la especial protección de tales bienes a los efectos punitivos, que es su cometido, y cuya interpretación se realiza en esta sede casacional, sino que ha precisado su concepto con mejor técnica jurídica, derogando la anterior definición descriptiva y ejemplificativa (puentes, caminos, paseos, etc.), por otra más sintética, que se refiere a bienes de dominio público o uso público o comunal, bastando, sin embargo, con que se hubiese referido simplemente a bienes de dominio público, para englobar en dicha definición, lo que late en su seno, esto es, que la protección especial que este subtipo agravado dispensa se refiere a todos los bienes de dominio público, estén éstos afectos al servicio público, como al uso público, como al comunal» (Sentencia del Tribunal Supremo 1552/2000 de 10/10/2000, [RJ 2000\8268]).

* * *

«(...) en el presente caso decimos esto porque se pretendió por la acusación el reproche por el 264.2, y se acogió por la Juzgadora de primera instancia; dicho tipo exige los detrimentos en cosa de propiedad ajena, aunque en este caso no llegase a producirse, pero causados o podidos causar por el empleo de sustancias «venenosas o corrosivas»; los preceptos penales no pueden ser interpretados de una manera extensiva, yendo más allá de su significación propia; las sustancias con las que pretendía dañar o perjudicar al vino eran el vinagre y la sal; ambos no pueden de ningún modo ser calificadas como venenosas o corrosivas, pues se emplean precisamente en alimentación; por tanto la calificación procedente de la actuación de la acusada es encajable, no en el tipo aplicados 264.2, sino en el 263 del CP, daños no especificados en otros títulos del Código» (SAP de Granada 498/2002, de 16 de julio [JUR 2002/214201]).

* * *

«Ello no obstante, y como hemos ya anunciado, no podemos compartir el juicio normativo realizado por la Juez, que ha calificado los hechos como constitutivos del subtipo agravado de daños previsto en el art. 264.1.1.º del Código Penal anterior a la reforma operada por la L.O 5/2010, que castigaba el delito de daños con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses cuando, entre otros, se diera el siguiente supuesto: que se hubieran realizado para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hubieran contribuido o pudieran contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales.

Y no lo entendemos concurrente porque las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos, no permiten vislumbrar con la suficiente consistencia que el empujón de la moto se produjera como consecuencia de una acción de venganza, que además no se contempla en la redacción vigente del subtipo agravado, ahora contenido en el art. 263.2.1.º, que viene referido a la realización de los daños para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, y que, resultando más favorable al reo, nos permitiría prescindir del redactado anterior.

En todo caso, ni se aprecia una acción de venganza, ni tampoco una acción que sea consecuencia de acciones ejecutadas por los agentes en el ejercicio de sus funciones, pues lo acontecido con la moto policial más bien parece producto de un enfado, o un impulso, materializado en una acción desde luego incorrecta y reprochable, pero en la que no apreciamos el dolo criminal que permitiría la subsunción en el tipo del

injusto por el que ha resultado condenado el acusado, o al menos no podemos descartar que obedeciera a tales estímulos, como acontece en tantos casos en los que, a título de ejemplo, es detenida una persona y procede a patear o a golpear el vehículo policial en el que ha sido introducido, causando daños, sin que en tales casos se considere aplicable el cuestionado subtipo agravado. Estimamos que el hecho de que concurra el animus damnandi propio del delito de daños, no significa que concurra el ánimo de venganza en virtud del cual ha calificado la Juez la conducta» (SAP de Tarra-gona 407/2013 de 31/07/2013, LA LEY 168517/2013).

* * *

«Téngase presente, en este punto, que el fundamento evidente de la naturaleza agravatoria del tipo penal aplicado en la sentencia impugnada se encuentra en la alevosía que implica este medio que tiende directamente a asegurar el resultado o en la insidia que supone el empleo de sustancias peligrosas como el veneno o las corrosivas, así como el peligro indeterminado que implican para personas, animales o cosas. Elemento particular de este subtipo es sólo la propia conducta que requerirá siempre la presencia del veneno como cualquier sustancia susceptible de dar la muerte a los animales o plantas a quienes se suministra o en quienes se inoculan, o de las sustancias corrosivas por la que hay que entender las que producen un deterioro progresivo e irreversible sobre lo que se aplican sean cosas, animales o plantas. En todo caso es preciso que las sustancias empleadas sean susceptibles de producir los daños de estas características pues de lo contrario no existiría la figura agravada. A este respecto, téngase presente, como antes se dijo, que amén de la conclusión a que llegó el perito en el plenario en orden a la utilización de un producto químico corrosivo como medio de causación de los daños que nos ocupan, se cuenta con la propia naturaleza de las cosas que ofrece la realidad tangible de los deterioros, pues si estos son de la entidad de los constatados es obvio que el producto empleado no era inocuo, y tenía la capacidad de desgaste que caracteriza lo corrosivo, legalmente previsto para integrar el subtipo agravado, que atiende a la superior potencialidad del medio destructivo de que se vale el autor para incrementar el detrimento que se busca del patrimonio ajeno, demostrando además desde el punto de vista subjetivo una mayor perversidad y vileza en el sujeto activo» (SAP de Las Palmas 124/2015 de 28/05/2015, LA LEY 114711/2015).

9.3. Supuestos específicos de daños (Arts. 264, 264 bis, 264 ter, 265 y 266)

9.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 130

El acusado Carlos Miguel, que tiene conocimientos informáticos de programación en C, C++, Microsof Visual Studio C++, comunicándose en inglés escrito, se identifica en Internet con diferentes nicks o nombres como ronn/e, ronnie, san71ag0, schenker, hairman, ddd, stokosky, steppenwolf y mike 25. Utilizaba las direcciones de correo electrónico Dirección000 y Dirección002 y posee la página web Dirección 003 que es la mayor asociación de empresas de Internet que gestionan una importante red de canales chat de habla hispana formando parte de la misma Lleidanetworks Serveis Telematics SL (Sociedad mercantil cuyo objeto social es la prestación de servicios telemáticos y de correo electrónico), ONO Intelideas y WANADOO (empresas dedicadas a servicios de telecomunicaciones en Internet). El 24-12-02, el acusado fue expul-

sado de IRC-HISPANO en varias ocasiones (g-lineado) por establecer conexiones a través de V-Host (ordenador, que tiene como fin ocultar o dificultar la identificación de los usuarios en Internet) por lo que decidió vengarse realizando ataques de denegación de servicio distribuida (Ddos), consistente en múltiples ataques simultáneos y masivos en el tiempo que colapsaron las líneas impidiendo durante amplios lapsos temporales toda actividad. Dichos ataques comenzaron el 25-12-02, para lo cual, el acusado modificó un programa malicioso tipo gusano (virus informático) que extendió por Internet afectando a una pluralidad de usuarios sin su consentimiento, ni consentimiento, como el ordenador de Ildefonso o el de la empresa ICOPYRIGHT, usados por el acusado en sus ataques. Ese mismo día 25-12-02 Carlos Miguel remitió un correo desde la dirección Dirección000 dirigido a la cuenta Dirección001, haciéndose responsable de los ataques y amenazando con continuarlos lo que efectivamente llevó a cabo. Todas las máquinas infectadas estaban preparadas para, a una orden del acusado, lanzar ataques contra determinados servidores del IRC-HISPANO, para ello se conectaban a un canal de IRC, controlado mediante una clave de acceso por Carlos Miguel. Los ataques se fueron sucediendo en el tiempo de forma continuada y periódica desde finales de diciembre hasta mayo de 2003, afectando a los distintos proveedores de servicios de Internet que dan soporte a IRC-HISPANO y Lleidanetworks Serveis Telematics SL, a la que los ataques le causaron unos daños tasados pericialmente en 474.555 euros, a Cableeuropa S.A (ONO) cuyos daños se han cuantificado en 120.368 euros, a Intelideas y Wanadoo España S.L cuyos daños se habían de tasar y los daños causados a IRC-HISPANO 98.820 euros. Las cantidades anteriores no incluían los perjuicios de imagen. Carlos Miguel no tenía antecedentes penales, estaba diagnosticado de trastorno de ansiedad, teniendo reconocida una minusvalía del un 46%.

CASO N.º 131

El día 17 de agosto de 2003 el acusado, Cecilio, desde el terminal informático de su domicilio sito en la Calle 000 núm.000 – núm.001 núm.002 de la localidad de Alcalá de Henares, creó el virus gusano Kelar (también llamado Raleka), sin que se hayan acreditado el resto de los hechos por los que se formuló acusación consistentes en: «que con el virus infectaba a usuarios de Panda, de manera que una vez infectado el equipo informático éste se conectaba a la página web <http://www.arrakis.es/-900k>, la cual descargaba en el equipo un programa troyano que permitía el acceso por parte del acusado a toda la información del ordenador; así como el acceso y control remoto del equipo informático, todo ello sin conocimiento del usuario. Entre el 17 y el 28 de agosto que estuvo operativa dicha página web, 70.000 usuarios descargaron el virus y el programa troyano. En el disco duro del ordenador del acusado con n.º de serie núm.003 intervenido en la entrada y registro practicada en fecha 19-11-03 en su domicilio autorizada por el juzgado, se encontraron 396 ficheros de texto que recogen las conversaciones de canales de IRC y conexiones por ordenadores infectados con el virus Kelar; habiendo dado órdenes a algunos de éstos.

Dada la gran capacidad del virus y del programa troyano para destruir y modificar los equipos infectados, se ocasionaron perjuicios y confusión en los usuarios que precisaron de actividades de búsqueda y limpieza del disco duro.

CASO N.º 132

Jorge, mayor de edad y sin antecedentes penales. Entre los meses de agosto y noviembre del 2015, accedió a través de internet a las páginas web que contenían

información sobre virus informáticos, en la modalidad de Commawarrior, que afectaban a teléfonos móviles con software android, obteniendo información sobre el empaquetado de virus.

El día 6 de diciembre de 2015, encontrándose en el domicilio de su amigo Marcos le facilitó todo el software de virus que afectaban a los procesadores de los móviles, de tal manera que los móviles, una vez afectados con el virus, dejaban de funcionar automáticamente al tercer día, no siendo posible la reparación del teléfono móvil.

El día 7 de diciembre de 2015, Marcos de forma consciente y valiéndose de los teléfonos móviles n.º6511111111 y 8888888 adquiridos previamente, bien por el sistema Bluetooth o bien mensajería MMS, inició la expansión del virus, que se extiende de forma automática a los móviles próximos con procesadores android, y para tratar de eludir la acción de los sistemas anti-virus, modificó la denominación de los virus, agregando, de forma sucesiva, las letras del abecedario, desde la «a» a la «h». Como consecuencia de la citada expansión del virus, resultaron afectados 540 móviles con un perjuicio patrimonial de 62000 euros.

CASO N.º 133

El día 17 de agosto de 2015, Jaime, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el terminal informático de su domicilio sito en la Calle 17 de la localidad de Berja, creó el virus gusano Kielar, con el virus infectaba a usuarios de Panda, de manera que una vez infectado el equipo informático éste se conectaba a la página web <http://www.ki.es/900>, la cual descargaba en el equipo un programa troyano que permitía el acceso por parte de Jaime a toda la información de los ordenadores afectados, así como la transmisión de datos y control remoto del equipo informático afectado, todo ello sin conocimiento del usuario.

Entre los días 17 y 28 de agosto estuvo operativa dicha página web, 121000 usuarios descargaron el virus y el programa troyano.

Dada la gran capacidad del virus y del programa troyano para destruir y modificar los equipos infectados, se ocasionaron perjuicios y confusión en los usuarios que precisaron de actividades de búsqueda y limpieza del disco duro.

En el ordenador personal de Jaime se encontraron 3960 ficheros de texto de los usuarios afectados que recogen conversaciones de canales del RC y conexiones por ordenadores con el virus Kielar.

CASO N.º 134

Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha indeterminada del mes de septiembre de 2015, gracias a la relación laboral que había mantenido con Cornelio, se dirigió al proveedor de acceso de internet Terra, como si se tratara de Cornelio, solicitando nuevas claves para controlar el acceso a la página web «cornelius.com», cuyo titular era Cornelio, especificando que las nuevas claves debían remitirse a la dirección Calle Armirón núm.2 de Granada, sede de la empresa Corneliusexpress SL, logrando Luis que le fueran entregados los sobres certificados, por ser conocido personalmente por el trabajador de Correos destinado al reparto de correspondencia en la zona de la calle Armirón, y alegando que Cornelio era un cliente suyo, y una vez en poder de tales claves, bloqueó el acceso público en la red a la página citada y el borrado de datos de la empresa Corneliusexpress, impidiendo además que el verdadero titular, Cornelio, la controlara comercialmente, logrando de ese modo cambiar, de modo ilegítimo el dominio de la página web señalada hasta el punto de vender los

datos económicos y de gestión administrativa de la mercantil Corneliusexpress a la empresa Arrastre de Carrer SL que era propiedad de Luis.

Como parte de la maquinación y haciendo uso de las claves, procedió a sustituir la página de inicio por otra página en la que, sobre un fondo blanco, se indicaba que la página estaba desactivada, interesando aportaciones económicas voluntarias a los visitantes, indicando su número de cuenta 00000, cuya titularidad correspondía a la empresa Arrastre de Carrer SL.

CASO N.º 135

Rogelia, sin antecedentes penales, desempeñó su actividad laboral como programadora informática en la empresa «Freelam» SLU hasta el año 2005, fecha en la que fue despedida sin ningún tipo de indemnización.

Alberto, marido de Rogelia, fue contratado el 7 de febrero de 2015 como delineante por la empresa «Freelam» SLU (con objeto social diseño de carreteras), teniendo conocimientos de informática. Instalado en el estudio de arquitectura de la empresa Freelam y gozando de la confianza de Roberto, consiguió todas las claves al sistema informático.

Las labores de Alberto consistían en realizar en soporte informático los proyectos profesionales.

En el mes de septiembre de 2015, a Alberto le llegaron rumores de que se iba a reducir la plantilla de «Freelam», y que Roberto, como administrador único, había pensado en despedirlo.

El día 20 de septiembre de 2015 Alberto, preocupado por su futuro incierto en la mercantil «Freelam», se lo comunica a su esposa Rogelia, quien pidió a Alberto que le diese las claves del sistema informático de «Freelam» y, dado sus conocimientos informáticos, introducir un virus en el sistema, que fuera indetectable por los antivirus, y que formatease todos los ordenadores de la empresa «Freelam».

Convencido de lo manifestado por Rogelia, Alberto accedió a darle las claves, y una vez que estas estaban en poder de Rogelia, de forma consciente y movida por la venganza de su despido en el año 2005, el 23 de septiembre de 2015 procedió a acceder a los sistemas informáticos introduciendo un virus que encontró en una web de virus con la intención de borrar todos los datos del sistema informático de «Freelam2», cosa que no ocurrió por haberse detectado el virus por el sistema de protección de virus de la empresa «Freelam» dado que se trataba de un virus de estructura sencilla fácilmente reconocido por el sistema informático del que disponía «Freelam».

CASO N.º 136

El acusado Marcos, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el 19 de febrero de 2012 sobre las 00,30 h. Acudió al Bar Lupita de Tudela, sito en la calle Concarera, y encontrándose influenciado por la ingesta de bebidas alcohólicas causó molestias, así como en el Bar Pasasia, de la misma localidad.

Sobre las 1:30 horas, el acusado se dirigió al Bar Josema, sito en la plaza San Jaime de Tudela, y tras ingerir de forma desmesurada bebidas alcohólicas, fue requerido por el propietario para que abandonase el local, a lo que se negó, siendo avisada la Policía Municipal. Una vez en el interior del establecimiento, los policías se dirigieron al acusado y éste les contestó «sois unos sinvergüenzas, no tenéis cojones, yo voy preso, pero alguno mato», en una actitud claramente agresiva, por lo que los agentes procedieron a su inmovilización dentro del bar, le cachearon encontrando en un bol-

sillo del pantalón un mechero, y lo trasladaron a la comisaría de la Policía Nacional de Tudela, sita en la plaza del Padre La Sala n.º 7.

Los agentes de la Policía Municipal que trasladaron al acusado, junto con funcionarios de la Policía Nacional, le ingresaron en una celda de los calabozos, abandonando los primeros el lugar.

En los calabozos de la comisaría se encontraba tan sólo el acusado.

Una vez en su interior, y sobre las 02:17 horas, el acusado, bien utilizando el mechero que portaba u otro objeto no detectado el cacheo, apto para producir fuego, cogió la colchoneta, la deshizo en jirones, y en una esquina de la celda, le prendió fuego, iniciándose un incendio con llama y un intenso humo que se propagó por la celda, afectando el humo al resto del calabozo.

En esta situación, los agentes que custodiaban al acusado pudieron auxiliarlo, lo sacaron de la celda, sufriendo una intoxicación leve por humo el agente de la Policía Nacional núm. 003, de la que tardó dos días en recuperarse, siendo precisa sólo la primera asistencia facultativa para su curación, no encontrándose incapacitado para el desarrollo de sus ocupaciones habituales.

Como consecuencia del incendio, las dependencias de la Comisaría sufrieron desperfectos pericialmente tasados en 1.050,20 euros, estando varios días inutilizables para la custodia de detenidos.

El acusado ha sido diagnosticado de un patrón impulsivo conductual y trastornos mentales y del comportamiento debido al policonsumo de múltiples drogas o sustancias psicotrópicas, presentando también un trastorno de déficit de atención por hiperactividad, y era el tiempo de los hechos policonsumidor de sustancias tóxicas y bebidas alcohólicas, por lo que tenía sus facultades intelectivas y volitivas seriamente afectadas, al tener muy atenuada su capacidad para reprimir sus impulsos.

CASO N.º 137

El acusado, Isaac, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, celebró en calidad de arrendatario como administrador de la sociedad Distribuciones Adolfo Nogueira SL., un contrato de arrendamiento con Juan Pedro, cuyo objeto era el local comercial propiedad de éste sito en la Calle Ludeiro N.º 18 bajo, Puxeiros, Mos, dedicado a hostelería con el nombre de «Bar Coyote».

El acusado en nombre de la sociedad referida celebró contrato de seguro de daños con la entidad aseguradora Mapfre con número de póliza 074-0980593941 asegurando los daños que pudiera sufrir el citado local (continente y contenido).

Para la adecuación y mejora del local comercial para destinarlos al fin de hostelería se realizaron una serie de obras que fueron sufragadas por Segismundo, quién actuaba como socio del acusado en el negocio Bar Coyote, por un importe de 62.275,68 euros.

Denegada por el Concello de Mos la licencia municipal de actividad, el local fue precintado por orden de la alcaldía en fecha 19 de junio de 2010.

El acusado, el día 22 de junio de 2010, entró en el local comercial citado a las 12,30 horas y con ánimo de causar menoscabo al patrimonio ajeno, provocó un incendio en el cubo de basura, aplicando llama directa o fuego incandescente sobre el material combustible que había en el cubo de basura, propagándose por todo el local al estar en la proximidad un depósito de gasolina, causando daños que superaron los 400 euros.

El acusado el día 8 de septiembre de 2010, comunicó el siniestro a la compañía aseguradora Mapfre, sin que hiciera reclamación indemnizatoria alguna.

CASO N.º 138

El acusado Jesús María, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, sobre las 21.25 horas del día 25 de enero de 2007, con el propósito de causar desperfectos en los bienes ajenos, procedió a prender fuego a un contenedor de papel y cartón sito en la calle Dolores Ibarrubi de la localidad de Mislata, causándole cuantiosos desperfectos, de modo que ha quedado inútil para su uso. Dicho contenedor propiedad del Ayuntamiento de Mislata, ha sido valorado pericialmente en 986€.

El Ayuntamiento de Mislata reclama el importe de los daños causados.

CASO N.º 139

El acusado José Daniel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, estando el 28 de octubre del año dos mil, ingresado en los calabozos de la Comisaría de Policía Nacional de esta ciudad por haber participado en unos hechos objeto de enjuiciamiento en otro procedimiento, y tras haber sido devuelto a la celda al haber sido sorprendido en las afueras de la Comisaría tras escaparse de los mencionados calabozos, hecho también objeto de otro procedimiento, quiso hacer saber su malestar por estar detenido, malestar que lo manifestó gritando repetidas veces que iba a prender fuego a la comisaría. A tal fin, siendo las 18,30 horas, pegó fuego a la manta y colchón del calabozo, con objeto que no se ha podido determinar, provocando una gran humareda, por lo que tuvieron que intervenir los policías nacionales número 42599 y 48809, quienes entraron en los calabozos pese a que la visibilidad era escasa, apagando el fuego con un extintor y logrando sacar al acusado del mismo, a pesar de lo cual sufrió quemaduras en antebrazos y manos. Posteriormente acudió una unidad de bomberos, que ya se limitó a extender agua para refrescar la zona, y ello porque el fuego había sido sofocado. El agente 42599 fue asistido de asfixia por inhalación de gases y humos tóxicos, quedando curado a los dos días y quedándole excitabilidad esporádica. El calabozo sufrió daños por valor de 728,28 euros.

El acusado era toxicómano, consumiendo heroína y cocaína, y el día de los hechos había sido llevado al médico, que le prescribió la correspondiente medicina.

9.3.2. *Jurisprudencia*

«El artículo 264.2 del Código Penal vigente, establece textualmente que: «2. La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice, o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos».

La acción necesaria para cometer el delito consiste en cualquiera de las acciones de destruir, alterar, inutilizar o dañar, pudiendo utilizarse «cualquier medio», con lo que se engloba cualquier posibilidad, ya sea mediante una destrucción externa de un ordenador o mediante una entrada ilícita. La norma jurídica iguala, por tanto, un acto de destrucción física a un acto de manejo de un ordenador.

De las declaraciones anteriormente analizadas, no resulta la realización de ningún acto de borrado, deterioro, alteración, supresión de datos, ni programas informáticos, ni por supuesto, ninguna obstrucción o interrupción de un sistema informático en su conjunto.

Solo ha declarado en el acto de plenario un afectado y es don Carlos Alberto, el cual declara que le contactó un agente de la Guardia Civil y le dijo que su equipo se

estaba utilizando para envío de información, que tuvo problemas de conexión con el ruter y formatearon el disco duro, el agente le dijo que utilizaban su ordenador para infectar equipos, no sabe si su ordenador tenía un virus, pero el ordenador no funcionaba bien. Si bien parece que el ordenador del Sr. Carlos Alberto no funcionaba correctamente, lo cierto es que no se ha determinado si este defecto fue consecuencia del virus Raleka, o, tal y como ha señalado el perito, por una sobrecarga de información del ordenador, o por otra causa, y ello por cuanto que el agente que ha depuesto en el plenario, no ha sido interrogado acerca de las consecuencias de tal virus en el ordenador del Sr. Carlos Alberto, o si el mismo sufrió daño alguno a consecuencia de este virus, habiendo declarado el agente, como se ha recogido anteriormente que no sabe si se causaron daños, solo sabe que tenía capacidad para hacerlo.

Admitido por el acusado la creación del virus, así como por las propias investigaciones de la Guardia Civil, lo cierto es que de la prueba practicada no se desprende que se haya destruido, cercenado o inutilizado, ningún disco duro de ningún ordenador, ni tampoco que fueron alterados o dañados programas de ningún ordenador o servidor, pero es que, tampoco se ha probado que la intención del Sr. Cecilio, fuera dañar los equipos, y ello por cuanto el virus utilizaba una vulnerabilidad de Windows ya detectada, y para la que ya había solución, en definitiva, y en relación a este segundo delito, el resultado de la prueba practicada es compatible con la versión del acusado y no despeja las dudas que se plantean al respecto por lo que, en aplicación del principio in dubio pro reo, procede absolver a don Cecilio del delito de daños del art. 264.2 Cp de que había sido acusado» (Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Alcalá de Henares de 24/06/2014, [ARP 2014/690]).

* * *

«Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de daños, previsto y penado en el artículo 266, puesto en relación con el artículo 265 del Código Penal , ambos en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 7/00 de 22 de diciembre, artículos en los que se encuentran tipificados, entre otros, los daños graves producidos en establecimientos o instalaciones o en otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cometidos mediante incendio. Es razonable pensar, a la vista del móvil que se atribuye al acusado en la declaración probada de la Sentencia —llamar la atención— que el único resultado abarcado por el dolo de aquél fue el incendio de las cosas que tenía a su alrededor —todas ellas afectadas, claro está, al servicio del Cuerpo de Policía Nacional— por lo que nos encontraríamos ante el tipo delictivo previsto en el artículo 266 en relación con el 265 CP. Y ello porque tal figura requiere la concurrencia de dos requisitos fundamentales, cuales son, en primer lugar, que conste la realidad y cuantía del menoscabo patrimonial sufrido por el sujeto pasivo del delito, y, en segundo, que el ánimo o intención del agente y sus actos de ejecución demuestren de modo cumplido su designio de querer directa y exclusivamente causar un daño sin otro propósito que pudiera exculpar su acción» (SAP de Cadiz de 02/06/2007 [JUR 2007/190504]).

* * *

«Por tanto, concurren los elementos del tipo penal del artículo 266, apartados primero y tercero en relación con el artículo 265, del Código Penal que castiga «el que destruyere, dañare de modo grave o inutilizare para el servicio, aún de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, mediante incendio»; dado que el acusado dañó los calabozos de la comisaría de la Policía Nacional, mediante incendio de la celda, causando desperfectos en la misma que han sido valorados pericialmente en 1.050,20 euros, y ocasionando lesiones al agente de la Policía Nacional con carnet profesional número núm.003, que como consecuencia de la inhalación del humo tóxico, sufrió una intoxicación leve de la que tardó dos días en recuperarse, sin necesidad de tratamiento médico, durante los cuales no estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales» (SAP de Navarra 15/2015 de 17/02/2015, LA LEY 26413/2015).

* * *

«Sin embargo, ello no implica necesariamente que se estime que los daños se produjeron en bienes propios del imputado. Primero porque no hay tampoco ninguna prueba para estimar que se hicieron a su instancia, más allá de la presunción que se menciona de que al ser el arrendatario las obras las tuvo que hacer él. Segundo, porque según el informe policial el fuego afectó a elementos propios de las instalaciones como la instalación eléctrica, las paredes, los techos, las puertas..., cuyo mantenimiento en buen estado corresponde al propietario del local —de hecho, según resulta del informe de Taxo el local hay sido arrendado nuevamente, por lo que hubo que realizar obras de reparación en tales elementos—. Y además, el propietario también tiene ciertos derechos sobre los trabajos que se hayan realizado y puedan considerarse mejoras (arts. 23 y 30 LAU (RCL 1994, 3272)), por lo que al haber resultado dañados también se habría visto perjudicado económicamente. Por último, tampoco podemos olvidar que el art. 357 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) también sanciona a quien incendie sus propios bienes —con determinados requisitos—, mientras que aquí estaríamos hablando como mucho de incendio en bienes parte propios y parte ajenos, que no puede quedar impune sino que es sancionable dentro del tipo mencionado (artículo 266.1 en relación 263 C.P.), siendo posible establecer que le importe de los daños causados, a tenor de la valoración realizada, superó los 400€» (SAP de Pontevedra 1/2015, de 13 enero [JUR 2015/69308]).

* * *

«Los hechos probados serían constitutivos de un delito de daños con finalidad terrorista del artículo 574 del Código Penal en relación con el 263, 264.4, 266.1 y 2.

Entendemos correcta la calificación de daños ejecutados provocando explosiones sin peligro para la vida o integridad de las personas en bienes de dominio público propuesta por el Fiscal (se aplica la ley anterior a la reforma operada por LO 5/2010 ya que ni los desperfectos tienen la entidad de los estragos ni se produjo un peligro para la vida o salud de las personas, algo que ni siquiera ha sido objeto de debate.

El tipo penal del artículo 263 del Código Penal protege el bien jurídico patrimonio, frente a cualquier forma de ataque, no recogido en otros tipos penales, y que cause un daño superior a 400 euros. Sus elementos son: (i) Como requisito objetivo, la acción violenta ha de recaer sobre una cosa o un bien ajeno. En este caso el edificio destinado a juzgado de Paz y Registro Civil. Es por ello que se aplica el subtipo agravado del artículo 264.4 del Código Penal, en la redacción vigente entonces, ya que la acción afectó a bienes demaniales, es decir de titularidad pública y afectos a un servicio público, el de la justicia. (ii) Cuyo valor ha de ser superior a 400 euros, como es notorio e indiscutible. Daño significa aquí toda destrucción, inutilización, alteración, deterioro o menoscabo de un bien. (iii) El tipo queda reservado a los comportamientos dolosos, los que se realizan con conocimiento y voluntad de la producción del referido

deterioro al patrimonio ajeno, que concurre en el caso de manera evidente por el medio utilizado para producir ese resultado, un artefacto explosivo.

Precisamente esa circunstancia, la utilización de explosivos, trae la aplicación del tipo agravado del artículo 266.1 del Código Penal con la pena prevista en el apartado 2 de este precepto.

Además, los autores pertenecían a una organización terrorista cuyo objetivo es subvertir el orden constitucional mediante la segregación de una parte del territorio del Estado por medios violentos como los que recoge el tipo, entre ellos los daños causados con explosivos del artículo 266.1 del Código Penal.

Los hechos expresan necesariamente el dolo de autor, ya que el medio empleado perseguía la producción de grandes daños materiales en el local del juzgado de Paz —identificable como dolo directo, en el que el resultado es conocido y querido—, y, aunque se avisó de la explosión media hora antes, era previsible, y así lo asumieron los acusados, que se produjeran daños a otros bienes muebles o inmuebles de las inmediaciones, lo que representa el dolo eventual respecto a dichos resultados» (SAN 15/2012 de 29/02/2012, LA LEY 133113/2012).

* * *

«Lo anterior nos lleva a concluir que no nos encontramos ante un delito de estragos, art. 346,1 del C.P., ni un delito de incendio, del art. 351 del C.P., sino, como hemos adelantado, ante un delito de daños, art. 266.1 y 4 del C.P.

El delito de estragos consiste, básicamente, en provocar una explosión, con el consiguiente efecto dañoso y lesivo. Y, en este caso, si nos atenemos al informe de policía científica, no solo el alcance de los daños causados no sería propio de un delito de estragos, ya que no se afectó a la estructura del edificio y la propia vivienda no sufrió daños irreversibles o de estructura, sino que no hubo explosión, ya que la onda expansiva fue mucho menor, de entidad más leve, de modo que solo hubo deflagración. No estamos, como cabe apreciar, ante daños catastróficos, o de gran escala, que puedan afectar a una pluralidad elevada de personas.

Tampoco nos encontramos ante el delito de incendio previsto en el art. 351 del C.P., ya que, tomando como base el informe pericial, el resultado causado lo fue por efecto de la deflagración, que es instantánea, y de la que se desprende solo una llamada, y todo lo que se quemó fue por efecto del calor, no directamente por la acción del fuego, y, por otra parte, no fue necesario, eso se desprende del informe fotográfico aportado, ni agua ni espuma para sofocarlo, el fuego derivado de la ignición se consumió solo, con lo que no cabe hablar propiamente de incendio, no fue el fuego lo que causó el resultado producido, y, lo que es determinante, la llama que produce la deflagración es instantánea, de modo que el peligro de propagación insisto en el incendio no concurren en este caso.

Nos hallamos ante un delito de daños, del art. 266.1.4 del C. Penal, homogéneo con el delito de estragos, que castiga con prisión de uno a tres años al que cometiere los daños previstos en el art. 263, mediante incendio, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de simular potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida e integridad de las personas y cuando se cometieron los daños concurriendo la provocación de explosiones o utilizando otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, se impondrá la pena en su mitad superior.

Nos hallamos ante unos daños causados por deflagración de una bombona de gas, colocado en la galería exterior de una vivienda, es decir, con una onda expansiva menor, que provoca un resultado no previsto en el delito de estragos, de una magnitud

mucho menor, pero que acarrea peligro para la vida e integridad de las personas. Es decir, se acredita que tanto los cristales como el perfil de aluminio de la galería caen a la calle, y, en efecto, solo constan daños a los vehículos allí estacionados, pero potencialmente es evidente el peligro para los viandantes que hubieran podido pasar por allí, de haber caído sobre ellos tanto los cristales como el aluminio, lo que por suerte no sucedió. Así mismo, la Policía manifestó en Juicio Oral, que evacuaron el edificio porque, en un principio, no se podía evaluar si había sufrido daños la estructura del edificio, lo que finalmente se descartó. De este modo, los daños se causan utilizando un medio de especial peligro, como es una bombona de gas, y concurriendo peligro para la vida e integridad de las personas, porque lo cierto es que cae material destructivo hacia la calle, desde un piso elevado, en sexto, y el hecho de que únicamente resulten dañados vehículos es aleatorio, lo cierto es que podrían haber resultado lesionados peatones que circularan por la vía en ese momento, y, el tipo penal, no requiere sino el peligro abstracto.

Por otro lado, como ya hemos dicho, las llamas que causan la deflagración no tienen la entidad que cabe atribuir a un incendio, porque el peligro de propagación del fuego, en este caso, no era viable, ya que se extinguió solo, y lo que resultó quemado, en la vivienda, lo fue por efecto del calor, de la combustión, sin avanzar más allá del salón de la vivienda» (SAP de Valladolid 272/2011 de 28/06/2011, LA LEY 127539/2011).

9.4. El delito de daños imprudentes (Art. 267)

9.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 140.uno

En el año 2004, el acusado Landelino, promovió la construcción de un edificio en el solar sito en la calle San Pedro, número 7, de la localidad de Beniarrés. Para ello contrató los servicios del arquitecto, hoy también acusado, César, y para la demolición y construcción del edificio contrató a la mercantil Obras Lorcha, S.L., cuyo gerente era el acusado Pio, y en la que actuaba como encargado de la obra el acusado Santos.

En el mes de marzo de 2004 el acusado Santos comenzó la demolición para la posterior construcción en el mencionado solar, y para esta tarea Obras Lorcha, S.L. contrató a Virgilio, operario de la excavadora, y quien recibía órdenes directas de Santos.

El día 31 de marzo de 2004, sobre las 14.30 horas, ya efectuada la demolición y cuando se estaban realizando las tareas de cimentación de la nueva construcción, se produjo el derrumbe parcial del edificio contiguo sito en el número 13 de la misma calle, causándose daños en el bar «Mig i Un», propiedad de María Angeles, valorados pericialmente en 76.343 euros, y también se ocasionaron daños en el bar «People», propiedad de Ascensión, valorados pericialmente en 153.754 euros, por los que se reservan las acciones civiles para ejercitarlas en la vía civil. Los daños se debieron al proceder descuidado de los acusados Santos y Cesar en asegurar una cimentación adecuada y en adoptar medidas de seguridad que impidieran que el muro medianero se viera afectado como consecuencia de los trabajos de excavación.

CASO N.º 140.dos

Que el día 24 de junio de 2015, María Virtudes, mayor de edad, sin antecedentes penales, encargó la realización de unas obras en la parcela de su propiedad sita en la

Calle.000, núm.000 de Madrid, colindante con otra parcela sita en el número NUM001 de la misma vía, propiedad de Félix. Parte de dichas obras consistían en el derribo del muro medianero que dividía ambas fincas, muro que retenía tierras y salvaba un desnivel entre ambas fincas. Muy próximos al muro medianero y dentro de la propiedad de Félix, se hallaban 48 árboles de la especie «Cypressus Arizónica Green», que habían sido plantados por el citado Félix hacía unos treinta años, en alineación paralela al citado muro. Dichos árboles tenían una altura de 8 a 12 metros. El derribo del muro medianero motivó, directamente, la caída al suelo de dos de los árboles descritos anteriormente y al quedar sin apoyo el resto del arbolado, los bomberos, avisados por el perjudicado, ordenaron talar el resto de arbolado, para evitar el riesgo de una caída incontrolada. Los árboles que se cortaron o derribaron a consecuencia de estos hechos tenían un valor de 80010 euros.

CASO N.º 140.tres

El día 11 de julio de 2006, sobre las 14:40 horas, D. José Manuel, mayor de edad, y sin antecedentes penales, se hallaba en la finca de su propiedad sita en el Camino 001 n.º núm.001, de la localidad de Valdetorres del Jarama (Madrid). D. José Manuel procedió entonces a cortar un trozo de hierro usando para ello una sierra radial sin adoptar previamente ninguna medida preventiva, en atención a la elevada temperatura del día y la sequedad del terreno colindante a su finca, provocando que alguna de las chispas producida por su actividad prendiera el sembrado contiguo, iniciándose un incendio que se propagó rápidamente por una superficie aproximada de unas 15 hectáreas.

Como consecuencia del incendio anterior resultó afectada la parcela sita en Dirección001 núm.002, dedicada a yeguada, propiedad de D. Adriano y Dña. Guillerma, quedando completamente calcinados su vehículo Mitsubishi Montero matrícula F-....-FG, valorado en 4.910 euros; una construcción de madera destinada a vivienda con sus infraestructuras, boxes de cuadra con sus accesorios, instalaciones de riego, ejemplares de jardinería y cercado con pastor eléctrico valorados en 201.340,25 euros; joyas objetos de arte, valorados en 4.665 euros, una caravana Roller Class 495, valorada en 6.000 euros; dos bicicletas, valoradas en 150 euros; un potro llamado Palillo, nacido en 2005, valorado en 12.000 euros; dos perros, una gata y una tortuga, valorados en 400 euros; diversas reservas de alfalfa, pienso, paja y viruta, valorados en 2.000 euros; aperos y herramientas, valorados en 6.000 euros; once equipos de monta para caballos, valorados en 9.000 euros; diversos enseres de la vivienda (porche, salón, habitaciones, cuartos de baño, cocina y ropa), valorados en 38.700 euros; y alojamiento de los caballos durante dos meses, valorado en 2.594 euros.

Además dentro de las instalaciones de la yeguada, resultaron calcinados seis equipos para jinetes, seis equipos para mantenimiento, cuatro equipos para limpieza de caballos, ocho equipos para caballos, dos sillas de montar, cuatro juegos de sudaderos y mantillas, medicinas, herramientas, tres conjuntos de bocados y cuatro de cabezadas y riendas, propiedad de D. Sebastián y valorados en 4.786 euros.

También resultaron calcinados dos protectores, escurridor, sacabocados, orejeras, filete, estribos, estuche, fusta, ramal, dos cabezadas, casco, cinta, acciones estribo, felpudo, montura, macel, cinta cuero, pecho, cincha, cabezada, dos mantillas, dos gomas, vendas y una manta, propiedad de Dña. Frida, valorados en 4.600 euros.

Asimismo quedaron destruidos por el juego dos monturas, dos cabezadas, dos embocaduras, dos restos de equipo, dos mantas, dos juegos de protectores, dos cascos marca Jarry, propiedad de Dña. Estibaliz, valorados en 2.922 euros.

Quedaron calcinados siete mantillas, dos salvacruces, una silla Salid, pechopectral, cabezada, dos espuelas cabeza para montar, dos filetes anillas, polainas, dos guantes, tres mantas, doce protectores, un casco y productos de limpieza, propiedad de Abelardo, valorados en 2000,03 euros.

Igualmente resultaron calcinados un armario-cajón, vendas, campanas, sudaderos, recogedor y rastrillo, escoba, protectores, riendas, dos cabezadas, estribos, arandela y productos de limpieza, propiedad de Dña. Tomasa, valorados en 505 euros.

Por último, fueron destruidas una silla de montar y unas botas propiedad de D. Eleuterio valorados en 700 euros.

Por otro lado, resultaron con desperfectos producidos por el fuego la parcela núm.003, polígono núm.004, propiedad de D. Dámaso, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle; la parcela núm.005 y núm.006, propiedad de D. Íñigo, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle, la parcela núm.007, polígono núm.004, propiedad de Dña. Nieves, cuyos daños no han sido tasados; la parcela núm.008 polígono núm.004, propiedad de D. Teófilo, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle; la parcela núm.009 del polígono núm.004, propiedad de los herederos de D. Borja, que no han sido hallados; la parcela núm.010 del polígono núm.004 propiedad de D. Dámaso, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle; la parcela núm.011 del polígono núm.004, propiedad de los herederos de D. Faustino, que han renunciado a la indemnización que pudiera corresponderles; la parcela núm.012 del polígono núm.004, propiedad de Maximiliano, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle; la parcela núm.013 del polígono núm.004 propiedad de la entidad Venair Ibérica S.A. y cuyo legal representante es D. Carlos Antonio, que ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle; y la parcela núm.014 del polígono núm.004, propiedad de los herederos de Dña. Lourdes, que han renunciado a la indemnización que pudiera corresponderles.

D. José Manuel Tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la entidad Seguros Ocaso con número de póliza núm.015, que cubría los daños producidos hasta la cantidad de 70.732,08 euros.

CASO N.º 140.cuatro

Sobre las 7.30 horas del día 9/12/2002, el acusado Luis Angel, mayor de edad y sin antecedentes penales y como patrón del mismo, iba navegando en el puente de la embarcación pesquera Las Tres Marías matrícula 3.ª CA-2-1/95 propiedad de la entidad Pesquera Martra S.L. y asegurador con Murimar, haciéndolo en aguas de la costa de Sanlúcar de Barrameda.

En un momento dado el acusado se percató de la presencia del barco pesquero Mi Nueva Voluntad, matrícula 3.ªSE-1-859, propiedad de Antonieta y asegurado en Mapfre, buque que navegaba a una milla y media náuticas de distancia del primero con las artes de pesca de arrastre extendidas, las luces reglamentarias encendidas y en dirección a un mismo punto por el que debían pasar los dos buques de seguir el mismo rumbo, teniendo la preferencia en el paso el barco Mi Nueva Voluntad tanto por su dirección relativa, como por ir faenando y en consecuencia ser su maniobra más compleja.

Pese a ello y por causa no determinada, ya fuera por no prestar la debida atención, ya por dormirse el acusado o por calcular mal las distancias, cuando ambos barcos se cruzaron el acusado, no había hecho maniobra alguna para permitir el paso del otro o esquivarlo, ni trató de parar el motor o de realizar maniobra alguna, ni señaló su

presencia con señales acusáticas, de modo que el barco Las Tres Marías abordó con la banda de babor al buque Mi Nueva Voluntad, causándole importantes desperfectos que consistieron en rotura de la zona de babor, del puente de mando, daños en la instalación e instrumentos electrónicos de navegación rotura de palo de proa y balsa salvavidas, daños que implicaron la parada de la actividad del barco, siendo puestas a flote el 29/5/03, realizándose la prueba de estabilidad el 12/1/04 y siéndole expedidos certificados el 15/03/04.

Mapfre ha abonado a la armador ala suma de 82.804,91 € subrogándose en su acción civil.

No se ha determinado la cuantía exacta de los daños materiales causados en la colisión si bien son al menos de 75.000 €

CASO N.º 140.cinco

El buque petrolero «Robert M.», de bandera danesa, propiedad de las compañías Aktieselskabet Dampkibsselskabet Svendborg, y Dampskibsseleskabet AF 1912 Akatieselskab, de 170,01 metros de eslora, 23,14 metros de manga y 15,37 metros de puntal, con póliza de seguros concertada y vigente con Codan Forsikking, (ex-Hafnia Forsikking), sobre un valor asegurado en la suma de 20.000.000 de dólares, cargado con unas 22.000 toneladas de gasolina, debidamente aseguradas en los tanques dispuestos para tal tipo de transporte, llegó a Tarragona a última hora de la tarde del 11 de febrero de 1993, quedando fondeado en la bahía de esta ciudad en espera de atraque.

A primera hora de la mañana del día siguiente, 12 de febrero de 1993, el «Robert M.» tenía previsto entrar en el puerto y atracar en el muelle de descarga, concretamente en el pantalán de Repsol, situado a unas dos millas, aproximadamente, del lugar del fondeo.

A las 8:05 horas embarcó en el buque D. Alberto G. S., Práctico del Puerto de Tarragona, poniéndose inmediatamente en contacto y al habla con el acusado D. Ole K. J. N., capitán del buque, y sobre las 8:20 horas una vez comprobado el perfecto funcionamiento de la máquina principal, timón, hélices transversales y demás elementos del buque, lo que se hizo constar en el correspondiente «chek list» entregado al práctico, se levó el anda de babor y se inició la maniobra de aproximación sin que se proveyera la ayuda de remolcadores a tal efecto, asistencia que podía obviarse atendido que el buque estaba dotado de hélices de empuje lateral, tanto a proa como a popa, accionables desde el interior del puente de mando o desde cada uno de los dos alerones del buque, elementos que proporcionan a los buques dotados de ellas de una gran maniobrabilidad, de aptitud idónea y suficiente para las maniobras de atraque y desatraque. Tal condición excepcional de maniobrabilidad, además, viene compadecida por el artículo 18 del Reglamento de Policía del Puerto de Tarragona, que la considera como presupuesto para enervar el uso obligatorio, en los demás supuestos, de por lo menos un remolcador, para las maniobras de atraque en el pantalán de Repsol.

Entre las 8:21 horas y las 8:30 horas se ejecutó la orden de máquina «media avance», observando el buque una velocidad de 7 nudos, aproximadamente. Este orden, como cualquier otra de las que van a considerarse eran dadas por el práctico Sr. G. S. y del todo avaladas por el capitán Sr. K., responsable último para su aprobación, sin la cual no se hubieran llevado a cabo, habiendo quedado acreditado que el acusado no objetó ninguna de las indicaciones del práctico, trasladadas al telégrafo de órdenes de la máquina y comprobadas a través de sus oportunos registros.

Aproximadamente a las 8:37 horas, el buque llegaba a la altura de la escollera del puerto, pasando «entre puntas», observando una velocidad media de 7 nudos y el régimen de máquina era de «media adelante».

A las 8:40 horas, con máquina «poco adelante» y velocidad aproximada de 6,2 nudos, el «Robert M.» se encontraba a unos 400 metros —distancia concordante, aproximadamente, con 2,5 esloras del buque— del pantalán de Repsol, accionadas las hélices de empuje lateral de proa todo a babor (girando la proa a babor) y las hélices de empuje lateral de popa todo a estribor (girando la popa a estribor).

A las 8:43 horas, la máquina ya ejecutada la orden de «muy poco adelante», iniciándose la maniobra de reviro del buque con la ayuda del timón y de las hélices laterales, para presentar el costado de estribor al muelle.

La velocidad a la que el buque realizaba la maniobra determinó que las hélices laterales perdieran gran parte de su eficacia, pues su rendimiento al 100% se obtiene cuando el buque está parado pero cuando lleva arrancada pierden gran parte de su capacidad; así, a 6 nudos, el rendimiento de la hélice de proa decae hasta su 40% y hasta el del 38% la de popa.

Fue a partir de ese momento cuando el acusado advirtió que la maniobra de reviro no parecía acometerse en forma adecuada para llevar el buque en paralelo al pantalán, que se encontraba ya a escasa distancia.

Se ejecutaba la orden de máquina parada y a continuación y en menos de un minuto —entre las 8:45:30 horas y las 8:46:13— se ejecutan las órdenes sucesivas de «poca atrás», «media atrás» y «toda atrás», ejecuciones que, no obstante, no evitaron que segundos más tarde, a las 8:47 horas, la proa del «Robert M.» golpeará el puente de acceso entre el muelle 235 y el muelle 80/100. Los 300 metros de dicho puente estaban contruidos con hormigón de pequeño espesor y conducían 30 tuberías y una carretera. En la zona de impacto había un oleoducto y una tubería de nafta que esta presurizada. El punete se derrumbó entre los dos muelles y se incendió el petróleo derramado al agua por la rotura de las tuberías.

El buque sufrió daños de escasa consideración en la plancha de proa.

Repsol Petróleo, Repsol Explotación, S.A., CNWL OIL Company of Sapin, Owehp España, S.A., Compañía de Investigación y explotaciones petrolíferas LUCAZ OIL Company of Spain, que explotaban la citada instalación sufrieron importantes perjuicios. Asimismo, Remolques y Navegación, S.A., y Remolques del Puerto y Altura, S.A., se vieron obligados a emplear sus remolcadores para sofocar el incendio y zafar de la zona a los barcos «Gaz C.», propiedad de Naftomar S. and T. y «Kapitan P.», de titularidad de Novorossiysk S. C. y al propio buque siniestrado.

Los Ayuntamientos de Tarragona, Vilaseca, el propietario del Hotel Estival Park de Salou, y el Estado comparecieron, al igual que las mercantiles y las propietarias de los buques Gaz Coral, y Kapitan Putilin, personándose en la causa de la que ulteriormente se apartaron —a excepción del Estado—, renunciando a cualesquiera acciones que pudieran corresponderles, Las playas de Vilaseca, Salou, Cambrils, y Tarragona resultaron afectadas por el derrame de hidrocarburos al mar por la rotura de las tuberías del pantalán.

La empresa «Carvisa», con instalaciones próximas al lugar del accidente tuvo que invertir 594.550 euros, en tareas de limpieza de las caravanes que habían quedado cubiertas de hollín y suciedad a consecuencia de la intensa humareda producida.

Los daños y perjuicios ocasionados han de considerarse manifiestamente superiores a diez millones de euros.

En los minutos previos al siniestro, el primer Oficial de Cubierta y dos marineros se encontraban en el puesto de ataque de cubierta, en proa estribor, preparando los

cabos para atracar y a una distancia, susceptible de ser recorrida en 7-8 segundos para llegar hasta el lugar de localización del molinete de anclas de babor. El acusado no ordenó fondear —en otras palabras, echar anclas—, evitando así una situación de incremento notabilísimo del riesgo para la tripulación del «Robert M.» ya que el buque hubiera quedado atrapado en el pantalan y hubiera podido afectarse, por los incendios y explosiones que se sucedían, la carga de las 22.00 toneladas de gasolina que transportaba y que quedaron indemnes.

Además de la inadecuada, por elevada, velocidad del buque al comienzo del giro a babor para su aproximación paralela al pantalan, concurrió también la circunstancia de que el nivel del agua —entre 1/2 y 3/4 de metro por debajo del normal— en el puerto de Tarragona produjo alteraciones en la capacidad de maniobra del buque, si bien la interacción de dicha circunstancia supuso una contribución menor a lo infructuoso del atraque.

9.4.2. *Jurisprudencia*

«La conducta descrita en los hechos probados integra el delito descrito en el art. 267 del C. Penal.

La imprudencia grave requiere para su existencia una conducta en la que se omita la adopción de las cautelas más elementales (S.T.S. 665/2004, de 30-06 y 1841/2000, de 1-12). La diferencia entre la imprudencia grave y leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo ponderarse las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado.

En este caso, los hechos se producen a las 14:40 del día 11 de julio, utilizándose una sierra radial para cortar un trozo de hierro en un lugar próximo a un sembrado de trigo, que todavía no se había cosechado. El acusado debió advertir la presencia del peligro grave de incendio que podían originar las chispas de la radial, y adoptar aquellas cautelas más elementales para evitar el incendio, por ello es evidente que nos encontramos ante una imprudencia grave que exige el art. 267 del C. Penal, produciéndose daños que exceden de 80.000 euros» (SAP de Madrid 542/2014 de 12/05/2014, LA LEY 129139/2014).

* * *

«(...)nos enfrentamos ahora con uno de los principales caballos de batalla del recurso, esto es, el relativo al sistema de cuantificación del que la juzgadora de instancia hace uso a los efectos de integrar el elemento objetivo del delito de daños imprudentes ex. art. 267 CP, elemento cuantitativo que aquella estima no concurriría en el supuesto «sub iudice» al estimar que, de conformidad con la doctrina del TS, el daño habría de quedar referido «al causado individualmente a cada afectado o denunciante, no a los daños conjuntos sumando todos los de los denunciantes, de lo que concluye que el daño de cada edificación tiene una autonomía excluyente a la hora de cuantificar los daños concretos para determinar la existencia del delito en relación al límite cuantitativo del art. 267 del Código Penal». En estos exactos términos se pronuncia la sentencia rebatida y, sin que la Sala vaya a profundizar más allá por las razones que en seguida se dirán y sin siquiera poder entrar a desarrollar lo relativo a la acreditación o no en autos de la concreta cuantificación de los daños ocasionados en cada una de las viviendas, también objeto de amplísimo debate, sí resulta lo cierto que no se comparte tal criterio y que en este concreto particular se estima asistiría razón a la Acusación Particular por cuanto que, no ya la más reciente doctrina jurisprudencial

así lo destaca, como resulta de la citada en el recurso STS 562/2010, de 9.6, sino que tanto desde la Circular 2/1990 de la FGE, como de forma mayoritaria la doctrina, vienen estimando que ante una sola acción u omisión delictiva productora de daños a diferentes perjudicados, han de ser sumados los correspondientes a todos ellos a fin de determinar si queda o no integrado el elemento objetivo del tipo penal» (SAP de Granada 434/2013 de 25/07/2013, LA LEY 192883/2013).

* * *

«Los hechos son constitutivos de un delito de daños por imprudencia grave del art. 267 CP. La realización de una acción voluntaria, intensamente contraria a las normas de cuidado exigible y causalmente generadoras de daños a terceros ya se ha desarrollado en los fundamentos anteriores. La superación del mínimo exigido para la tipicidad del hecho no aparece como discutible, dada la magnitud de las cuantías de las valoraciones antes referidas, que superan notablemente el límite de 80.000 euros aún aceptándose la tasación inferior. En todo caso, ciñéndonos a los daños que son objeto de concreta reclamación en juicio y que determinan (apartados B y D del fundamento) el reconocimiento de indemnizaciones a favor de los perjudicados, la cuantía de los daños que se han de indemnizar supera también holgadamente el mínimo legal (150.295,76 euros), a los que habrían de añadirse los daños que han sido ya indemnizados (apartado A) y los que deben evaluarse en ejecución de sentencia (apartado C), además de deber tenerse bien en cuenta que las peticiones definitivas del Ministerio Fiscal, eliminadas las duplicidades en que se incurre, y de las partes no superan los cincuenta perjudicados, pese a que fueron más de ochenta inmuebles los dañados. En consecuencia, la producción de daños que superen el umbral exigido para incriminar su generación por imprudencia grave resulta plenamente acreditado y en rigor no se cuestiona, como se advierte en los escritos de defensa, y ello —dada la holgura con que se supera— aún de efectuarse correcciones (eliminación de porcentajes de IVA o mano de obra) que se han de aplicar para depurar el resultado dañoso a efectos penales (STS 11-3-1997).

Para dar respuesta a los argumentos de la defensa cabe concluir que la formulación de denuncia o reclamación por la inmensa mayoría de los perjudicados, tal y como figura en el atestado inicial y se reseña en su relación individualizada en el Fundamento Jurídico Séptimo) permite tener por cumplido el requisito de procedibilidad del párrafo segundo del art. 267 CP, sin que la mera renuncia al ejercicio de acciones o el reconocimiento de haber sido indemnizado pueda equivaler —como se postula— al perdón previsto en el art. 130.5 CP., que exige una expresa formulación en tal sentido. En todo caso, como se acaba de señalar, el mantenimiento de pretensiones de condena relativas a múltiples perjudicados aún no indemnizados y que sufrieron daños que superan el límite legal hace inviable el argumento» (SAP de A Coruña 35/2009 de 28/10/2009, LA LEY 230605/2009).

* * *

«La configuración de los tipos de imprudencia en el C. Penal de 1995 gira, alrededor de la distinción entre imprudencia grave y leve, gradación con cierta equivalencia con la imprudencia temeraria y la simple que recogía el texto derogado de 1973. En este supuesto, la distinción alcanza especial relevancia, puesto que, como es sabido, el C.P. de 1995 ha destipificado la imprudencia leve con resultado de daños, manteniendo únicamente el tipo imprudente de daños del art. 267 del Código Penal para el caso de daños ocasionados por imprudencia grave. Por tanto, con independencia de los cuantiosos daños ocasionados en el siniestro sometido a nuestra revisión, lo cierto es

que lo determinante de la relevancia penal de los hechos será la gradación que se realice de la culpa en que pudiera haber incurrido el acusado por este hecho. Al respecto, y en relación a la imprudencia, la jurisprudencia venía gradando la conducta culposa en relación al grado de poder de previsión («poder saber») y al grado de infracción del deber de cuidado («deber evitar»), indicando que la imprudencia temeraria consistía en la omisión del cuidado que resulta indispensable en el ejercicio de la actividad que implica el riesgo ajeno (S.S.T.S. 29-10-94, 17-7-95 y 22-9-95, entre otras). Con mayor detalle, las SS. T.S. 15-4-97 y 28-2-98 indican que el desvalor de la acción impone que exista una infracción de la norma de cuidado que, a su vez, se descompone en dos: a) El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente; y b) el deber de cuidado externo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida. Cuando nos referimos a los supuestos de impericia o negligencia profesional, indica el T.S. (SS. 5-11-90, 7-3-91, 16-12-91, 23-4-92, 30-1-96) que consiste bien en la carencia de los conocimientos propios, habilidad o experiencia exigibles para el desempeño de la profesión que se trate (impericia), bien en la omisión de las específicas normas de prudencia técnica impuestas a los profesionales en la ejecución de los actos de su profesión y que hacen gravitar sobre ellos una exigibilidad superior en el cumplimiento de sus deberes objetivos de cuidado (negligencia).» (SAP de Tarragona de 28 de junio de 1999, [ARP 1999\3286]).

10.

LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

10.1. Tipo básico (Art. 270.1, 2, 3, 5 y 6)¹⁹

10.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 141

El denunciante D. Cosme, con titulación académica de Ingeniero Técnico Agrícola, presentó en enero de 2005 su Proyecto de fin de carrera en la Universidad de La Laguna, cuyo objeto fue la captación del agua de la niebla en el sector central de la vertiente norte de la isla de Tenerife, correspondiendo los derechos de autor a éste y a la Universidad de La Laguna. Que D. Cosme, comenzó a trabajar para la empresa «Natural Aqua Canarias S.L.» desde el día 9 de marzo de 2005 hasta el día 29 de febrero de 2008, momento en el que concluyó su contrato con la empresa en la que el acusado D. Juan Manuel, era el representante legal. Que dicha relación laboral se extingue en virtud de un despido improcedente fechado el día 26 de marzo de 2008. Que el denunciante en colaboración con D^a. Montserrat eran los encargados de elaborar los proyectos que después pasaban a su jefe D. Juan Manuel para ser supervisados, los cuales les eran solicitados a la empresa por diferentes clientes. Que en el año 2006 dentro del proyecto europeo Dysdera, Programa de seguimiento de estaciones de captura de aguas atmosférica Interreg IIIB, Açores-Madeira-Canarias, cuyo objetivo era crear un mapa de brumas global para estudiar la rentabilidad como fuente de agua pura, la empresa «Fundación Global Nature 2001», como jefe de filas del proyecto Dysdera, requirió los servicios a las empresas «Natural Aqua S.L.» como la que realizaría la aportación técnica de la obra y la ejecución y a Adaptecnia IGT S.L., como la redactora del proyecto de uno de los informes que se facilitaría a Dysdera. Que las entidades mencionadas, empresas «Natural Aqua S.L.» así como Adaptecnia IGT S.L. se cedían información de forma regular. Que para este proyecto Global Nature pagó aproximadamente a Adaptecnia IGT S.L. la cantidad de 36.000 euros.

¹⁹ A la conducta típica prevista en la regulación anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 consistente en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, se añade la de explotar económicamente de cualquier otra forma una obra o pretación protegida, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (lo que podría incluir la transformación ilícita de la obra). Por otra parte, se prevén expresamente conductas por medio de las cuales se produce infracción de los derechos de propiedad intelectual de los que se derivan grandes perjuicios: la facilitación de las conductas anteriores mediante la supresión o neutralización de medidas tecnológicas, elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual y la facilitación del acceso o localización de obras o pretaciones protegidas ofrecidas en internet.

Que dentro del Proyecto Dydera de Interreg III-Ben se replica de forma literal e integral las partes del trabajo de proyecto fin de carrera de D. Cosme que se enumeran a continuación: Los Antecedentes de la Captación de Agua de niebla en el Mundo y Canarias, el apartado 3.1 Antecedentes en el mundo, el apartado 3.2 Antecedentes y aprovechamientos actuales en Canarias, el apartado 4, Aspectos físicos que intervienen en la formación de la precipitación de horizontal, el apartado 6, Factores que influyen en la captación del agua de la niebla, todos ellos coinciden plenamente con los que obran en el Proyecto Dysdera en las páginas 18 a la 33 del Proyecto en Antecedentes de la Técnica de la captura de agua atmosférica, y en la parte del estudio de Antecedentes Climáticos en la captura de Agua Atmosférica las páginas de la 5 a la 15 y las que van de la 32 a la 45.

Que también resulta probado que respecto a la Réplica de las informaciones contenidas en cinco archivos en documentos Word obrantes en la carpeta «informes originales de Nat-Aqua respecto al proyecto de fin de carrera de la Escuela Técnica superior de Ciencias Agrarias, (Ingeniería Técnica Agrícola), que en el fichero denominado «Antecedentes Históricos Doc» se replica de forma literal los contenidos y tablas contenidas en el proyecto de fin de carrera de D. Cosme bajo el título «Captación del agua de la niebla en el sector central de la vertiente norte de Tenerife (Islas Canarias, España).

CASO N.º 142

En el año 2001 D. Narciso, como administrador único, gerente y propietario de la empresa P. Bidasoa S.L., encargó al artista D. Leonardo la realización de varios diseños de piezas para la vajilla del restaurante ARZAK. Así D. Leonardo diseñó once piezas que pasaron a integrar la denominada vajilla ARZAK, que fue elaborada artesanalmente pieza a pieza.

D. Leonard, como autor de las referidas creaciones cedió a P. Bidasoa S.L. los derechos de propiedad intelectual sobre las citadas obras, ya trasladadas a porcelana, que conformaron la vajilla ARZAK. Tal cesión de los derechos de reproducción y distribución fue pactada verbalmente por el Sr. Leonardo con el Sr. Narciso, acordándose como condiciones de ese contrato la divulgación de las obras del Sr. Leonardo, como anónimas, así como el pago al mismo de 0,60 euros por cada reproducción vendida de sus obras en porcelana.

En el año 2003, D. Narciso, sin que conste la autorización expresa del Sr. Leonardo, dio las instrucciones oportunas para que, utilizándose como modelo las obras originales de D. Leonardo, integrantes de la vajilla ARZAK se introdujeran los cambios y alteraciones que fueran necesarios para que pudieran ser fabricadas en serie a nivel industrial para su venta en tiendas y hostelería.

En el mismo año 2003, en cumplimiento de lo ordenado por el Sr. Narciso y siguiendo las instrucciones que por él les habían sido dadas, las personas adscritas al Departamento de Modelaje de la empresa comenzaron a realizar las primeras muestras que le fueron exhibidas al citado Sr. Narciso para su aprobación.

A mediados de 2003, la Sociedad Luso Española de Porcelanas S.A., (LEPSA), entró en quiebra y así el Sr. Narciso, el día 30 de diciembre de 2003, cedió la administración de la empresa y todos sus cargos a los Comisarios de la quiebra y a los nuevos gerentes, y cesó como administrador de P. Bidasoa, S.L. transmitiendo sus participaciones en la sociedad Kaminker y Kinwhana mediante escritura de 11 de marzo del 2004.

Con la nueva gerencia de P. Bidasoa, que desconocía los acuerdos a que podían haber llegado el Sr. Leonardo y el Sr. Narciso y una vez ya fuera de la empresa el Sr.

Narciso, el Departamento de Modelaje continuó realizando las muestras de las piezas tomando como modelo las obras originales creadas por el Sr. Leonardo. Las nuevas piezas, desarrollo de las originales eran tan similares a estas últimas que comenzaron a denominarse «piezas de la vajilla Arzak sin Arzak» hasta que Don. Simón, Jefe de Ventas de la rama de Hostelería, sin poderes de decisión en la empresa, se le ocurrió darle el nombre de piezas de la vajilla AZ y así, desde ese momento, las piezas pasaron a formar parte de la nueva vajilla que finalmente se denominó «vajilla AZ».

Las piezas de la vajilla AZ se presentaron al público por primera vez en el mes de octubre de 2004 en la feria HOSTELCO y el alta de las piezas en la empresa se produjo en noviembre de 2004, fecha a partir de la cual se fabricó y se comercializó la vajilla AZ.

P. Bidasoa S.L., el mes de octubre de 2009 liquidó a D. Leonardo sus derechos por la venta de piezas de la vajilla AZ, (año 2004 a 2008). El Sr. Leonardo percibió 17.137,95 euros que resulta de multiplicar el número de unidades vendidas que componen la vajilla AZ, por la cantidad de 0,60 euros, que fue la que pactó con P. Bidasoa S.L por cada una de las piezas vendidas de la vajilla ARZAC.

CASO N.º 143

Plácido, mayor de edad y sin antecedentes penales, en conjunto y previo acuerdo con Silvio, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaban de forma habitual al montaje y posterior venta de material informático, a través del establecimiento «Sol Informática» sito en la calle Melo número 2 de la localidad de Plasencia (Cáceres), cuya administración única ostentaba Plácido, y que como tal contrató para el desarrollo de su labor en calidad de técnico a Silvio.

En el seno de esta actividad, con el ánimo de obtener y repartirse un ilícito beneficio económico, ofrecían para su venta al público ordenadores cuyo montaje se había previamente efectuado en la misma, con la posibilidad ofertada de forma general en el citado establecimiento, de que a su vez llevase instalado determinados programas, sistemas operativos y demás paquetes de ofimática, a sabiendas de que carecían de las preceptivas licencias habilitadoras para la explotación y oferta al público de los programas protegidos por los derechos patentados e inherentes a la propiedad industrial, logrando la instalación y el correcto funcionamiento de los mismos mediante la obtención y la generación de forma fraudulenta de las claves de acceso al uso de aquéllos, en virtud de programas específicamente diseñados para ello, como el denominado «Keygen», evitando de esta forma la protección que mediante el encriptado alfanumérico se hallaba dispuesta por el propietario legítimo de los programas instalados en los ordenadores finalmente montados y ofertados al público.

Entre estos programas, se hallaba el sistema operativo denominado «Windows», así como el paquete de ofimática bajo la denominación «Microsoft Oficce», cuya instalación era ofertada previamente en el citado establecimiento.

Así ocurrió, cuando con la finalidad de comprobar la actividad delictiva, el día 02.12.09, el detective de investigación privada con número de identificación profesional núm. 000, se personó como cliente en el citado establecimiento, interesándose por la adquisición de un ordenador de sobremesa, momento en que fue atendido y asesorado por el acusado siguientes «XP Profesional», «Word 2003», «Nero» (para la grabación otro para lectura de documentos «PDF», y «Winrar» para la descompresión de archivos con precio total de 291 euros s IVA, y de 336 euros con IVA. En el establecimiento «Sol Informática» se aprehendieron veinte soportes ópticos con programas

informáticos fraudulentos propiedad de Microsoft Oomoración causándole un perjuicio de 5 euros, por los que reclama.

CASO N.º 144

Durante los ejercicios de 2007 y 2008, José Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, ha venido actuando como administrador de las páginas web Dirección000, Dirección001 y Dirección002; a través de estas páginas, facilitaba el acceso a diverso material audiovisual para su visionado directo o para su descarga; el visionado se realizaba online, desde la página propia de José Ángel, por el procedimiento del streaming, tecnología que permite visualizar contenidos multimedia sin necesidad de esperar a que se descarguen en el disco duro, facultando, así, el visionado en tiempo real, desde la propia web, de ficheros de audio y video aunque estuviesen alojados en otros servidores, siéndolo, principalmente, en Megavideo.

En concreto y desde la página Dirección000, el acusado utilizaba una página web intermedia denominada Dirección003, de la que también era administrador, y desde la que se recuperaban las películas de los servidores de Megavideo, facilitando el visionado en Dirección000. Las películas alojadas en Megavideo y que se ofrecían en esta página Dirección000, sólo se podían ver o descargar desde esta página, sin que se pudieran ver directamente en Megavideo. Además, la página de Dirección000 contenía un enlace, denominado colaborador, que daba acceso a un formulario mediante el que cualquier visitante de la web facilitaba al administrador los enlaces de películas alojadas en los servidores que se publicitaban en la misma web. Este enlace era el que posteriormente se incluía en la página web de Dirección000 para que cualquier usuario de Internet que la visitara, al elegir una película de las ofertadas, pudiera visionarla directamente desde dicha página. La web Dirección000 no necesitaba tener en su poder los archivos de las películas ni en servidores gestionados por la página.

Por otra parte y para facilitar el visionado, José Ángel ponía a disposición de los visitantes de la web un software que les permitía la reproducción de las obras audiovisuales en su totalidad, sin limitación de tiempo, para el caso de que existiesen restricciones por parte de los servidores donde estaba alojada la obra.

Con la mecánica de proceder a través de, al menos, la página Dirección000, estaba facilitando el acceso libre a usuarios de internet sobre obras audiovisuales consistentes en películas y series de televisión, careciendo, a tal objeto, de autorización de los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual.

José Ángel obtenía ingresos de publicidad derivados de los banners o espacios cedidos o explotados directamente y asentados en el formato de la página, y así, al menos entre 2007 y 2008, obtuvo el pago de 42.723 euros desde la entidad gestora de espacios de publicidad en internet denominada Impresiones Web S.L.

CASO N.º 145

El establecimiento comercial abierto al público con rótulo «Fotocopias Madrid» sito en la calle Isaac Peral número 12 de Madrid, es gestionado por la entidad mercantil «Fotocopias Marta SL», siendo administradora única de la misma desde el 7 de octubre de 2005, Benita, nacida el 12-11-69 en Barcelona, con DNI núm.000, mayor de edad y sin antecedentes penales, y como socio único y administrador figura su esposo, Jesús María, nacido el 29-9.69 en Zamora, con DNI núm.001, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia dictada el 9 de julio de 2001, firme el 28 de febrero de 2002, dictada en la causa registrada con el número 115/01 por el Juzga-

do de lo Penal número 16 de Madrid, por un delito contra la propiedad intelectual, imponiéndole la pena de seis meses de multa.

El objeto social de «Fotocopias Marta, SL» es la reprografía, sin que conste que se halle autorizado al respecto por el Centro Español de Derechos Reprográficos.

El local dispone de ocho fotocopadoras, y tiene construido un almacén oculto, al que se accedía por una puerta disimulada en el lavabo de señoras tras una pared alcatada, en cuyo interior se encontraron libros y fotocopias distribuidas en estanterías.

El día 6 de febrero de 2008, aproximadamente sobre las 15,30 horas, se hallaron en dicho local, además de 43 libros, 8 pendientes de fotocopias, 60 copias íntegras de diferentes libros con los clientes identificados, y copias maestras de obras literarias.

De algunos de los referidos libros se encontraron varias copias aunque todas ellas constaba que pertenecían al mismo cliente, así de «Follow me», seis copias, «La Gestión Financiera de las empresas turísticas», tres copias, «Ensayo General sobre la Comunicación» cuatro copias, «Historia del Derecho Romano», tres copias, «Derecho Penal», tres copias, «Aprender a leer», dos copias, «Farmacognosia», dos copias.

Se intervinieron como copias maestras de obras las siguientes: «Follow me», «Follow through», «Pediatric Cardiac Intensive Care», «Ensayo general sobre la comunicación», «Manual de estilo», «The complete guide to the toelf test», «Manual de Nefrología», «Derecho del Trabajo», «Derecho procesal» y «Sistema fiscal español».

CASO N.º 146

Ernesto y Leovigildo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y durante el periodo comprendido entre octubre de 2014 a marzo de 2016, pusieron a disposición de los usuarios de Internet enlaces que reproducían obras protegidas por derechos de autor sin contar con la autorización de los titulares de esos derechos y ofreciendo la descarga gratuita de los archivos, causando el correspondiente perjuicio a los titulares de las obras.

Realizaban esta actividad a través de las páginas web «fenixp2p.com» y «mp3-es.com» de las que ambos eran administradores, donde sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio, siendo la relación de enlaces lo que albergaban en su propio servidor. Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión.

Ernesto y Leovigildo llevaban a cabo esta actividad con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas. Para ello contrataron con las empresas Net Real Solutions Group S.L. e Impresiones Web S.L., habiendo abonado NRS Group por la publicidad alojada en fenix p2p.com la cantidad de 6.022,47 euros a Ernesto y por la publicidad alojada en mp3-es.com 25.950,96 euros a Leovigildo; y habiendo abonado Impresiones Web SL. por la publicidad alojada en fenixp2p.com 3.600,12 euros a Ernesto y 4.969,55 euros a Leovigildo por la publicidad de la página mp3-es.com

CASO N.º 147

Pablo L. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, primero a título individual y como administrador único de «Discos Balada, SA», constituida el 8 de febrero de 1994, con comienzo de sus actividades el día 1 de abril inmediato, importó a través de los Servicios de Aduanas de Barcelona, para su comercialización en su tienda sita en C/ Pelayo, 24 de esta ciudad, adquiridos a «Japan et American Record Co. Inc» domi-

ciliada en California-EE UU un número indeterminado de fonogramas, originales muy superior a los 2.457, de los que eran distribuidores exclusivos en España las entidades querellantes, que por mandato judicial intervino la policía en dicho establecimiento el 13 de noviembre de 1995, habiendo continuado la importación y distribución de los mencionados CD, después de haber recibido el telegrama que la Asociación Fotográfica y Videográfica Española le cursó el día 2 de junio de 1995 requiriéndole para que cesara en tales actividades, sin que en ningún momento contara el acusado, para la importación y venta, con autorización de los licenciarios.

CASO N.º 148

El día 1 de abril de 2009, en la Administración de Aduanas de Avilés de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se produjo la intervención de una expedición comercial procedente de China compuesta por 400 paquetes que contenían cada uno de ellos 1 dispositivo «pendrive», una tarjeta/adaptador SD y un adaptador (cartucho) para video consola sin software añadido.

El día 6 de abril de 2009, en la Administración de Aduanas de Avilés de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se produjo la intervención de otra expedición comercial procedente de China compuesta por 500 adaptadores (card reader) R4 y 500 adaptadores para tarjeta «micro SD usb R4». No consta que tuvieran software añadido.

El importador de tales productos fue la mercantil Alechip Soluciones Informáticas, S.L., cuyo administrador único es el acusado Justino, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Los cartuchos (adaptadores) intervenidos son semejantes a los comercializados en España por «Nintendo Ibérica, S.L.», para su consola «Nintendo DS», pudiendo ser introducidos en el hueco correspondiente que la citada consola dispone para poder ser utilizada. Los cartuchos importados por el acusado no permiten, en las condiciones en que fueron intervenidos, la utilización de la consola Nintendo DS al no disponer de software alguno, elemento imprescindible para ello, del que sí disponen los comercializados por Nintendo.

Nintendo Co., Ltd., es titular de la marca comunitaria registrada con el número 005021423 «Nintendo», que aparece en la consola Nintendo DS cuando se introducen en la misma los dispositivos importados por el acusado en las condiciones en que fueron intervenidos, es decir sin llevar incorporada la tarjeta de memoria micro SD, desconociéndose si ello es debido a una acción del dispositivo importado, al mecanismo de encendido propio de la consola o a cualquier otra circunstancia técnica.

Nintendo Co., Ltd., es titular de los diseños industriales europeos números 000235247-0001, 000235247-0002, 000235247-0003, 000235247-0004, 000235247-0005 y 000235247-0006, a través de los cuales comercializa los programas informáticos (juegos y otros) para las consolas Nintendo DS. Los dispositivos importados por el acusado son semejantes a los diseños industriales de titularidad de Nintendo Co., Ltd., diferenciándose de éstos en que contienen además una ranura para introducir tarjetas «micro SD», y también figura la representación gráfica de una de estas tarjetas.

Se desconocen los concretos mecanismos de seguridad «anti-piratería» que Nintendo incorpora a sus productos, no habiéndose acreditado que los productos importados por el acusado permitan específicamente, en las condiciones en que fueron intervenidos, suprimir los mecanismos de seguridad de la consola Nintendo DS.

No ha quedado probado que los dispositivos importados por el acusado dispongan del mismo software de seguridad que utiliza Nintendo para la protección de sus productos registrados.

No ha quedado probado que el acusado se hiciera con los códigos secretos de autenticación de Nintendo, ni tampoco que los difundiera o hiciera públicos a terceros.

Con anterioridad a los hechos, el acusado se personó en la Administración de Aduanas de Avilés de la AEAT para informar de los productos que pretendía importar desde China.

10.1.2. *Jurisprudencia*

«Con relación a tales tipos conviene hacer las siguientes precisiones (extraídas de los comentarios al Código Penal, 3.^a edición de 1998, Colex), aparte de las anteriormente realizadas:

- Estas infracciones, a las que se reputan generalmente como delitos de mera actividad, tratan de proteger el denominado derecho de autor en todas sus facetas.
- El sujeto activo de dichas infracciones lo puede ser cualquiera que sea imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios (arts. 5, 48, 105 TR 1/1996).
- El objeto jurídico es el derecho del autor, mal denominado derecho de propiedad intelectual. El objeto material lo son las obras del ingenio humano, es decir, las creaciones literarias, artísticas o científicas, entre las cuales figuran las cinematográficas.
- La dinámica comisiva o acción es muy variada y se concreta en la «reproducción, plagio, distribución o comunicación pública» (art. 270) «sin la autorización de los titulares».
- Se define el aspecto de la culpabilidad por la necesidad de que la acción se realice «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», por lo que es un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro ni el perjuicio.
- Los tipos no quedan afectados por la falta de inscripción en el Registro, porque la inscripción registral no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo del derecho —SS. 8-5-1971 (*RJ* 1971, 2204), 23-5-1975 (*RJ* 1975, 2325), 27-4-1979 (*RJ* 1979, 1697) y 14-2-1984 (*RJ* 1984, 1129) —. Según el art. 1 del TR 1/1996, la propiedad intelectual se reconoce y tutela al autor «por el solo hecho de la creación de la obra», sin que esté sujeto tal reconocimiento y tutela a requisitos formales de ningún tipo» (SAP de Sevilla 483/2002, de 5 noviembre [ARP 2002\743]).

* * *

«Conviene señalar igualmente que no toda infracción de los derechos morales y patrimoniales, o de «explotación» de autor, es constitutiva de delito. Así, el art. 270CP, para la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual, ha abandonado la anterior técnica de las normas penales en blanco mediante remisión a la Ley sobre Propiedad Intelectual, amén de que cuando existía esa remisión ya la jurisprudencia restringía la apreciación de estos delitos a las conductas más graves. De otro lado, las conductas típicas descritas en el art. 270 CP se refieren todas a facultades comprendidas en el «derecho patrimonial de autor» o derechos de explotación, excepto el plagio, que protege una de las facultades que forman parte del «derecho moral de autor (en

concreto el derecho de éste a «exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra»), aunque también indirectamente sus repercusiones económicas, de modo que la infracción o lesión de los otros derechos morales de autor no está protegida penalmente, y sí mediante medidas cautelares y sanciones civiles» (SAP de Guipúzcoa 268/2012, de 15 de junio [ARP 2014\529]).

* * *

«El bien jurídico protegido por este tipo es el derecho del autor, también denominado derecho de propiedad intelectual. Y su objeto material son las obras del ingenio humano, esto es, las creaciones literarias, artísticas o científicas. Para su existencia es preciso: a) una conducta atentatoria contra esta propiedad especial consistente en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra, así como transformarla, interpretarla o ejecutarla artísticamente, fijándola en cualquier soporte o comunicándola a través de cualquier medio, sin autorización de los titulares o cesionarios de este derecho protegido penalmente b) una defraudación especialmente intencionada de este derecho, soportada bien en el ámbito de la culpabilidad por conciencia de la antijuricidad de la conducta, bien en la voluntad mediante el dolo o ánimo especial de transgredir el bien jurídico protegido c) carencia de autorización del titular del correspondiente derecho de propiedad intelectual. En tal sentido, la STS 1578/2002, de 2 de octubre (RJ 2002, 9155), indica que «la identificación de los titulares del derecho es esencial para comprobar si ésta otorgaría o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo»» (SAP de Granada 627/2008, de 30 de octubre [ARP 2010\103]).

* * *

«De los textos legales transcritos se desprende, ante todo, que el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, el del párrafo primero del apartado 1 del Código Penal, no exige que se obtenga un beneficio o lucro por el autor ni que se llegue a provocar un perjuicio a un tercero, sino que el autor actúe «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», o sea con tales intenciones o propósitos como elementos subjetivos del injusto, encontrándonos no ante un delito de resultado sino ante un delito de tendencia y de mera actividad, que se consuma aunque el autor no llegue a obtener ganancia o lucro efectivo o no consiga producir perjuicio alguno a terceros» (SAP de Asturias 45/2013, de 14 de marzo [ARP 2013\319]).

* * *

«Y así, en lo que toca al ánimo de lucro, ha de entenderse que este elemento intencional del tipo pone de manifiesto que la conducta ha de ir acompañada del dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización, dolo que ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las conductas recogidas en el art. antes referido, pretendiendo con ello, además, perjudicar al titular de tales derechos. Ese ánimo, no puede tener una interpretación amplia o extensiva como entiende la Juez a quo, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de **lucro comercial**, tal y como se ponía de relieve en la circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derecho en las que puede estar implicado un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales

o de propiedad, hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 1578/2002, de 2 de octubre y 876/2001, de 19 de mayo, en las que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial).

El Código Penal emplea la expresión «ánimo de lucro» en otros preceptos, especialmente los relativos a delitos contra la propiedad como el robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida, y sobre el significado en estos tipos de ese concepto hay una sólida doctrina legal que sostiene que «ánimo de lucro» equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS. 411/2004 de 25 de marzo (RJ 2004, 3743). Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el CP de 1995, son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 C.Civil). Y es que un concepto de «ánimo de lucro» tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del CP, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito.

Y es que, como hemos visto en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, propugna precisamente que el «ánimo de lucro» propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 CP, puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto. Ese concepto de «lucro comercial» no es novedoso, como enseña la propia Circular, pues se contiene ya en el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los derechos de Propiedad Intelectual firmado el 15 de abril de 1994, y es precisamente el concepto empleado en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión Europea el 12 de julio de 2005 para delimitar el ámbito de cobertura penal que como mínimo debe conseguirse en todos los países miembros, mínimo que, por tanto, y siendo así que nos hallamos en un materia especialmente necesitada de uniformidad por su propia proyección internacional, es al que debe llegarse, desechando imponer en cada estado miembro límites penales más estrictos y estrechos.

Por todo ello, entiende la Sala que las conductas típicas sólo son penalmente relevantes si han sido realizadas por el sujeto activo con ánimo de lucro, expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos en los que puede estar implícito un propósito de algún tipo de ventaja o beneficio distinto al comercial.

Expuesto lo anterior, ha de concluirse que este ánimo no puede deducirse ya de los hechos declarados probados, tal como los hemos recogido, pues el hecho de solicitar y obtener una subvención y no abonar el mantenimiento del programa y solventar los defectos de aplicación mediante el plagio del programa (como recoge la Juez a quo), supone en todo caso una ventaja o beneficio que no implica el lucro comercial

que exige el tipo» (SAP de Pontevedra 562/2014, de 21 de noviembre [JUR 2015\68933]).

* * *

«Y siguiendo con la *Sentencia de este Tribunal, de fecha 25-enero-2010 (JUR 2010, 101593)*: «La más elemental vulneración de los derechos reconocidos en la LPI a los autores, y que es precisamente la que se denuncia con la demanda que nos ocupa, es el denominado plagio, que ha venido siendo definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando entre la más recientes *la de fecha 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8098)*, en el sentido de que «por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superfluas o modificaciones no trascendentales. Esta doctrina se reitera literalmente en las *Sentencias de 17 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7468)* y *23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2005)*, y se toma en cuenta en orden a la consideración del plagio como «copia en lo sustancial de una obra ajena» en la *Sentencia de 23 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8660)*.»

De dicha doctrina cabe destacar que frente a la delimitación positiva de lo que debe entenderse por plagio, «copia en lo sustancial de una obra ajena» o «coincidencias estructurales básicas y fundamentales», existe otra delimitación negativa, explicitando la misma los casos en que no existe plagio: de una parte, por no haber confusión «con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos» y, de otra, porque el contenido de las obras «está anticipado y al alcance de todos (STS 17-10-1997), y cuyo fundamento radica en que en tales supuestos, el contenido respecto de lo se denuncia la identidad falta «creatividad y originalidad».(*STS de 9-junio-2008 (RJ 2008, 3132)*).

En el caso enjuiciado, según se hace constar en la sentencia impugnada, los pasajes reproducidos de manera literal no contienen sino una mera recopilación histórica de datos, citándose por otra parte en todo momento la fuente y el autor. Valorando así los testimonios aportados en el plenario, se concluye que no el texto objeto de réplica literal e integral no contiene innovación alguna, no aportando descubrimiento alguno ni reflejando datos que no fueren conocidos y formase parte por tanto del acervo científico.» (SAP de Santa Cruz de Tenerife 245/2013, de 17 de mayo [ARP 2013\1034]).

* * *

«Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardiles y

ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (*STS Sala 1.ª de 28.195 [RJ 1995, 387]*).

A falta de otro criterio, la jurisprudencia ha operado atendiendo a las circunstancias concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, teniendo muy en cuenta que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta anti-jurídica desentendida del debido respeto a los derechos inmateriales, quedando reservada la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva. Si este modo de entender la función del Derecho Penal en la tutela de los derechos del autor es referible a todas las conductas relacionadas por el legislador, su importancia es máxima en el tema que nos ocupa en ausencia de otros parámetros mas definidos.

Es cierto que un sector minoritario de la doctrina y la circular de la Fiscalía General del Estado 2/89 de 20.4, en relación con la connotación de esta interpretación del tipo básico del antiguo art. 534 a) del *CP. de 1973* derogado con la agravante de usurpar la condición de autor, mantuvo la opinión de que la usurpación no sería un «plus» sino un «alter» respecto al plagio, y al castigar la usurpación se conminaba en realidad la conducta antisimétrica del plagio: «atribuir a su autor una obra que no es de su creación con el fin doloso de aprovecharse de su fama y mérito intelectual», es decir, estaríamos ante una obra original cuya autoría se adjudica a alguien ajeno a su realización pero con su «buen nombre» puede prestigiar el producto, por eso se hable de «implantación» de la personalidad del creador.

Esta interpretación no parece aceptable, pues si hablamos de protección de los derechos que genera la creación intelectual, es de proteger ésta frente a intromisiones de extraños. Por tanto si la obra es original, su atribución a un autor falso sólo puede despertar en éste la indignación y procurar que se respete su «buen nombre», que bien pudiera quedar en entredicho al aparecer ante la opinión pública como creador de una obra de escaso relieve artístico. Ello nos conduciría directamente al terreno de la lesión del derecho a la propia imagen y nos alejaría totalmente de la inobservancia de los derechos de autor.

En el plano penal, estas conductas podrían revestir los caracteres de un delito de falsedad o de estafa.

La polémica ha quedado en buena medida superada en el nuevo Código Penal al desaparecer en su integridad el subtipo agravado correspondiente al art. 534 bis b) 1.º, castigándose en el tipo básico, art. 270, el plagio total o parcial en todo caso debe seguir manteniéndose el criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados, amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos habituales en estos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos artistas, y además se insiste, aunque es reprochable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra «per se» la figura del delito del art. 270 que lo

único que sanciona es la «reproducción», «plagio», distribución de obras artísticas «originales», sin la autorización de sus titulares; es decir, que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe» (STS 1276/2006, de 20 de diciembre [RJ 2007387]).

* * *

«Concretamente la conducta típica de distribución debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal definitoria de tal derecho, que no es otra que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, que reconoce el derecho de distribución, artículo 17, «... corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formado, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta Ley».

Y lo define en el artículo 19 como «la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

En consecuencia, la distribución típica supone ya la lesión del bien jurídico protegido en cuanto que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho y se afecta a la expectativa de ganancia patrimonial que, derivada de ella, éste tiene.

No hay duda de que es así cuando se ofrecen en venta y se venden las copias ilegales al público.

En relación al perjuicio de tercero, se ha de señalar que, en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice «en perjuicio de tercero», expresión que es distinta a «con perjuicio para tercero».

Esta última expresión —según un reputado sector doctrinal— implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquella supone una producción meramente potencial.

Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero, la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause, debiendo añadirse que, en cualquier caso, en el supuesto examinado, teniendo presente la finalidad comercial de la conducta desarrollada por el acusado, el resultado de la intervención realizada y el contenido de la prueba pericial practicada en el juicio, ninguna duda se ofrece a esta Sala sobre la concurrencia del resultado típico «en perjuicio de tercero» (SAP de las Palmas 300/2014, de 28 de noviembre [ARP 2015\664]).

* * *

«En el art. 270 se impone la misma pena también a los que almacenaren estos objetos. Puede entenderse que la tenencia de 281 CD piratas es almacenaje y que el mismo estaba destinado a una distribución ilegal, por lo que no estamos ante una conducta atípica, sino que la misma es subsumible en el art. 270 del *Código Penal*.» (SAP de Madrid 211/2004, de 10 de mayo [JUR 2004\233446]).

* * *

«Consecuentemente, la distinta significación jurídico-penal de la importación de fonogramas «piratas» y la de fonogramas legalmente adquiridos e introducidos en España, resulta confirmada por la interpretación teleológica del art. 270.2 CP. Es decir: la literalidad del art. 270 CP coincide con la finalidad objetiva de la ley.

Es evidente, en consecuencia, que el párrafo segundo del art. 270 del CP tiene la función de cierre de todo el sistema de represión penal de las conductas ilícitas sancionadas en el primer párrafo, de modo que la protección penal se dispensa tanto contra el que reproduzca, plagie, distribuya, etc., las obras a las que se refiere el precepto, como también a todos aquellos que, en relación con las obras mencionadas en el primer párrafo, cometan las acciones ilegales que se describen a continuación (importar, exportar o almacenar ilícitamente), de manera que la protección penal es completa, al abarcar todo tipo de comportamientos atentatorios al derecho de propiedad de los productores, que el citado precepto penal protege.

La conclusión, por otra parte, está impuesta por el principio de proporcionalidad: no es idéntico el contenido criminal de la acción de quien importa conscientemente («intencionalmente dice el texto legal») fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el disvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda. Brevemente: no puede ser lo mismo introducirse en el mercado ilegalmente que participar del mismo mediante medios socialmente adecuados. Ambos supuestos no pueden ser igualmente punibles como lo proponen los recurrentes, pues la diversa magnitud de las ilicitudes debe tener un reflejo paralelo en la magnitud de la pena ya en el momento de la incriminación, no sólo en la individualización judicial. Si esta diferencia no existe, ello es un dato más que revela la necesidad teleológica negada por los recurrentes de distinguir entre importaciones de obras «piratas» y obras lícitamente puestas en el mercado.

En suma: el texto del art. 270 CP distingue, tanto en la letra como en su espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además, político-criminalmente razonable» (STS 529/2001, de 2 de abril [RJ 2001\2926]).

* * *

«Analizaremos a continuación la pretensión que en esta alzada expone la representación procesal de Jesús María y Benita, quienes consideran que, respecto del primero de ellos, concurriría error en la valoración de la prueba y en la aplicación del artículo 270 del Código penal, sosteniendo que las conductas no encajarían en dicho tipo penal, pues habrían consistido en llevar a cabo copias de obras a instancias de particulares para uso privado. Se alega que en unos casos se estaría hablando de fotocopias encargadas por la entidad CEDRO a través de personas a su cargo o con estrecha relación con ella, lo que llevaría a un delito provocado, y que las testificales practicadas en el plenario acreditarían que varios particulares habrían encargado copias para uso privado, otros habrían llevado copias de libros para encuadernar, y en un caso se habría llevado un libro descatalogado para copias.

Consideramos, al igual que lo hace la Juez de Instancia, que los hechos declarados probados integran un delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art. 270 del Código Penal que castiga a quien «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de

propiedad intelectual o de sus cesionarios», que en el presente caso son los autores de las obras literarias fotocopiadas, conforme al art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, a quien corresponde el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley (art. 17 del TR). Dicho tipo penal recoge en su texto cuatro conductas básicas integradas por: la reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de las obras. Conforme a los arts. 18 y 19 del citado Texto Refundido «se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella y por distribución, la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma» actividad que era la ejecutada por el acusado. Frente a las alegaciones relativas al posible delito provocado, la construcción técnico-jurídica de esta figura requiere siempre, como requisito inexcusable, que la intervención del sujeto provocador sea previa, eficaz y generadora de la actuación del autor del delito. Ahora bien, no existe delito provocado cuando la conducta del agente provocador no está en el origen de la voluntad criminal, sino que se endereza a averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo independientemente de dicha intervención, lo que ocurre en el presente caso. Consideramos igualmente acreditado que las fotocopias de los libros se dedicaban a la venta dado que estamos en presencia de establecimiento abierto al público cuya actividad empresarial está regida por la obtención de beneficio económico y que, claramente, en supuestos como el examinado perjudica los derechos del autor de las obras fotocopiadas. En este sentido, debemos señalar que el artículo 10 del R.D. 1434/1992, de 27 de noviembre establece que: «no tiene la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización», y es este el caso examinado.

Por todo ello, y con arreglo a los argumentos anteriormente expuestos, se considera que procede la desestimación del recurso de apelación planteado por la representación procesal de Jesús María y Benita, respecto al invocado error en la valoración de la prueba y en la aplicación del artículo 270 del Código penal, acerca de Jesús María» (SAP de Madrid 715/2010, de 23 de noviembre [ARP 2011\261]).

* * *

«Se alega la indebida aplicación del art. 270.3.º del Código Penal en tanto dicho precepto se refiere «a quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio **específicamente destinado** a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo».

La Sala coincide plenamente con la interpretación realizada por el Juez de lo Penal, al entender que la expresión estudiada, «específicamente destinado», en relación al medio técnico de carácter neutralizador de los dispositivos de protección, no significa **exclusivamente destinado**. Y sustentamos dicha interpretación en las siguientes razones:

- a) Tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, la respuesta que desde el derecho penal se da en los supuestos de eliminación o supresión de los mecanismos de protección de las obras, es más amplia y extensa que la dispensada desde el ámbito de la protección civil de los derechos, puesto que el actual art. 270.3 sanciona un ámbito mayor de conductas que el comprendido en el art. 102 c) de la Ley de Propiedad Intelectual. En lo que ahora nos interesa, y en relación con el art. 7.1 c) de la Directiva Comunitaria 91/250/CEE, el art. 102 c) citado exige que los mecanismos de eliminación o supresión de los dispositivos de protección tengan ese «único uso», mientras que el art. 270.3 del Código Penal examinado sólo exige que estén destinados específicamente a ese fin, en expresión claramente distinta que sólo puede responder a una voluntad específica del legislador.
- b) La interpretación mantenida en el recuso supondría reconocer de facto el derecho de lesionar los derechos del titular de la propiedad intelectual o industrial con la sola acción de ampliar las funciones de la videoconsola. No tiene justificación alguna que alguien que no se defiende de una agresión ilegítima, que no se encuentra en un estado de necesidad, que no cuenta con el consentimiento del titular del bien perjudicado y al que el ordenamiento jurídico no le acuerda un derecho expreso para obrar en tal sentido, pueda provocar la desaparición del derecho de otro solo porque decide incrementar las funciones de una videoconsola.
- c) A las anteriores consideraciones, cabe añadir la extensa prueba practicada en la vista oral. Aunque en el art. 270.3 no se exige la concurrencia expresa de ánimo de lucro, éste debe considerarse implícito en todos los supuestos típicos de delitos contra la propiedad intelectual como diferenciadores de los ilícitos civiles. Por esta razón, la circunstancia de que los dispositivos comercializados estén específicamente destinados a la finalidad de neutralización típica habrá de deducirse de la propia naturaleza o funcionalidad del medio en cuestión y de las circunstancias de su intervención. En este caso, el ámbito de comercialización ilícita acreditado en la conducta de los acusados impide de suyo aceptar la explicación exculpatoria formulada (...).
- d) Finalmente, la tesis mantenida en el recurso es incompatible con la protección del bien jurídico contemplado por el legislador, y debe rechazarse como toda interpretación normativa cuya consecuencia suponga la inaplicación misma de la norma interpretada. Considerar atípica la piratería cuando el sujeto activo, además de neutralizar la protección del programa de ordenador, añade alguna otra función al dispositivo técnico diseñado, no produce ningún beneficio social que pueda compensar el perjuicio que tiene que soportar el titular de los derechos afectados. Por el contrario proporciona un beneficio a quienes perturban seriamente el régimen de una competencia leal obteniendo un notable lucro como consecuencia de su acción. La decisión de beneficiar al autor de la perturbación, disminuyendo los derechos legalmente adquiridos por el titular de los mismos, es claramente contraria a cualquier programa político criminal racional.» (SAP de Madrid 373/2012, de 28 de junio [JUR 2012\277404]).

* * *

«La juzgadora de instancia entendió atípicos los hechos por considerar que no eran sino manifestación de un derecho a la copia privada consagrado en el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI) y que no concurrió en la conducta del acusado el ánimo de lucro exigido por el art. 270 del CP, entendiendo que no lo cons-

tituía la intención del acusado de conseguir copias de obras musicales para su disfrute personal.

Este tribunal no puede compartir la primera de esas apreciaciones de la sentencia de instancia en cuanto a la inclusión de una conducta como la examinada en el ámbito de la copia privada, ya se considere esta como un derecho subjetivo de los no titulares de los derechos de propiedad intelectual, ya como un simple límite a estos derechos. Al tiempo de ocurrir los hechos la copia privada estaba regulada en el art. 31, 2 de la LPI en los siguientes términos: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Como se ve, la norma no contenía la limitación actual, introducida por la Ley 23/2006 de 7 de julio, de que la copia lo sea de obras «a las que se haya accedido legalmente», pero ya se contemplaba como límite a la copia privada su utilización colectiva, cuyo destino hacía ilícita la copia misma; y el art. 10, 1 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre, de desarrollo de los arts. 24, 25 y 140 de la LPI expresamente reiteraba que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos. Pues bien, resulta claro que la expresión «utilización colectiva», aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema «Peer to Peer» («P2P») o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés. Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces —ni ahora conforme a la legislación vigente—, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Además, resulta claro que mediante esa conducta de reproducción y oferta pública a terceros de tales copias y sus reproducciones, el acusado realizaba las conductas objetivas típicas descritas en el art. 270 del CP de reproducir y distribuir, lo que unido a la falta de autorización de los titulares de los derechos antes comentada conduce a afirmar en definitiva y a los efectos de esta jurisdicción que la conducta del acusado no era civilmente lícita y colmaba ya en su momento el tipo objetivo del delito del art. 270 del CP.

Lo anteriormente establecido es sin embargo insuficiente para afirmar la tipicidad de la conducta enjuiciada, pues como es sabido no todo lo que es contrario a alguna norma jurídica es punible. El art. 270 del CP exige además, para que la conducta sea castigada, que el sujeto agente actúe en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro, y sobre esta última exigencia versa el núcleo de la decisión de la juzgadora de instancia. Pues bien, como alegan las acusaciones y se reconoce en la recurrida, el Código Penal emplea la expresión «ánimo de lucro» en otros preceptos, especialmente los relativos a delitos contra la propiedad como el robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida, y sobre el significado en estos tipos de ese concepto hay una sólida doctrina legal que sostiene que «ánimo de lucro» equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS 411/2004 de 25 de marzo [RJ 2004, 3743], 1.100/2002 de 13 de junio [RJ 2002, 8051]). Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo

de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el CP de 1995, son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 CC). Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de «ánimo de lucro» elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no solo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende. Así, resulta evidente que un concepto de «ánimo de lucro» como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del CP y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de un copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor; esto es, el «bajar» una canción o una película de la Red sería punible, pues en tal conducta ilícita civilmente estaría también ínsito el ánimo de lucro derivado del ahorro del coste de adquisición legal de la copia; esta conclusión, que inmediatamente se revela poco coherente con el carácter fragmentario que debe tener el derecho penal y el principio de intervención mínima que debe inspirar la acción legislativa y aún la labor del intérprete en un segundo grado, puede ser obviada ciertamente, como hacen algunos autores, acudiendo a un criterio de insignificancia, pero lo importante es que pone de relieve la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad y la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social. En esta línea se encuentra la aportación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, invocada en este caso por el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos, en la que se propugna precisamente que el «ánimo de lucro» propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 CP, puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto y aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, el propio de un ejercicio comercial de la actividad. Ese concepto de «lucro comercial» no es novedoso, como enseña la propia Circular, pues se contiene ya en el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los derechos de Propiedad Intelectual firmado el 15 de abril de 1994, y es precisamente el concepto empleado en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión Europea el 12 de julio de 2005 para delimitar el ámbito de cobertura penal que como mínimo debe conseguirse en todos los países miembros, mínimo que, por tanto, y siendo así que nos hallamos en un materia especialmente necesitada de uniformidad por su propia proyección internacional, es al que debe llegarse, desechando imponer en cada estado miembro límites penales más estrictos y estrechos. Ciertamente, como ya se ha pronunciado la doctrina que ha tratado el tema, ni esa Propuesta es propiamente una Directiva aún, ni ese nivel mínimo de protección penal impide una mayor protección en cada Estado, pero lo decisivo no es tanto uno u otro aspec-

to como la realidad de que se trata de un concepto jurídico muy útil que permite acotar el ámbito propio de la protección civil del derecho de propiedad, deslindarlo del ámbito propio de la protección penal y reducir este a los casos más graves en que por ejecutarse la actividad comercialmente entra en directa competencia con la explotación comercial lícita de los derechos, lo que no ocurre en el caso de meros intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido, cuya reparación puede lograrse en vía civil. En el propio Código Penal se detecta tal concepto al regular los delitos contra la propiedad industrial, en cuyo ámbito no se habla de «ánimo de lucro» sino de «fines industriales o comerciales»; y si la propia diferencia legal permite sostener la diferencia de trato en cuanto a este elemento, no es tampoco descartable una interpretación integradora que aproxime uno y otro concepto en aras a lograr una protección uniforme de todas las modalidades de estas propiedades especiales. Por ello este tribunal comparte tal criterio, cuya aplicación al caso concreto —en que demostradamente el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos—, conduce directamente a la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a su pronunciamiento absolutorio. Sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad civil que le pueda ser exigida al acusado desde el punto de vista del derecho civil, lo que no es objeto de este procedimiento una vez que se declara la no existencia de delito ni de responsabilidad civil nacida del mismo» (SAP de Cantabria 40/2008, de 18 de febrero [ARP 2008/262]).

* * *

«Lo que desde una perspectiva razonable (y teniendo muy presente el ámbito delictivo concreto en el que nos movemos) cabe concluir es que se ofrecían en venta bolsos que eran una imitación de los fabricados y comercializados por la marca Desigual, cuyo elemento de identificación común (y con el que se pretendía inducir a confusión al consumidor) en la mayor parte de los casos era el dibujo de círculos concéntricos de colores y el borde troquelado en zigzag (a modo de características distintivas de la marca imitada), aunque en otros casos coincidía también el diseño, la forma y tamaño (como sucede en particular en el modelo n.º 4). Lo que el consumidor adquiriría, desde una interpretación común y lógica, no era un dibujo, sino un bolso con ese dibujo y remate similar al de la marca original. Lo principal, en consecuencia, es el producto en conjunto, el bolso (bolsa de mano usada para llevar objetos de uso personal), y no específica, prioritaria ni exclusivamente uno de sus elementos identificadores (tal vez el principal) que es el dibujo.

En esta precisión radica, a juicio de la Sala, la base para la calificación del delito, para lo cual es ineludible establecer la relación entre el delito contra la propiedad intelectual que considera cometido el recurrente con el delito contra la propiedad industrial en el que, como llega a señalar la defensa del acusado en su escrito de impugnación del recurso (aún sin admitir su comisión) tal vez hubiera tenido mejor encaje la acción ejercitada.

Los delitos contra la propiedad intelectual protegen la creación intelectual, científica, artística, una creación espiritual (en términos de Quintero Olivares) sin que ello suponga negar tal componente en los frutos de la propiedad industrial. Es evidente que existen puntos comunes entre ambos campos, pero a la vez se diferencian. La doctrina (Baylos) siguiendo la idea mantenida en el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y en el art. 2 del Convenio de Berna de 1986 (citado por el recurrente) estima que la creación es un fin en sí misma sin perjuicio de su

valor de mercado, mientras que en el ámbito de la propiedad industrial, la originalidad y personalidad de la creación se somete a la utilidad inherente al objeto concebido. En el presente supuesto, como señala la defensa del acusado, desde la perspectiva del consumidor no cabe entender el rosetón de colores separadamente del objeto (el bolso) en que se incluye (folio 627). Cuando se adquiere un objeto decorado con un dibujo y no tan sólo el dibujo como obra artística para contemplar; y además ese objeto imita un producto comercializado por otra marca o titular no nos hallamos en el terreno de protección de la propiedad intelectual.

Dentro de los delitos contra la propiedad industrial se protegen las patentes, los modelos de utilidad, los modelos o dibujos industriales o artísticos y las topografías de productos semiconductores (art. 273); también los signos distintivos, las marcas y las elaboraciones vegetales (art. 274). Concretamente el art. 273.3 del Código Penal castiga al que con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un modelo o *dibujo industrial o artístico* y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. El bien jurídico protegido en este delito pluriofensivo sigue siendo básicamente el derecho a la explotación en exclusiva por parte del titular de esos productos (se menciona expresamente el dibujo artístico), pero el objeto difiere del que es tutelado en los delitos contra la propiedad intelectual.

(...) Pero sí existen otras sentencias en las que se analiza un debate sustancialmente igual al que es objeto del presente recurso. Por ejemplo la SAP de Las Palmas (Secc. 1.ª) de 25-02-2014 (ROJ: SAP GC 666/2014) en el que la representación procesal de la entidad Warner Bros Consumer Products pretendía la revocación de la sentencia de instancia al objeto de que se condene al acusado como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del Código Penal en un supuesto en el que se reproducían en carteras las imágenes de personajes de animación «propiedad» de la mencionada entidad. Señala tal sentencia que «la reproducción de esos personajes en productos comerciales no colman las exigencias del tipo penal del delito contra la propiedad intelectual, que protege la reproducción de la obra artística (en este caso, la serie de dibujos animados, los comics, las películas y los videojuegos), pero no la incorporación a un producto comercial del dibujo del personaje, pues, en este caso, el empleo del personaje realizaría funciones de signo distintivo del producto; y, en tal caso, la protección penal de la conducta vendría dada a través de los delitos contra la propiedad industrial. Así es, los signos distintivos que son objeto de protección penal en el apartado 1 del art. 274 del Código Penal son las marcas y los nombres comerciales, pues el rótulo de establecimiento ha dejado en la regulación actual de estos derechos de tener carácter registral. El concepto de estos signos distintivos lo encontramos respectivamente en los arts. 4 y 87 de la Ley de Marcas 17/2001, de 17 de diciembre. Conforme al art. 4, «se entiende por marca todo signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra».

Innumerables son las sentencias que condenan por delito contra la propiedad industrial la comercialización de bolsos que imitan a los de otra marca, aunque no confluyan exactamente todos los elementos característicos del producto imitado. Al fin y al cabo, sobre el elemento de la confusión en el consumidor como requisito penal en los delitos contra la propiedad industrial también existe una jurisprudencia no unánime (Vid. por ejemplo St. AP de Madrid -Secc. 6.ª— de 14-05-2015, ROJ: SAP M 6471/2015, que castiga un supuesto similar al último citado como ilícito contra la propiedad industrial, frente a la St. de la AP de Sevilla -Secc. 1.ª— de 22-09-2014, ROJ: SAP SE 2886/2014).

Signo distintivo es un concepto más amplio que el de marca, y su función es diferenciar, individualizar en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de sus competidores. Así figura en el art. 4.1 de la Ley 17/2001, de Marcas. Puede estar constituido por palabras, imágenes, símbolos y dibujos, sonidos o cualquier combinación de estos elementos. Pero van unidos a productos; indisolublemente. Aquí, en esta característica calificadora, identificadora, es donde reside su principal diferencia con la obra artística, que, como hemos dicho antes, es un fin en sí misma. «Dibujo artístico» (que en el art. 273.3 ya hemos dicho que se incluye especialmente) aparecía definido en el Estatuto de la Propiedad Industrial de 26-07-1929 (art. 190) como todo aquél que constituyendo una reproducción de una obra de arte, se explote con un fin industrial, incluyéndose expresamente en este precepto «las obras ornamentales, las empleadas para el embellecimiento de un producto fabricado, las fotografías originales, etc., independientemente de los derechos que pudieran corresponderles en el concepto de propiedad intelectual». Nos encontramos por tanto ante una figura que encuentra su ámbito propio de regulación en la legislación de patentes y marcas, precisamente por su naturaleza asociada a un producto. De ahí que en el concreto supuesto analizado, no pueda predicarse una suerte de autonomía existencial al referirnos al dibujo artístico que caracterizaba a los bolsos incautados, que imitaban a la línea de productos Desigual otoño/invierno 2012, y que tal vez, hubiese encontrado campo más acertado de discusión en el terreno de los delitos contra la propiedad industrial, por los que no sólo no se sostuvo acusación, sino que además son negados expresa y reiteradamente por la entidad mercantil que interpone el recurso.

En consecuencia de todo lo expuesto, hemos de compartir el criterio del Magistrado de instancia, y declarar que los hechos enjuiciados no son constitutivos del delito contra la propiedad intelectual que de forma excluyente sostiene la acusación particular» (SAP de Madrid 647/2015, de 29 de septiembre [JUR 2015\248239]).

10.2. Subtipo atenuado (Art. 270.4)²⁰

10.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 149

Marcos se hallaba el día 2 de julio de 2015 sobre las 22:40 horas en el establecimiento de hostelería «Torreno» sito en la calle de Alcalá n.º 640 de Madrid y fue detenido cuando estaba ofreciendo a la venta CDS y DVDS a los que se encontraban en el interior del referido local, incautándole un total de 129 CDS y 75 DVDS que eran copia no autorizada de los originales, siendo las carátulas una reproducción fotomecánica en color.

²⁰ Con la reforma habida por la LO 1/2015, el nuevo artículo 270.4 da un tratamiento autónomo a la «distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional» mientras el legislador de 2010 se refería a «la distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico». No obstante, se introduce un segundo párrafo en este nuevo número 4 de artículo 270, en el que, en atención a las características del culpable y la cuantía no solo del beneficio obtenido sino que se hubiera podido obtener el juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, lo que supone una significativa agravación en relación a la regulación anterior, pues elimina la posibilidad de castigar el hecho como falta cuando la cuantía no superase los 400 euros que, como es sabido, estaba castigada con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses.

CASO N.º 150

De la prueba practicada en los presentes autos consistente en interrogatorio de los acusados, testifical y documental, se declara probado que, el día 29 de julio de 2012, agentes de la Guardia Civil interceptaron a Gaspar —mayor de edad y sin antecedentes penales— en la localidad de Benicassim (Castellón), introduciendo en el maletero de su vehículo matrícula WV-....-W, una bolsa que contenía 23 DVDs y 82 CDs que éste destinaba a la venta sin estar autorizados por los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos. Asimismo consta acreditado que parte de dichos DVDs y CDs habían sido, a su vez, vendidos a Gaspar por Manuel —mayor de edad y sin antecedentes penales—, incautándole la Guardia Civil la cantidad de 124 DVDs y 78 CDs que se encontraban en el maletero de su vehículo matrícula....-NGV, no estando autorizado el acusado para su venta por los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos.

CASO N.º 151

Jesús, mayor de edad, de nacionalidad China, con permiso de residencia num.001 y sin antecedentes penales, sobre las 19.00 horas del día 11-11-2012, regía su negocio «todo a cien» sito en C/ Gil de Andrade de la localidad de Alcalá de Henares, donde fueron aprehendidos 598 CD's que tenía expuestos al público en los expositores para su venta con pleno conocimiento de su falsedad dado que pertenecían a copias de cintas originales falsificadas incorporando una caratula con una fotocopia, con pleno conocimiento por parte del acusado para dicha venta de autorización de las compañías productoras tanto de la SGAE como de AFYYE (PROMUSICAE). La SGAE no ha comparecido a cuantos llamamientos judiciales se le han realizado para el correspondiente ofrecimiento de acciones y sin que haya valorado y reclamado el posible perjuicio producido.

El precio medio de venta al público de cada CD era de 17 €, arrojando la totalidad de los 598 CD's intervenidos un importe de 10.166 €, y como mide el beneficio bruto de los propietarios legales de los fonogramas L el 19,8% sobre el precio de venta al público, los perjuicios ocasionados a los productores fonográficos por la reproducción y distribución de los 598 CD's intervenidos asciende a 2.012,87 €.

*10.2.2. Jurisprudencia*²¹

«En segundo lugar, es patente que el alegato del apelante de que «Es evidente que el párrafo primero del artículo 270 está pensado por el legislador para otros supuestos de distribución al por mayor, redes organizadas, etc.» es claramente erróneo, pues esos supuestos encajan en los subtipos agravados del artículo 271, excluidos pues de los casos tanto del párrafo primero como del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 270. En cuanto a la razón de ser de ese nuevo párrafo segundo, el Preámbulo de la LO 5/2010, en su apartado XVII, explica lo siguiente: «El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos,

²¹ Las sentencias en cita se refieren a los supuestos de «venta al por menor» o «callejera» que es como se denominaban estos supuestos en la regulación anterior.

máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta».

En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia menor (no conocemos ninguna sentencia del Tribunal Supremo al respecto) ha establecido que el subtipo atenuado de ese párrafo segundo, y en su caso la falta, «obedecen a supuestos muy concretos de conductas de menor entidad referidas a distribución al detalle, venta directa de algunos ejemplares o copias generalmente de manera callejera y llevada a cabo normalmente por personas en situación de indigencia o precariedad (AAP Huelva 15/3/2012 (ARP 2012, 835)), «viene aplicándose para vendedores del tipo top manta, a vendedores callejeros que realizan la venta a pie de calle, que realizan en todo caso distribuciones que son realmente al por menor, y que les producen unos reducidos beneficios económicos, impropios incluso para poder subsistir» (SAP Valencia 13/10/2011 (PROV 2011, 409709)), es aplicable cuando «nos encontramos ante una venta a pequeña escala cuyos autores son personas en situación de pobreza y necesidad» (SAP Alicante 7/11/2011 (PROV 2012, 219092)), razones por las que se excluye la aplicación del subtipo atenuado y de la falta del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 270 cuando el autor realiza una actividad mercantil o comercial y con establecimiento abierto al público (SAP Sevilla 29/12/2011 y A.P. Valencia 13/10/2011), como sucede con el acusado del presente caso» (SAP de Asturias 45/2013, de 14 de marzo [ARP 2013/319]).

* * *

«En consecuencia, la apreciación de la figura atenuada (delito o su correlato falta) no es automática, sino discrecional (razonada, por supuesto) del juzgador («podrá imponer...» dice el artículo 270) en función de diversas condiciones:

- 1) que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, que son: a) el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica; b) los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; c) el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual, y d) utilización de menores de 18 años para cometer los hechos.
- 2) atender a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico. Será el importe del beneficio el que determine —a partir de los 400 euros, incluida dicha cantidad, el castigo de los hechos como figura atenuada de delito.

(...) Pues bien, considera este tribunal que la idea de beneficio que a los efectos punitivos usan los preceptos analizados es la del beneficio obtenido de forma efectiva por el sujeto activo con el desarrollo de su actividad delictiva, esto es, la distribución o venta al por menor de las denominadas «copias piratas» de, en este caso, discos de

audio, películas y juegos de videoconsolas. De manera que cuando, como es el caso, no hay prueba de venta alguna el hecho deberá ser siempre estimado como constitutivo de la falta del *artículo 623.5* del Código Penal.

Y ello por las siguientes razones:

- 1) la interpretación conjunta y sistemática de las normas más arriba reseñadas que cobran sentido desde esa interpretación, especialmente si se tiene en cuenta que el espíritu de la reforma era mitigar la excesiva punición derivada de la reforma de 2003 en relación con las conductas de menor entidad del circuito comercial ilegal, el último eslabón, el denominado «top manta».
- 2) espíritu éste que se refleja en la Exposición de Motivos de la propia Ley orgánica 5/2010, que habla, además, expresamente de «beneficio económico obtenido por éste» en su apartado XVII» (SAP de Sevilla 184/2012, de 26 de marzo [ARP 2012/568]).

10.3. Subtipo agravado (Art. 271)²²

10.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 152

En los días 4 y 5 de diciembre de 2010 se practicó un registro autorizado judicialmente en la c/ Enriqueta Elizaín de Alicante. Dicho local era regentado por Francisco V. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajando en el mismo también Jesús P. R., mayor de edad y sin antecedentes penales. En dicho registro se ocupó una máquina reproductora marca Otari núm. 001, dos grabadoras reproductoras de cintas de cassette marca Teac, modelo A-23405 y modelo X-100011, con números de serie... y..., otra grabadora reproductora marca Revox A-77 núm. de serie..., una mesa de mezclas Tascan modelo M-224, núm...., dos magnetofones, dos pletinas de cassette, un reproductor compact disc, dos rebobinadoras, dos amplificadores, un Dat, una plancha para precintar cassettes, tres impresoras de ordenador, dos bobinadoras, un compresor de aire, tres mesas de magnetofonos, un maletín con circuitos impresos, dos ordenadores, una máquina de imprimir cintas, gran número de fotolitos, carátulas, 2.100 cassettes y 275 compac-disc de la casa CBI Records y 2.533 compac-disc de la productora Pilz. Francisco V. en el momento del registro entregó cajas con un total de 243 cintas ya grabadas, copias de cintas pertenecientes a casas autorizadas, que tenía depositadas en su vehículo, dispuestas para su venta.

CASO N.º 153

D. Teodoro fue detenido por la Policía Municipal el día 11 de enero de 2007 cuando salía de la vivienda, sita en la calle Dirección000 n.º núm.000 de Madrid, portando 31 DVDs y 17 CDs, reproducidos de manera ilegal y sin autorización de sus legítimos representantes.

²² Con la LO 1/2015 se amplía el abanico de supuestos que se incluyen en el subtipo agravado: ahora, para determinar a esa gravedad, se alude a la especial transcendencia económica del beneficio obtenido sino del que se hubier podido obtener. Por otra parte, para delimitar la «gravedad del perjuicio cuasado habrá que atender junto «al valor de los objetos producidos ilícitamente» o «la especial importancia de los perjuicios ocasionados», al «número de obras o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas».

Mediante Auto del Juzgado de Instrucción n.º 35 de Madrid se practicó una entrada y registro en la vivienda sita en la calle Dirección000 núm.001, núm.002, puerta núm.000, lugar donde fue detenido D. Jacobo, en situación irregular en Territorio Nacional, donde se dedicaba a la distribución de los efectos que fueron hallados, siendo estos un total de 3.830 CDs y 2.045 DVDs; fueron valorados en la cantidad de 57.750 euros y 40.900 euros, respectivamente. Han generado un perjuicio para AGEDI valorado en la suma de 11.434,50 euros, para la SGAE 4.273,50 euros, para la EGEDA en la suma de 34.346 euros.

Al domicilio antes indicado había acudido anteriormente D. Marcelino, que previamente había accedido a un local muy próximo al anterior, y cuya posesión compartían, siendo detenido por la policía. Se encontró en su poder 18 DVDs, que fueron valorados en la suma de 270 euros. Ha generado un perjuicio para AGEDI valorado en la suma de 53,46 euros, y para la SGAE en 19,90 euros.

Como consecuencia de todo ello se practicó un registro en el local antes mencionado, ordenado por el Juzgado de Instrucción n.º 35 de los de Madrid, mediante Auto de fecha 12 de enero de 2007, y que se encontraba sito en la calle Andrés Torrejón de Madrid, donde fueron encontrados un total de 8.255 CDs. que fueron valorados en la cantidad de 123.825 euros, generándose un perjuicio para AGEDI valorado en la suma de 24.517,35 euros, para la SGAE 9.163 euros.

Los efectos ocupados son copias fraudulentas realizadas sin consentimiento de los titulares de los delitos contra la propiedad intelectual.

CASO N.º 154

Santiago G. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, en el período de septiembre 2006 a diciembre 2007 ejerció en la Televisión Local por ondas denominada Mecomar, Canal TV y cuyo titular es la entidad Medio de Comunicación de Marchena, SLM, las funciones de gerente llevando a cabo una explotación de televisión desde el centro emisor ubicada en la Pza. Ducal núm. 1 de Marchena (Sevilla).

El 4 de diciembre de 1997 como consecuencia de la denuncia presentada por la entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) ante la Guardia Civil (grupo fiscal) por ésta se instó del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marchena el dictado de una autorización de entrada y registro en el local de la entidad Mecomar Canal TV, dictándose el oportuno auto y realizándose dicha diligencia sobre las 17.45 horas y en el transcurso del cual se intervinieron 904 cintas de vídeo siendo muchas de ellas de las llamadas repicadas o copias ilegales careciendo todas ellas de autorización de los legítimos titulares.

El perjuicio económico que su exhibición acarrearía a los legítimos titulares se ha valorado en 63.275 euros.

10.3.2. *Jurisprudencia*

«Igualmente se discute que el perjuicio causado tenga entidad suficiente para aplicar el tipo agravado de delito contra la propiedad intelectual de la letra a) del art. 271, que procede cuando «el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica», el razonamiento de la parte no se sostiene, pues para juzgar sobre la trascendencia económica del hecho no hay que atender separadamente al perjuicio causado a cada uno de los perjudicados, ya que con este razonamiento llevado su extremo lógico habría que atender al beneficio económico de cada uno de los actos de alquiler

de un disco, con lo que en la práctica sería imposible cometer el tipo agravado. Para que exista esta agravación hay que atender al resultado total de la actividad económica realizada en fraude a la propiedad intelectual, como se ha hecho en la sentencia, aplicando acertadamente la pena agravada del art. 271, teniendo en cuenta que los perjudicados dejaron de percibir las 5.388.053 pesetas que les habrían correspondido de haber respetado los derechos de propiedad intelectual» (SAP de Albacete 22/2004, de 15 de marzo [2004/222276]).

* * *

«Este delito encuentra su penología básica en el art. 270 del CP, pero el art. 271 tipifica unos tipos agravados con mayor pena, si se dan las circunstancias que en él se recogen. Las acusaciones solicitan diferentes penas pero en todo caso siempre dentro del tipo agravado. Las agravantes son de especial trascendencia de tal suerte que duplican los límites mínimo y máximo de la pena de prisión, y se suma la pena de multa y a de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con el delito. El precepto exige que se dé cualquiera de las descritas. En el presente caso las que podrían concurrir son las siguientes:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

La agravante b) se basa en la especial gravedad de los hechos bajo dos parámetros, el valor de los objetos o la especial importancia de los perjuicios. Esto quiere decir que la especial gravedad no se refiere directamente a los daños, sino a los hechos, y esto hace que se puedan integrar en este tipo conceptos como la reproducción y la comunicación pública. (...) Al igual que para el delito en general, para esta agravante no existe significativa jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero podemos extraer algún principio inspirador de la elaborada en torno a la agravación de la estafa prevista en el art. 250.4 CP, «Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia», puesto que como señala la STS 580/2011, de 14 de junio (RJ 2011, 4787), aunque en relación a la redacción del artículo 250.1.6.^a del Código Penal anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, «la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, a través de múltiples precedentes jurisprudenciales, ha establecido que el precepto en cuestión debe ser interpretado igual que los tipos agravados en el hurto y, por lo tanto, considerar independientes la entidad del perjuicio y la situación económica en que quede la víctima o su familia, de tal manera que concurrirá la agravación cuando se produzca cualquiera de los resultados típicos, no siendo necesaria la acumulación a pesar de estar unidos por la conjunción copulativa»; esto hace que la especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio, se haya tratado de forma exclusiva, «(véanse SSTS de 14 de mayo de 2001 [RJ 2001, 10313], 17 de abril de 2002 [RJ 2002, 6317], 14 de junio de 2006 [RJ 2006, 3730] y 3 de febrero de 2009 [RJ 2002, 1394], entre muchas más). Igual tratamiento se ha hecho con la apropiación indebida y así vemos como en la STS 1196/2009 (RJ 2010, 425) se expresa que «Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de «especial gravedad». Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el n.º 7.º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciar-

la como simple (Ss. de 16.9.91 [RJ 1991, 6198], 25.3.92 [RJ 1992, 2441] y 23.12.92 [RJ 1992, 10318], y otras muchas)». De ello se desprende que la determinación de una cantidad objetiva de perjuicio por sí misma es suficiente para producir la agravación tanto en el delito de estafa como en el de apropiación indebida, y si además tenemos en cuenta que para estos delitos se tipifica una agravación específica cuando se superan los 50.000 euros (art. 250.5 CP), las cantidades en las que nos movemos en el presente caso, superan por mucho estas cantidades, y en su consecuencia se debe aplicar el tipo agravado» (SAN 6/2015, de 5 de marzo [ARP 2014\17]).

* * *

«Igualmente se discute que el perjuicio causado tenga entidad suficiente para aplicar el tipo agravado de delito contra la propiedad intelectual de la letra a) del art. 271, que procede cuando «el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica», el razonamiento de la parte no se sostiene, pues para juzgar sobre la trascendencia económica del hecho no hay que atender separadamente al perjuicio causado a cada uno de los perjudicados, ya que con este razonamiento llevado su extremo lógico habría que atender al beneficio económico de cada uno de los actos de alquiler de un disco, con lo que en la práctica sería imposible cometer el tipo agravado. Para que exista esta agravación hay que atender al resultado total de la actividad económica realizada en fraude a la propiedad intelectual, como se ha hecho en la sentencia, aplicando acertadamente la pena agravada del art. 271, teniendo en cuenta que los perjudicados dejaron de percibir las 5.388.053 pesetas que les habrían correspondido de haber respetado los derechos de propiedad intelectual» (SAP de Albacete 22/2004, de 15 de marzo [JUR 2004\222476]).

* * *

«Se denuncia en primer lugar la indebida inaplicación del art. 271, a y b del Código Penal. Desaparecidas las antiguas modalidades agravadas de usurpación de la condición de autor, o por la presencia del ánimo de lucro, el precepto contempla ahora sólo dos supuestos de agravación, en realidad, subtipos agravados. Su fundamento es puramente cuantitativo, esto es, se tratará siempre de cualquiera de las conductas descritas en el tipo básico en unión de todos los elementos típicos, pero se presenta con una especial intensidad criminal que el legislador cifra en dos datos ajenos al tipo descrito en el art. 270.

De una parte, en el apartado a) el beneficio obtenido por el culpable, que si en el tipo básico no es necesario, aquí ha de existir y además, poseer una especial trascendencia. Como en otros tipos agravados por la cuantía, el legislador renuncia a la fijación de topes exactos, y confía a los Tribunales la determinación en cada caso, y siguiendo las pautas orientativas de la jurisprudencia, de lo que pueda ser de especial trascendencia. Dado que las copias no llegaron a acceder al mercado ilícito, la Sala considera, al igual que la sentencia de instancia, la inaplicabilidad de este apartado.

De otra parte, el apartado b) alude a la especial gravedad del resultado típico, bien en atención al valor de los objetos producidos ilícitamente, bien por la importancia del perjuicio en los derechos del titular de la propiedad intelectual. Se tratará en principio, y aunque no se mencione expresamente de un daño cuantificable en términos económicos, pues a la vista del bien jurídico protegido, ése es el aspecto predominantemente valorado por la ley penal, en consonancia con la exigencia, ahora general, de un ánimo de lucro en la conducta.

Al contrario que lo estimado en la sentencia de instancia, la Sala considera que concurre el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de los objetos

producidos ilícitamente. El valor de los efectos que debe tomarse como referencia no es el que las copias ilícitas alcancen en el mercado clandestino, sino el precio que los efectos indebidamente reproducidos tendrían de tratarse de una reproducción legal, puesto que, como se dijo, el bien jurídico protegido así lo exige, y se acomoda al carácter defraudatorio de la conducta comisiva. La interpretación contraria mantenida en la sentencia recurrida, además de oponerse al elemento económico y patrimonial del bien jurídico protegido, llevaría de suyo a la imposibilidad material de aplicación del precepto. Como consecuencia de lo dicho, es claro que dado el elevado número de copias intervenidas, y el valor pericialmente establecido respecto de las legales, se está en el supuesto de aplicación del subtipo agravado mencionado» (SAP de Madrid 116/2011, de 17 de marzo [JUR 2011\167519]).

10.4. Responsabilidad civil (Art. 272)

10.4.1. Jurisprudencia

«Se impugna la sentencia de instancia en el particular relativo a la no exigencia de responsabilidad civil por parte del condenado por considerar no acreditado que llegara a materializar ventas concretas. Criterio que esta Audiencia no comparte, pues acreditado que aquel ofrecía a la venta DVD's que contenían obras cinematográficas que eran copias de originales, grabadas sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se perjudican los derechos e intereses económicos de éstos desde que se realizan las copias, legales masivas y con ello se introducen en el tráfico mercantil. Perjuicio del que han de ser resarcidos los titulares de los derechos de propiedad intelectual por parte del criminalmente responsable, tal como establece el artículo 116 del Código Penal» (SAP de Madrid 757/2012, de 29 de octubre [JUR 2013\92177]).

* * *

«Hemos de recordar en este punto que para delimitar el perjuicio y establecer sus efectos ha de acudir a la legislación específica sobre propiedad intelectual pues lo establece taxativamente el art. 272.1 CP. Concretamente el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (LA LEY 1722/1996), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece las pautas para identificar el alcance de la indemnización por los perjuicios sufridos respecto de la lesión de los derechos que contempla, y se pronuncia así:

«1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. (...)».

El legislador configura un sistema de resarcimiento alternativo en función de la petición del perjudicado que pasa por significar la elección por los daños efectivos (pérdidas y ganancias dejadas de percibir) incluyendo el daño moral, o concretar la remuneración que se hubiera percibido si el infractor hubiera pedido autorización para la explotación del derecho» (SAP de Castellón 424/2014, de 12 de noviembre [JUR 201555299]).

* * *

«La mercantil denunciante cuantificó sus perjuicios, según un escrito que aportó al inicio del juicio, en la valoración que correspondería al software original que habría sido copiado sin autorización en los CDs intervenidos por la Policía en el registro realizado, más el valor del ordenador adquirido con el fin de acreditar la comisión del delito, en total 5.619,71 euros. Esa es la cantidad que se concede en la sentencia de instancia, con el siguiente argumento: «Examinado tal documento se considera adecuada la cantidad reflejada en el mismo, pues por la defensa no se ha practicado prueba alguna para desacreditar las cifras que en el mismo figuran».

El problema radica en que determinar el valor del perjuicio utilizando como parámetro el valor de las licencias del software que había sido reproducido en aquellos CDs se aparta de los hechos que, según la sentencia de instancia, configuran el delito que se sanciona, que no lo fue por la realización de aquellas (también ilícitas) reproducciones intervenidas por la policía sino por el hecho de ofrecer a los clientes instalarles gratuitamente en sus equipos ese software, por lo que el perjuicio, en los términos del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, que para Microsoft han supuesto los hechos que se declaran probados no se encuentra en el valor de las licencias correspondientes a los 22 CDs intervenidos sino en el valor de las licencias no abonadas correspondientes al software instalado en los equipos comercializados por los acusados.

Para su cálculo vamos a partir de la premisa de que el software que los acusados instalaron en el ordenador intervenido era, como dijo el técnico acusado, el que habitualmente instalaban, software del que Microsoft era titular del sistema operativo Windows XP y de la suite Office 2007. El importe del primero lo cuantifica la denunciante en 297,44 euros, si bien existen serias dudas de que ese fuera su precio real cuando ocurrieron los hechos, pues la defensa ha acreditado, a través de su facturación, que en el año 2009 la licencia de Windows XP professional costaba entre 176 € (factura de 4/3/2009) y 155 € (factura de 8/10/2009), siendo lógica la diferencia entre ese valor y el reclamado por Microsoft, que parece ser el que tenía ese sistema operativo cuando se implantó en los primeros años de la pasada década (2001-2002), y que era mucho menor en el año 2009, en razón a que en ese momento se lanzó el sistema operativo Windows-7 que ya había sido precedido dos años antes por el sistema operativo Windows Vista. En cuanto a la Suite Office 2007, no consta su valor en el documento aportado por Microsoft, en el que únicamente se valora la versión de 2003; sin embargo, el precio de esa suite, lanzada tan solo dos años antes de estos hechos, era similar al precio que, en el momento de lanzamiento, tuvo la Office 2003, que sí apa-

rece valorada en el documento aportado por Microsoft en 297 euros, por lo que puede partirse de esa cantidad.

Podemos concluir, por tanto, que el perjuicio ocasionado a Microsoft en cada uno de los equipos en que se instaló ilícitamente su software se sitúa, en números redondos, en torno a los cuatrocientos cincuenta euros.

En cuanto al número de equipos en que se instaló, el examen de la facturación aportada revela que en la misma se indicaba cuándo un equipo se vendía con abono de la licencia (al anotarse «equipo y licencia», apunte 14 que se corresponde con la factura de 4 de marzo de 2009 antes citada) y cuándo no se vendía la licencia (en cuyo caso solo se indicaba «equipo»). De dicha documentación resulta que en el año 2009 se vendieron sin licencia tres equipos nuevos y dos usados; y a efectos de responsabilidad civil podemos partir de la base de que en todos ellos se instaló aquel software gratuitamente (pues era «lo habitual», como dijo el técnico acusado al detective), por lo que el perjuicio causado a Microsoft en esos cinco equipos informáticos asciende a 2.250 euros que, incrementados en el valor del equipo que necesariamente hubo de adquirir la denunciante para sacar a la luz la comisión del delito, totaliza una indemnización de 2.586,40 euros» (SAP de Cáceres 249/2015, de 1 de junio[ARP 2015532]).

* * *

«No desconoce la Sala que hay una posición jurisprudencial, en la que milita la *SAP de Valencia de fecha 26/7/2010 (JUR 2010, 398087)*, citada por el apelante, que a efectos indemnizatorios solo reconoce el perjuicio si concurre la venta posterior del material ilícito, pero nosotros participamos de la corriente mayoritaria, acertadamente citada por la acusación particular personada —*SAP de Madrid de fecha 22/12/2011 (JUR 2012, 60857)*, *SAP de la Sección 5.ª de Barcelona de fecha 8/11/2001 (JUR 2002, 41013)* y *SAP de la Sección 2.ª de Las Palmas de fecha 4/3/2013 (JUR 2013, 167610)*, entre otras muchas— que se asume por esta Sala, que entiende que la venta no es necesaria para reconocer el perjuicio y consiguiente derecho a la indemnización correspondiente, habida cuenta que el derecho a la reparación del daño surge desde el mismo momento en que se infringe el derecho a la propiedad intelectual del titular en perjuicio suyo, con independencia de si se ha procedido o no a la venta del material ilícito, atendido que el mismo ha dejado de percibir el beneficio que legítimamente le correspondía por la utilización del derecho protegido, lo que exonera de mayores comentarios al respecto» (SAP de Las Palmas 300/2014, de 28 de noviembre [ARP 2015664]).

11.

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

11.1. Patente, modelo de utilidad, procedimiento patentado y dibujo industrial artístico y topografía (Art. 273)

11.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 155

Miguel, con la intención de proceder a su venta y sin contar con la autorización de Agrar Semillas, SA, titular en exclusiva para la multiplicación y comercialización en España de la variedad de cebada UNIA, variedad propiedad de la empresa francesa Secobra Recherches, insertó en el periódico Heraldo de Soria un anuncio en el que ofrecía cebada UNIA R-2, que pensaba vender a 0.15 euros el kilo aproximadamente. Miguel poseía dicha cebada en una nave sita en el camino de Señuelas de la localidad de Coscurita, y la había obtenido mediante la siembra previa de 2000 kilogramos de semillas UNIA R-1 que había adquirido de la SAT Lda. Duero en diciembre de 2003, al precio total de 765.44 euros.

Miguel no llegó a vender cantidad alguna de la variedad vegetal que tenía almacenada con tal fin.

Miguel es mayor de edad penal y carece de antecedentes penales.

CASO N.º 156

Gope, de 48 años de edad y sin antecedentes penales, gerente de la entidad mercantil Saime Import, SL con sede social en la calle Maestro Vallas núm...., de esta ciudad, en agosto de 2000 recibió por vía marítima y tuvo a su disposición, aunque con suspensión del «levante», en la Aduana de Valencia, 89 cajas conteniendo 10.260 unidades de juguetes de la marca Pokemon, marca y juguetes de la que es titular la Cía. Nintendo Co. Ltd. en todo el mundo y concretamente en España por la adhesión de nuestro país al Convenido de Berna de 1886 (RCL 1974, 2205; NDL 25115), ratificado en 1973, y cinco cajas conteniendo 1.440 unidades de figuras con la marca Digimon, marca de la que es titular la entidad Bandai España, SA, juguetes y figuras con la marca fabricados en Hong-Kong por fabricante desconocido y que el acusado con el propósito de beneficiarse pretendía introducir para su venta en España.

CASO N.º 157

Anne Madeleine, mayor de edad y sin antecedentes penales, titular de la tienda Azimut sita en Castelló de d'Ampuries, urbanización 000, Galerías del puerto, desde el

mes de abril de 1995, se dedicaba a vender en la misma prendas y objetos tales como albornoces, toallas, alfombrillas de baño, pasadores de pelo, bolsas de baño, pañuelos de cuello, chaquetas, camisetas imitando el anagrama Chanel y Cristhian Dior, París, marcas comerciales reconocidas y registradas en el registro de la Propiedad Industrial, sin haber obtenido la autorización o licencia que le permitiese explotar la comercialización de dichas marcas, ni haberlas adquirido por los cauces normales de distribución.

Habiéndose procedido en fecha 22-8-1995 a la práctica de diligencia de entrada y registro en el referido establecimiento y en fecha 23-8-1995 en el domicilio de la acusada sito en Calle000 núm.000 de Ampuriabrava, por agentes de la Guardia Civil, previa la preceptiva resolución de entrada y registro acordada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Figueres, siéndole ocupado a Anne Madeleine diversos artículos de las mencionadas marcas, con una imitación burda del anagrama de la marca Chanel y Cristhian Dior, no existiendo semejanza con las auténticas con clara diferenciación por su composición, textura, calidad, colorido, género, falta de etiquetado.

CASO N.º 158

En virtud de Escritura Pública otorgada en fecha 2 de noviembre de 1979, se constituyó la entidad mercantil «Dulces AAA, SA», cuyo objeto social era la dedicación a la explotación de un negocio de fabricación y venta al por menor, de artículos de pastelería, bollería y peladillas; en relación con la elaboración de tales productos y sus derivados, la citada sociedad solicitó en fecha 5 de abril de 1984, de la Oficina Española de Patentes y Marcas, la concesión del registro de los modelos industriales que se describen en los folios 5, 6, 7 y 8 de las actuaciones. Dicha petición fue concedida el 20 de noviembre de 1984, apareciendo publicada en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial de fecha 1 de febrero de 1985 y según consta al folio X tal modelo quedó inscrito con el núm. 105XXX en el Registro de la Propiedad Industrial en fecha 12 de junio de 1985. Entre los modelos industriales reseñados en los mencionados folios que obtuvieron protección registral, consta acreditado que la misma afectaba según obra al folio X al diseño B, siendo aplicable el mismo que ha sido en definitiva el que dio origen a los hechos enjuiciados en esta causa, a un dulce esponjoso de glucosa y gelatina, caracterizado por la forma de su cuerpo derivada de la agrupación de cuatro rollos de sección cilíndrica adosados longitudinalmente y torcidos conjuntamente en espiral.

En fecha 8 de marzo de 1990, con motivo de la «Feria Alimentaria» que se celebró en Barcelona, a la que acudió para la exposición y divulgación de sus productos «Dulces AAA, SA» José M. J. P. actuando en nombre y representación de la misma, requirió la presencia notarial con el fin de que se efectuasen las siguientes comprobaciones: A) que en el stand instalado en la mencionada Feria por la entidad requirente se le exhibió al Notario, una caja cerrada con productos de la firma «XXX, SA» que tiene su domicilio social en Molina de Segura (Murcia) y de la cual es Directivo-Gerente el acusado Antonio A. S. B., mayor de edad y sin antecedentes penales; y B) que notarialmente se compruebe que en el stand instalado por la empresa «XXX, S.A.» en dicha feria, se exhiben al público los mismos productos que anteriormente le habían sido mostrados.

Como resultado de los requerimientos efectuados para que se llevase a efecto la citada acta de presencia notarial, constan en la diligencia obrante al folio 11 los siguientes extremos: Primero, que en el pabellón de la entidad «Dulces AAA, S.A.» se

exhibió a presencia notarial una caja recubierta por plástico transparente, con el producto en su interior pero visible desde el exterior, que ofrece además de otros dibujos los signos distintivos siguientes: «Superfintronic» y «Twistin-Fini» y en la parte posterior de dicha caja había entre otras, una Leyenda que decía: «Fabricado por XXX, SA» «Peso 1.280 g»; siendo el producto contenido en la misma en cuanto a su forma externa una trenza de cuatro cabos; Segundo, exhibido por el señor J. P. un producto de su propia empresa de los denominados «Mashmallaws» se comprueba que el mismo está formado también por una trenza de cuatro cabos, pero con más vueltas de trenza que el observado anteriormente correspondiente al producto que comercializa la empresa que representa el acusado; y Tercero, finalmente a través del acto de presencia notarial quedó constatado cómo en el stand núm. 93 podía observarse desde el pasillo general del recinto ferial, una caja de idénticas características a las que anteriormente se le había mostrado al Notario como perteneciente a dicha empresa.

En base a lo anteriormente expuesto y entendiendo la entidad querellante que habían sido lesionados sus derechos que con carácter exclusivo tenía registralmente amparados sobre el referido modelo industrial —folio 6 diseño B— a través de su asesoría jurídica se dirigió por carta a la empresa «XXX, SA» con el fin de que éste cesase inmediatamente en la comercialización del indicado producto, así como que el mismo fuese suspendido de sus catálogos, debiendo llevarse a efecto la destrucción de todo el material gráfico o publicitario del mismo: Ante tales peticiones que fueron remitidas por conducto notarial a «XXX, SA» en fecha 15 de mayo de 1990, el acusado actuando con la representación que ostenta de dicha sociedad, y que no consta tuviese conocimiento de la vulneración del derecho registral alegado que se le imputa, reclamó también la información de sus asesores —documental núm. 11— quienes en fecha de 26 de septiembre de 1990, le informaron en el sentido de que podía seguir fabricando el referido producto sin ningún problema ya que en principio la «trenza» como figura geométrica constituida por varios hilos, no es registrable y ello con independencia de las claras diferencias que existen entre el producto que elabora su empresa y el fabricado por «Dulces AAA, S.A.».

De acuerdo con tal asesoramiento el acusado continuó elaborando el producto ya que además el mismo entendía que la tecnología empleada para su fabricación que es la base de la elaboración la consiguió mediante la compra que hicieron a la Sociedad «OOO, SA» en virtud de la Escritura Pública otorgada en fecha 19 de noviembre de 1981 en la que los miembros integrantes de la Comisión de acreedores de dicha empresa con poder especial para ello, se la vendieron a «XXX, SA» que adquirió junto con los inmuebles descritos en dicho documento notarial, el material inventariado que se reseñó y adjuntó a dicha Escritura Pública.

Pese a tales consideraciones la entidad querellante estima que en concreto los perjuicios ocasionados ascienden a 2.295.867 € y que los mismos derivan no sólo de la disminución de ventas en general sino además porque «Dulces AAA, SA» perdió la exclusiva de venta del referido modelo que tenía conferida a «YYY, SA» con un volumen de fabricación anual de 150.000 €.

CASO N.º 159

Juan Miguel, mayor de edad por cuanto nacido el 2 de abril de 1962 y sin antecedentes penales, regenta el establecimiento comercial «La Perla de Oriente» sito en la Plaza 000 núm000, de Madrid.

Con fecha 21 de septiembre de 2004, y con motivo de un acta de inspección efectuada por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía adscritos a la Comisaría Gene-

ral de la Policía Judicial, fueron intervenidas en el citado establecimiento un total de 11.953 carcasas de teléfono móvil que resultaron ser copias de las fabricadas por la marca Nokia, que figuraba además en algunas de ellas, por reproducir modelos industriales sólo compatibles con teléfonos móviles de la citada marca, y que el acusado había adquirido con la pretensión de introducir en el mercado para su comercialización al por mayor sin la correspondiente autorización del titular registral de la marca y de los modelos industriales, Nokia Corporation y Nokia G.M.B.H.

El día 2 de febrero de 2005 tuvo lugar una segunda acta de inspección policial que dio como resultado la intervención de un total de 1.055 carcasas con iguales características que las anteriores en el establecimiento regentado por el acusado que, guiado por igual ánimo, también había adquirido sin la debida autorización de los titulares registrales para su comercialización al por mayor.

El beneficio industrial medio aproximado que Nokia obtiene por la venta de cada una de las carcasas para teléfonos móviles como las que fueron intervenidas al acusado es de 4,24 euros, por lo que el perjuicio total causado como consecuencia de estos hechos asciende a 55.153,92 euros.

11.1.2. *Jurisprudencia*

«...La marca, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Marcas de 10-11-1988 (RCL 1988, 2267), es un signo o medio que distingue o sirve para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de otra persona, verificándose por el Estado un favorecimiento de la exclusividad del uso de los signos distintivos de un producto o servicio, mediante el otorgamiento al titular de la marca de una protección frente a las conductas atentatorias a esa exclusividad de uso de determinados signos de identificación de productos industriales cuando aquéllos han obtenido la especial garantía que dimana de su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial.

Esa protección, como indica la STS de 6-5-1992, tiene, sin embargo, un doble fundamento, pues por un lado se protegen los intereses de los consumidores, que de esta manera ven favorecidas unas mejores posibilidades de asegurar la calidad deseada en las mercancías que adquieren, y, por otro, se protegen los intereses de la empresa titular del derecho de propiedad industrial, a quien se permite el goce de la correspondiente rentabilidad a que aspira mediante el cumplimiento estricto de las normas estatales que se le imponen. En el mismo sentido, la STS de 13-12-1993, habla de la dualidad defraudatoria que se produce cuando se infringe el derecho a la exclusividad de uso de la marca: los intereses comerciales de su titular y los intereses del público destinatario y consumidor del producto.

La protección dispensada al uso exclusivo de la marca, como dice la primera de las sentencias citadas, no puede ni debe ser exclusivamente penal, ya que el principio de intervención mínima aconseja que sólo las infracciones más graves en esta materia tengan una sanción de este tipo, pudiendo recurrir a la vía civil para aquellos supuestos en que la infracción, por su forma o volumen sea de menor entidad, de forma tal que para que exista el delito es necesario que haya una posibilidad de confusión en el público consumidor o adquirente de la mercancía de que se trate teniendo en cuenta sus características concretas (SSTS de 22-1-1988, 6-5-1992 y 13-12-1993).

En particular, la STS de 22-1-1988, concluye que si la identificación es normalmente realizada por el público no sólo en función de la marca usurpada sino también por otros factores o elementos que individualizan el producto, la menor importancia

de dicha marca a los efectos identificativos del origen del producto priva de ilicitud penal a la conducta del usurpador.

La norma penal, por tanto, sólo debe abarcar la indebida utilización de signos distintivos que genere el riesgo de que el consumidor identifique erróneamente el origen del producto o servicio, protegiéndose así tanto el interés del consumidor como el derecho del empresario a que sean identificados en el mercado sus productos o servicios.

De lo anterior se deriva que la ilicitud penal sólo se extiende al riesgo de confusión, que valora tanto la identidad o semejanza fonética, gráfica o de concepto de los signos distintivos como la identidad o semejanza de los productos o servicios señalados por la marca, relegándose el denominado riesgo de asociación, en el que sólo se valora la identidad o semejanza de la marca, al ámbito de ilicitud civil.

La determinación de cuál sea el grado de semejanza capaz de causar confusión (juicio de confundibilidad), necesario para determinar la existencia del ilícito penal, exige un juicio de hecho en el que se valore la capacidad global del producto o servicio para inducir a error al consumidor; juicio que debe realizarse, según lo expuesto, sobre la marca o signo distintivo, sobre el producto o servicio sobre el que se impone y sobre ambos en su conjunto....» (SAP de Girona 171/2000, de 19 abril [ARP, 2000\1324]).

* * *

«...Puesto que el art. 273 CP sanciona al que con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos, es necesario delimitar el contenido exacto del derecho del recurrente a fin de analizar si se ha producido o no la vulneración denunciada.

No existe duda alguna en relación con la titularidad ostentada por la querellante sobre el modelo de utilidad español n.º 9702913, lo que no es cuestionado por nadie.

En relación con el concepto de modelo de utilidad, ya la STS, Sala 1.ª, de 24.3.1988, establecía que «Está fuera de duda que el modelo de utilidad puede considerarse como una patente de menor relieve, por lo mismo que viene a ser un pequeño invento en el que la protección se pretende para una forma con mejoras en el aspecto técnico, aunque carezca de la altura inventiva reservada a las patentes, y de aquí, que su nota característica sea la producción de una innovación útil, reveladora de un avance técnico protegible y estimulable al determinar un beneficio a la sociedad, como así se ha venido reconociendo de manera reiterada por la doctrina de esta Sala al interpretar la descripción definidora que contiene el art. 171 del Estatuto (de la Propiedad Industrial)».

En similares términos, la STS, Sala 1.ª, de 22.4.2002 dispone «Respecto a la regla recién reseñada (art. 171 del Estatuto de la Propiedad Industrial), derogada por la Ley 11/1986, esta Sala ha considerado que, aunque fuera de manera implícita, la misma exigía la actividad inventiva, y así se ha referido reiteradamente a los modelos de utilidad como creaciones de menor intensidad inventiva (en la variada terminología jurisprudencial, se emplean, entre otras, las expresiones de «pequeños inventos», «medio inventos», «invenciones menores», «invenciones de menor importancia» y «modestia inventiva») que las creaciones patentables, limitándose además a aquellas invenciones que, a través de la forma de un objeto, se traducen en una mejora de tipo práctico, en una ventaja en su empleo o fabricación, cuya posición, en general, es extrapolable a las situaciones surgidas bajo el régimen de la Ley 11/1986, la cual, en

su artículo 143, ya no ofrece duda sobre la nota de la actividad inventiva en los modelos de utilidad.

El artículo 143.1 de la Ley de Patentes determina que «serán protegibles como modelos de utilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, las invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación».

Según este precepto, los modelos de utilidad son invenciones para un obrar industrial, que se distinguen por dos notas fundamentales: la forma de un objeto y la ventaja técnica; la primera, se refiere tanto a la configuración externa como a la interna, dada la amplitud de los términos indicados en el artículo («configuración, estructura o constitución»); la segunda, detallada en el precepto como «prácticamente apreciable» supone un fin útil, que sea razonable y se pueda reconocer sin dificultad».

Dentro de estas categorías de pequeños inventos o invenciones menores parece claro que puede comprenderse el de un patinete con motor, pero este tipo de patinete, si bien con motor de combustión, se registró como modelo de utilidad n.º 9000091 el 15 de enero de 1990, por lo que a tenor del art. 152 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad ya no se encuentra protegido por sus disposiciones, sino que será de dominio público y en otra invención denominada «patín deportivo autoportante» su registro como modelo de utilidad n.º 1004761 fue presentado el 10 de junio de 1987, presentando este modelo un electromotor accionado por unas baterías. Es decir, la idea de un patinete con motor es anterior al modelo de utilidad registrado por la querellante, y también lo es el patinete con motor eléctrico y baterías.

No es, pues, la invención del patinete con motor lo que se protege mediante el registro del modelo de utilidad 9702913, sino las concretas modificaciones que se han ido introduciendo en el desarrollo de esa idea original y que constituyen las reivindicaciones y así se indica en la descripción de la invención, efectuada al solicitar su registro como modelo de utilidad, que «el patinete que la invención propone, en la línea básica de los patinetes reflejados en los modelos de utilidad anteriormente citados (pertenecientes también a la misma empresa y referidos a patinetes con motor de combustión), parte de la utilización de un motor eléctrico, alimentado por baterías, y centra sus características en una especial configuración y disposición de sus elementos motrices, que permite conseguir un dispositivo compacto, donde motor y baterías quedan ubicados ocupando espacios muertos idóneos a tal efecto». Y continúa la descripción haciendo referencia a las características del patinete y posteriormente ya las reivindicaciones concretas.

Por tanto, es en este punto exacto donde se ha de verificar si existe o no una identidad de los patinetes, a fin de comprobar si son idénticos y por ello si mediante su distribución los querellados han vulnerado los derechos del titular del modelo de utilidad...» (AAP de Madrid 438/2004, de 5 noviembre [JUR 2005\247464]).

* * *

«...a) Que, como es sabido, el derecho de autor sobre su obra, goza de la protección general de la propiedad privada, que, por tanto, no puede sufrir limitaciones o, emisiones de uso por un tercero sin su autorización (S. 15-12-1998). b) Que si bien es cierto la argumentación de la recurrida sobre la dualidad reguladora en nuestro Derecho (habida cuenta la cronología de la legalidad aplicatoria) de la protección de los dibujos artísticos, o de la tutela de sus creaciones formales, ya que, por un lado, se les contempla como creación artística en sede de propiedad intelectual, y, por otro, en cuanto a su uso en el tráfico empresarial [así, dentro del Estatuto de la Propiedad

Industrial y en el marco del derecho de propiedad Industrial en su art. 2 ap. c) ya se hablaba de dibujo industrial como de dibujo artístico, y así se define el Dibujo industrial en su art. 182 —S 26-10-1994— mientras que el dibujo artístico, lo está en el art. 190, ambos merecedores de tutela tras su inscripción en el Registro: art. 183; sin perjuicio de que el segundo goza también de tutela si está inscrito en el Registro de Propiedad industrial, dualidad también contemplada en la S. 5-5-1998 dentro ya de la propiedad industrial, y que el autor puede optar por un sistema u otro de subsunción legal en su propiedad, no es posible sancionar sin cobertura alguna al derecho ejercitado en autos porque el mismo sólo estaba inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, según lo constatado. c) Cabe al efecto aplicar el dibujo cuestionado en su dinámica operativa dentro del Estatuto de 26 de julio de 1929 —sin posibilidad de retrotraer los efectos de la vigente Ley de 11-11-1987, S 4-1-2000—, cuanto dispone el citado por la Sala «a quo» art. 182 en relación con el 190, al prescribir que se entenderán comprendidos en el concepto de dibujo industrial los «dibujos que, constituyendo una reproducción de una obra de arte, se exploten con un fin industrial... independientemente de los derechos que pudieran corresponderles en el concepto de propiedad intelectual». Mientras que en la esfera, en cierto modo estática de su proyección, exclusivamente, intelectual de los citados dibujos artísticos, era condición indispensable —según el art. 36 que cita la Sala de la primitiva Ley de 10-1-1819—, el haber inscrito el derecho correspondiente en el Registro de la Propiedad Intelectual, lo que, claro es, no acaeció en la litis. d) Dentro de la panorámica de los derechos sobre bienes inmateriales —tanto lo sean de propiedad industrial como intelectual— y aplicándole al problema desde sus inicios ordenadores hasta la normativa vigente, existe un cuerpo decantado de doctrina jurisprudencial que examina su contenido y lo desdobra, bien resaltando su proyección directa emanada de la propia personalidad —inmanencia «ad intra»— que comportan los llamados derechos morales y su vertiente «ad extra» de los llamados derechos materiales o patrimoniales que como tal, corresponde a su autor y que le protegen de cualquier injerencia extraña y le permiten su uso o explotación exclusiva según su índole; los primeros, regulados en el Cap. III, Sección 1.^a art. 14 y ss. y, los Segundos en la Sección 2.^a, arts. 17 y ss., de la Ley 22/1987 de 11 noviembre (hoy, derogados por don Derogativa única del RD Ejecutivo 1/1996 de 12 de abril), de tal forma que su autor es el único titular de ese uso y puede, por tanto, no sólo ejercerlo a su modo, sino impedir aquel uso indebido por persona no autorizada —entre otras la Sentencia citada en el Motivo de 30-10-1995—. e) Derivar de esos antecedentes, como hace la Sala, de que por estar reconocida esa titularidad sólo en la dinámica industrial, esto es, la relativa al uso o explotación del objeto artístico así registrado, no puede deparar a los interesados acción de defensa alguna tendente a la evitación de esa injerencia o, en su caso, —como en autos— su derecho al resarcimiento, no debe sostenerse, porque, ni de la normativa expuesta se obtiene esa consecuencia, ni menos, aún, es compartible la argumentación de la instancia en su transcrito F. 3.^o de que literalmente, «el programa en que se divulgaron los dibujos era o tenía un «carácter cultural o divulgativo/recreativo», pero no comercial o empresarial», al consistir éste en una «actividad dirigida al mercado para colocar en él con fines lucrativos, un producto o un servicio», porque, ello, sin más, desconoce la obviedad de que la demandada es un auténtico ente empresarial y, que pese a intercalar, en su caso, programas formativos, no por ello tal contingencia impide para el conjunto de su actividad difusora, se cumpla el objetivo económico o de agiotaje que conlleva todo ente televisivo, en su misma finalidad estatutaria. f) Asimismo, frente a esa dicción del art. 36 de la Ley antigua, sobre la necesidad de la inscripción, no puede omitirse, como dice el impugnante, la presencia del art. 37 que relega de tales previsiones formales instru-

mentos afines a los de los dibujos cuestionados. g) Por último, tampoco se acoge que la improcedencia indemnizatoria provenga al no haberse demostrado la realidad de los perjuicios por los actores —F. 5.º— pues, aparte de subsumir ese particular en el vigente art. 14 de la Ley 22/1987, es claro, que aquella tutela general razonada ha de acoger el derecho indemnizatorio que, «per se», proviene de la violación por un uso indebido por la demandada del derecho de autor del titular debidamente constatado en el Registro de la Propiedad Industrial, en términos análogos a los del vigente art. 64 de la Ley de Patentes de 20-3-1986» (STS 972/2001, 24 octubre [ROJ 8207/2001])²³.

11.2. Signo distintivo y variedad vegetal protegida (Art.274)

11.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 160

El día 8 de octubre de 2001 compareció en la Comandancia de la Guardia Civil el representante de la entidad Osborne y Cía., SA denunciando que en determinados establecimientos de esta Ciudad había detectado la comercialización sin autorización de artículos de regalo que tenían el signo gráfico consistente en la silueta del denominado Toro de Osborne, que constituye una marca registrada que le pertenece, y que no obstante los requerimientos efectuados no habían cesado en su actividad.

El día 9 de octubre de 2001 Funcionarios de la Guardia Civil se personaron en los establecimientos comerciales denominados «Gargola» y «Atarazana», situados en la calle... números... y..., explotados por la entidad mercantil Rosa María Vergara Ojeda, SL, y que es propiedad de Guadalupe, mayor de edad, sin antecedentes penales, que también la administra, interviniendo 359 objetos en el primero de los establecimientos y 80 en el segundo con la silueta del denominado Toro de Osborne.

Guadalupe había sido previamente requerida en diversas ocasiones para que no comercializara productos con el signo distintivo antes mencionado, y advertida de las posibles consecuencias de su conducta al no contar con autorización para efectuarla.

Ese mismo día también se procedió a intervenir en el establecimiento «Sol Sevilla», situado en la calle... número..., regentado por su propietario Jaime, mayor de edad, sin antecedentes penales, 704 objetos con la silueta del denominado Toro de Osborne.

Jaime también había sido previamente requerido para que no comercializara productos con el signo distintivo antes mencionado, y advertido de las posibles consecuencias de su conducta al no contar tampoco con autorización para efectuarla.

De la misma manera se procedieron a intervenir productos con las mismas características en los establecimientos «Fist Center», situado en la... número..., regentado por la entidad mercantil Bandivisas, SA, de la que es apoderado David, concretamente 840 artículos de diversa clase y naturaleza, y en el establecimiento «Perfumes Españoles», situado en la calle... números... y..., explotada por la entidad con la misma denominación, de la que son propietarios Casimiro y Constanza, concretamente 106 artículos.

No ha resultado acreditado que los anteriormente mencionados hubieran recibido un requerimiento previo por parte de la entidad Grupo Osborne, SL para que cesara la comercialización de productos con el signo antes mencionado.

²³ Id Cendoj: 28079110012001102350.

La entidad Grupo Osborne, SL es la titular de los derechos de explotación de la obra conocida como Toro de Osborne consistente en la silueta de un toro efectuada por Mariano, así como las relativas a la explotación exclusiva de la marca inscrita a su nombre y referida a la silueta del toro antes mencionada.

CASO N.º 161

Sobre las 12.00 horas del día 19 de octubre de 2010, agentes de la Policía Local de Granada, realizaron una inspección y registro en el establecimiento comercial Stock Marcas que el acusado Augusto venía regentando, sito en la Calle000 núm.000, de Granada, incautándose de varias prendas textiles de diversas marcas comerciales, todas ellas copias o imitaciones de los auténticos productos de las marcas que ostentaban y debidamente registradas, a salvo las marcas Polo Ralph Lauren y Calvin Klein cuya inscripción registral vigente al tiempo de los hechos no consta; en concreto fueron intervenidas el siguiente número de prendas: 172 de la marca Paul Shark, 131 de la marca Tommy Hilfiguer, 90 de la marca Ralph Lauren, 83 de la marca Burberry London, 67 de la marca Calvin Klein y 51 de la marca Belstaff.

Ha quedado probado que el acusado disponía de los referidos artículos en la tienda que explotaba con la finalidad de ser comercializados o vendidos a terceras personas y que conocía que dichos géneros infringían los derechos de sus titulares, al conocer su carácter y la falta de la preceptiva licencia para su comercialización, careciendo de autorización de los referidos titulares de los derechos de propiedad industrial para proceder a la comercialización o venta de los productos intervenidos.

El beneficio económico que el acusado hubiera podido obtener con la venta de las prendas incautadas ha sido valorado en la cantidad de 29.162,80 euros.

No ha quedado acreditado que existiese un perjuicio económico real y efectivo para las entidades y marcas copiadas.

CASO N.º 162

Eulogio, mayor de edad y sin que consten sus antecedentes penales, es representante legal y administrador de la Sociedad Agroarévalo, S.L., que, entre otros, tiene como objeto social la comercialización de productos agrarios y ganaderos, materias primas para la agricultura y ganadería, fitosanitarios, semillas, etc.

Dadas las sospechas que sobre el acusado se tenían referidas a que se venía dedicando —sin tener autorización de las Administraciones Públicas competentes— al acondicionamiento para la siembra de determinados granos o variedades de cereales protegidas legalmente (material de reproducción de materia vegetal) con posterior reproducción, comercialización y venta de todo ello a terceras personas, en fecha 9 de octubre de 2006, agentes de la Guardia Civil se personaron en las naves y almacenes que Agroarévalo, S.L. tiene en las localidades de Castellanos de Zapardiel y Arévalo.

Y como consecuencia de las inspecciones oculares que se llevaron a cabo en los mismos se encontraron en una nave de Castellanos de Zapardiel 30.400 kgs.(en sacos) de semilla o grano acondicionado para la siembra (cebada), perteneciente a la variedad «Nure» y 59.200 kgs. (en sacos) de semilla o grano acondicionado para la siembra (cebada) perteneciente a la variedad «Carat»; variedades que han obtenido el título de obtención vegetal.

En la nave de Arévalo fue hallada una máquina adaptada y que servía para acondicionar el grano para la siembra y colorante para el tratamiento del mismo con productos fitosanitarios.

Aquellas sacas de cebada, propiedad de Eulogio, las poseía este a los fines antedichos, sin contar con consentimiento alguno para su producción, acondicionamiento, o comercialización de parte de los titulares de los respectivos derechos y títulos de obtención vegetal, que son las sociedades Nickerson Sur, S.A. (hoy Limagrain Ibérica, S.A.) y Proséeme, S.L. (hoy Instituto de Cerealicultura); y siendo concededor Eulogio de que aquellas variedades estaban protegida y registradas legalmente.

Los derechos de tales variedades vegetales son gestionados por la entidad Geslive, AIE, que tiene con aquellas sociedades, suscrito un contrato de mandato para la gestión y defensa de tales derechos de propiedad industrial sobre las referidas variedades.

Los perjuicios sufridos por Geslive AIE, no han sido a estas fechas concretados o determinados debidamente.

CASO N.º 163

Durante el año 2004, Sergio, de nacionalidad española, mayor de edad, con D.N.I n.º000 y sin antecedentes penales, actuando como encargado de la mercantil Cereales y Semillas Santo Rostro, S.L, entidad inscrita a nombre de su esposa Delfina, se dedicó de forma habitual y profesional a acondicionar, para su ulterior comercialización con destino a la siembra, los productos de cosechas obtenidos a partir de semillas certificadas de variedades vegetales registradas, para lo cual trató el grano, lo envasó y lo destinó para su venta a agricultores de la zona como si se tratara de semilla certificada de esas variedades registradas, y a un precio inferior al de la semilla auténtica, sin factura alguna; todo ello, con conocimiento de que las variedades vegetales a las que se decía que pertenecía el grano que vendía como semilla estaban registradas y sin que el acusado contara con la autorización de los legítimos titulares de los derechos de explotación de esas variedades vegetales; debido a todo ello, el día 27 de octubre de 2004, en el almacén de la citada empresa sito en la calle Santamaría s/n de la localidad de Honrubia, partido provincial penal de Cuenca, fueron encontrados los siguientes productos dispuestos para su distribución y venta a agricultores para que fueran posteriormente destinados a la siembra:

- 15.000 kg de grano sin tratar que se corresponde con cebada de la variedad vegetal «Esterel», recogiendo muestra datada con el n.º 1;
- 15.000 kg de grano sin tratar que se corresponde con cebada de la variedad vegetal «Hispanic», recogiendo muestra datada con el n.º 2.
- 240.000 kg de grano sin tratar que se corresponde con cebada de la variedad vegetal «Volley», recogiendo muestra datada con el n.º 3.
- 6.000 kg de cebada tratada y seleccionada que se corresponde con cebada de la variedad vegetal «Hispanic», recogiendo muestra datada con el n.º 4.
- 2.000 kg de de cebada tratada y seleccionada que se corresponde con cebadas de la variedad vegetal «Volley» en un 70%, e «Hispanic» en un 30%, sin etiquetado oficial, recogiendo muestra datada con el n.º 5.
- 7.000 kg de cebada tratada y seleccionada que se corresponde con cebada de la variedad vegetal «Hispanic», sin etiquetado oficial, recogiendo muestra datada con el n.º 6.

Analizadas las muestras por el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, mediante análisis de laboratorio y posterior ensayo, resultó que:

- La muestra n.º 1, análisis n.º R05/00031 era cebada variedad «Esterel», sin ninguna diferencia morfológica de ésta.

- La muestra n.º 2, análisis n.º R05/00032 era cebada variedad «Hispanic», sin diferencias morfológica con ésta.
- La muestra n.º 3, análisis n.º R05/00033 era cebada variedad «Volley», sin diferencias morfológica con ésta.
- La muestra n.º 4, análisis n.º R05/00034 era cebada variedad «Hispanic», sin diferencias morfológica con ésta.
- La muestra n.º 5, análisis n.º R05/00035, cebada de las variedades «Volley» en un 70% e «Hispanic» en un 30%, sin diferencias morfológica con éstas.
- La muestra n.º 6, análisis n.º R05/00036, cebada de la variedad «Hispanic», sin diferencias morfológica con ésta.

Asimismo, queda acreditado que la variedad vegetal «Hispanic» figura inscrita en el Registro Español de Variedades Vegetales con el n.º 1603, siendo su titular la entidad Florimund Desprez Veuve et Fils y correspondiendo los derechos para su explotación en España a la entidad Marisa, S.A.

Asimismo, queda acreditado que la variedad vegetal «Volley» figura inscrita en el Registro de Protección Comunitaria de Obtenciones Vegetales con el n.º E.U.3013, siendo su titular la entidad Nickerson Internacional Research Ltd y correspondiendo los derechos para su explotación en España a la entidad Senasa, que opera en la defensa de sus derechos de explotación a través de la entidad Geslive.

Asimismo, queda acreditado que la variedad vegetal «Esterel» figura inscrita en el Registro de Protección Comunitaria de Obtenciones Vegetales con el n.º E.U.725, siendo su titular la entidad Recobra Recherches, S.A y correspondiendo los derechos para su explotación en España a la entidad Agrar Semillas, S.A.

11.2.2. *Jurisprudencia*

«...La calificación jurídica de los hechos como delito contra la propiedad industrial ha suscitado posiciones encontradas entre el Ministerio Fiscal y la defensa del acusado. Su divergencia no es sino expresión de las posiciones enfrentadas que existen en la doctrina y la jurisprudencia a la hora de la interpretación del alcance del art. 274 del Código Penal y de la determinación de qué conductas típicas encuentran acogida indiscutible en dicho precepto.

- A) Por un lado, están quienes sostienen que para la comisión del delito, en supuestos de tenencia para la venta de objetos en los que se hace uso de marcas o signos distintivos registrados, basta con que los signos distintivos o marcas estén reproducidos de forma idéntica o muy similar a las marcas y signos registrados y que los productos en los que se haga uso de ellos sean algunos de los que constan en el registro como aquéllos para los que se ha registrado el uso exclusivo de la marca. A ello habría que añadir, si consta acreditada la concurrencia del elemento subjetivo o dolo específico exigido por la redacción del art. 274 del Código Penal para sancionar la conducta —conocimiento del registro de la marca utilizada y tenencia para la venta a sabiendas de que los productos que se comercializan utilizan la marca o el signo distintivo sin autorización de su titular. Concurriendo los elementos objetivos antes referidos, la conducta sería típica.
- B) Existe la otra corriente interpretativa que considera que para que la tenencia para la comercialización o la comercialización misma de productos que copian o reproducen, sin autorización debida, marcas registradas, a sabiendas de ello,

sea penalmente típica, debe existir un plus de antijuridicidad en la conducta que permita diferenciar el ilícito civil del ilícito penal.

El art. 34 de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre —Ley de Marcas— recoge los derechos conferidos por la marca a su titular registral.

El art. 41 de la Ley de Marcas establece las acciones civiles que puede ejercer el titular de la marca cuyo derecho sea lesionado.

Podemos observar que, en principio, para un supuesto como el enjuiciado, el titular de la marca registrada podría ejercitar acciones civiles o penales de forma indistinta para la protección de sus derechos. El principio de fragmentariedad exige que, en caso de confluencia entre el ilícito civil y el ilícito penal, la conducta penal abarque aquéllos supuestos en los que existe un plus de antijuridicidad que, por exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica en la aplicación de la norma penal, debe ser objetivable y no quedar al arbitrio del intérprete de la norma.

Si, en definitiva, la marca es todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras —art. 4.1 de la Ley de Marcas—, cuando el uso de dicha representación gráfica no distingue el producto como propio de la mercantil titular o como caracterizado por los elementos de calidad característicos de los que se fabrica bajo dicha marca, el uso espurio, ilícito de la marca, no atenta contra el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Diversidad de criterios jurisprudenciales.

El criterio que ha sido expuesto se corresponde con la jurisprudencia:

- A) Para las SSTs de 23-3-1983, 3-6 y 30-10-1987, 22-1 y 13-10-1988, 9-6 y 8-11-1989, 2-2-1990, 6-5 y 5-11-1992 y 7 y 22-7-1993, el delito de usurpación e imitación de una marca requiere que haya una posibilidad de confusión en el público consumidor o adquirente de la mercancía de que se trate, teniendo en cuenta sus características concretas.
- B) Algunas sentencias de Audiencias Provinciales destacan la evolución de la última jurisprudencia, que sitúa el bien jurídico protegido «esencialmente» en «el derecho de uso o explotación exclusivo de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes». Pero tal afirmación, que se extrae de una sentencia del Tribunal Supremo de 22-9-2000, no desvirtúa la abundante jurisprudencia antes citada.

Propuestas de criterios interpretativos:

Prevalencia del principio de legalidad.

Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión evidencia la debilidad de los argumentos del anterior epígrafe. En aras a preservar el principio de legalidad, la norma penal pretende contener una taxativa descripción típica, huyendo del carácter abierto de la norma penal en blanco del art. 534 del Código Penal, Texto Refundido de 1973. Pero el legislador no consigue su propósito, al incluir la expresión «con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos». Es cierto que el primer apartado del art. 274 no se remite expresamente a la legislación civil, pero el mismo concepto de «derecho de propiedad industrial» o de «signo distintivo», registrado conforme a la legislación de marcas, supone la necesaria aplicación de normas de carácter civil, en las que se definen dichos elementos normativos del tipo, pese a que luego se describan con pretendida taxatividad una serie de conductas que en el contexto del precepto

infringen ese derecho y son punibles. Por tanto, nos encontramos con una doble enumeración de conductas prohibidas, las previstas en la Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001 y las tipificadas en el Código Penal. Pero ambos cuerpos legales protegen el mismo derecho, pues el Código Penal no crea un derecho subjetivo nuevo ni modifica las facultades del regulado en la Ley de Marcas. Porque, en virtud del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, los límites del ilícito civil no pueden ser traspasados; al tiempo que sin la integración procedente de la legislación civil cualquier esfuerzo de armonizarla con el Código Penal está llamado al fracaso. De ahí que la correcta comprensión del art. 274 C.P. deba partir de la naturaleza y funcionalidad del derecho de propiedad industrial tutelado, entendido dentro de un marco normativo más amplio.

- a) La Ley de Marcas entiende por marca en su art. 4 todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. Esta funcionalidad también inspira el contenido de los derechos conferidos por la marca, conforme al art. 34 citado.
- b) El Código Penal, en su art. 274-2 castiga «al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero». La remisión al apartado anterior del mismo precepto significa literalmente que el signo distintivo ha de ser idéntico o confundible; para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado, por cuanto el precepto reconoce la funcionalidad de éste para distinguir su objeto de otros parecidos.

Incluso, son reveladores los propios términos utilizados por el art. 274.1 C.P., cuando se refiere a signo distintivo idéntico o confundible, en lugar de emplear los términos «idéntico» o «similar» (este más objetivo) del art. 34 de la Ley de Marcas. Con este calificativo el Código Penal añade nuevos matices a la descripción típica. El vocablo confundible va más allá de la mera similitud, encierra la actitud de un sujeto que no puede ser otro que el consumidor, cuyos intereses, lesionados por la posible confusión que sufre, penetran por esta vía en el ámbito de protección del tipo. Carece de sentido mencionar el riesgo de confusión si se parte de la punibilidad de la conducta, pese a que el adquirente pueda conocer perfectamente el distinto origen de un signo similar. Otros elementos típicos aluden indirectamente al consumidor, en cuanto partícipe o destinatario del tráfico mercantil, pues la acción punible ha de realizarse con fines comerciales o industriales, o ha de consistir en comercializar o poner en el comercio. En conclusión, la descripción típica es compatible con la exigencia de riesgo de confusión en los destinatarios de los productos o servicios, dependiendo de una interpretación acorde con el tipo de injusto.

B) Exigencias de la tipicidad.

Partiendo de esa reiterada exigencia, ha tenido ocasión de pronunciarse el T.S. que «requiere para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La existencia de una serie de productos, servicios, actividades o establecimientos que el derecho de propiedad industrial permita su registro y efectivamente lo estén por quienes se arroguen su titularidad; b) Que tales productos se encuentren reproducidos, imitados, modificados o de cualquier otro modo utilizados, conculcando con ello los

derechos de propiedad industrial. c) Que tales conductas se realicen con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular del derecho registrado conforme a la legislación de Marcas, lo que constituye el elemento normativo del tipo. d) Que el sujeto activo, sea quien lo fabrique, lo realice o quien lo posea para su comercialización o lo ponga en el comercio, lo haga a sabiendas de tal falsedad y de la ausencia del consentimiento del titular registral, elemento subjetivo del tipo, que solo puede ser intencional o doloso y que, además, requiere el perjuicio real o intentado, derivado del uso, fabricación o ejecución de las marcas por personas distintas de su titular, obtenido mediante la generación de confusión en los consumidores, que en el aspecto subjetivo requiere un dolo específico, pues la notoriedad de la marca incide en la imposibilidad de confusión por venderse solo en tiendas autorizadas, mientras que la condición de profesional de la venta en tiendas de «Todo a cien» o mercadillos ambulantes no incorpora la necesidad de conocimiento de esta determinada marca, siendo ardua la tarea de concretar este elemento intencional sobre todo ante la inexistencia de requerimiento previo alguno, con lo cual el desconocimiento no se desvirtúa ni siquiera por la aprehensión de género en depósito. e) En cuanto a la antijuridicidad, que la titularidad se encuentre protegida por la previa inscripción registral. f) Respecto de la culpabilidad, no sólo es preciso el dolo genérico sobre la acción realizada sino el específico de tener intención o ánimo defraudatorio, al exigir el tipo penal el ánimo de perpetrar un perjuicio, pues no puede interpretarse de otra forma la realización de conductas con «fines comerciales o industriales» o la más concreta puesta en el comercio o posesión para la comercialización a que ambas modalidades del artículo 274 se refieren.

La cuestión nuclear que se plantea tiene que ver con la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, al que con tanta insistencia se refiere el artículo 274 del Código Penal vigente, en el momento de ocurrir los hechos, toda vez que en su primer apartado se exige el «conocimiento del registro» y en el segundo se requiere que la posesión para su comercialización o la puesta en el comercio lo sea «a sabiendas», naturalmente de su infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos. Este específico requisito atinente a la culpabilidad, viene siendo ineludiblemente exigido desde antiguo, y en ningún caso presumible, aun menos en quienes tienen reducidas las posibilidades de acceso por no decir excluidas en el contexto de su inserción social...» (SAP de Valencia 79/2010, de 25 enero [ARP 2010\604]).

* * *

«...Englobado junto a otros bajo el epígrafe de delitos contra la propiedad industrial el precepto de referencia castiga la comercialización, o la posesión con esa finalidad, de «productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero», norma que guarda evidente relación con el apartado precedente del mismo artículo al que además remite pero no se identifica con el mismo dado que allí se sanciona «el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado».

Efectuada la anterior precisión y en breve exégesis del precepto transcrito debe señalarse que, solventada por la norma en sentido afirmativo la cuestión, siempre

discutida en la anterior legalidad, acerca de la necesidad o no del registro del derecho para su protección por la Ley penal, el objeto material del delito recae directamente sobre «signos distintivos», esto es, aquellos que vienen definidos como tales en la vigente Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988 y entre los que se encuentra la marca en sí («todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona», art. 1).

Conforme al significado de las conductas que son tributarias de sanción penal y a diferencia de la conducta del apartado primero donde late la capital protección del titular de los derechos de propiedad industrial afectados en mayor medida que otros bienes jurídicos a tenor de las conductas sancionadas («reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice» en el segundo apartado consistente en la comercialización, que aquí importa, aparece conjuntamente aquel bien tutelado con la protección de los derechos de los consumidores al burlar la confianza depositada por éstos en la adquisición de un producto o servicio como genuino cuando no es así.

Los objetos intervenidos (prendas de vestir de conocidas marcas comerciales) se correspondan a productos reproducción (copia exacta e idéntica a la original) o de imitación (creación por semejanza) de los originales sí son capaces para generar confusión por su apariencia física cuanto a la aptitud del producto para hacer las veces del genuino; satisfaciendo en todo caso el factor decisivo que, como recuerda la STS de 22 de julio de 1993, es la similitud. En definitiva, y dentro de la vertiente objetiva del injusto, resulta esencial la noción de riesgo de confusión (que al fin y al cabo es lo que precisa el tipo de injusto al integrar en su redacción el vocablo «confundible» presente en el supuesto llegado a esta instancia, más allá que el mero peligro de «asociación» (en sutil diferencia que debe entenderse como frontera entre lo que aboca en el tipo de injusto y lo que queda extramuros del mismo) que refiere el art. 12 de la Ley de Marcas y que posee solución por los cauces que en nuestro ordenamiento jurídico disciplinan la competencia desleal en el sentido del art. 6 de la Ley 3/1991 («el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica»).

Requiere también la faceta objetiva del tipo, además del elemento examinado, la finalidad industrial y comercial, extremo que cuestionan ambas partes recurrentes. Innegablemente tal elemento conforma el injusto pese a ser perfectamente prescindible en la literalidad del precepto pues la estructura del delito y su ámbito de protección no se concibe para miras distintas de las expresadas como pudieren ser las meramente contemplativas. Esa determinación ha sido acertadamente considerada en la Sentencia recurrida pues es hecho incontestable de la detentación de las prendas en sendas paradas de una plaza al alcance del público a quien se exhibe y ofrece en venta.

Si la vertiente objetiva del injusto ha sido combatida, con argumentos que no pueden prosperar como queda indicado, la subjetiva es también motivo de disidencia. La estructura eminentemente dolosa del delito se pone de relieve con la añeja consignación de los términos «a sabiendas», más propios del Código Penal derogado que del actual, que resultaría manifiestamente desechable habida cuenta de la incriminación general del art. 12 CP (salvo que con aquellos se pretendiere excluir todo dolo indirecto) y ese dolo debe abarcar, como no puede ser de otra forma, el conocimiento del carácter no genuino del signo en cuestión. Claro está que al pertenecer al arcano más inabordable del sujeto debe inferirse, en labor inductiva, de los datos periféricos que resulten cabalmente demostrados sin margen racional de duda que comporte una conclusión más favorable que deberá entonces acogerse por mor del principio «in dubio pro reo». En este particular también la Sala llega a idéntica conclusión que la

Sra. Juez de lo Penal, plasmada en el propio «factum» de la Sentencia apelada, que responde a aquellos datos periféricos a que se hace referencia; así la «cuasi» clandestinidad de la adquisición que afirman las encausadas ignorando la identidad del vendedor y ausencia de documentación de la compra (factura), la conciencia de que se trataba de prendas con marca (perceptible a simple vista) y el precio que también se menciona en la resolución apelada, distante en mucho del normal...» (SAP de Barcelona, 20 febrero de 2003 [JUR 2003\231195]).

* * *

«...Uno de los requisitos necesarios para que la conducta penada en el artículo 274 del Código Penal pueda subsumirse en la definición legal es la intencionalidad, es decir, que el sujeto activo obre maliciosamente de propósito o con intención, existiendo en lo que concierne a este problema dos tendencias, la de los industrialistas, quienes para constatar la existencia del dolo se acogen a la publicidad dimanante del Registro correspondiente y minimizan o deniegan el valor de la culpabilidad que suplen con la fe registral, añadiendo que el ánimo doloso está presunto «iuris et de iure» desde el momento de dicha publicidad oficial, y la de los juristas, quienes se acogen al artículo 5 del expresado Código Penal, sosteniendo que este precepto crea sólo presunción «iuris tantum» de voluntariedad y que, por lo tanto, el presunto infractor puede probar que no obró maliciosamente aunque lo usurpado estuviere registrado, ya que por muy genuinos que sean los derechos amparados en el texto de la norma aludida, no lo son tanto como para que, trascendiendo de lo punitivo, derogue los presupuestos esenciales de la estructura del delito, es decir, uno de los elementos genéricos de este delito es el que viene dado por el elemento anímico de la intencionalidad, además de la conciencia y voluntariedad del acto, descrita en la tipología del delito, que reclama el tratamiento jurídico del requisito subjetivo de lo injusto, y que ha dado lugar a que la jurisprudencia y la doctrina científica se hayan inclinado por la última tendencia de los dos antes indicadas y, en consecuencia, por el criterio subjetivista y afirmativo en la polémica de si el presunto infractor o defraudador podría quedar liberado o no de responsabilidad penal ante la no actuación intencionada o maliciosa. Concretamente en el entorno de las marcas y su protección frente a los ataques y violaciones, no debe olvidarse que en dicho ámbito juegan una serie de concretos e importantes intereses de política jurídico-social representados entre otros: a) Por la defensa del consumidor, que es acaso el de una mayor proyección y significado social; b) por la tutela de la competencia lícita juntamente con la consiguiente sanción de la ilícita; y c) Por la política económica de protección de los titulares de las marcas legítimas.

Aunque existe una indudable conexión entre el uso y la notoriedad, debe subrayarse que la marca notoriamente conocida es una figura jurídica diferente de la marca meramente usada. En efecto, la marca notoriamente conocida es aquella marca que goza de difusión y ha logrado el reconocimiento de los círculos interesados (los consumidores y competidores). Ciertamente, la notoriedad de la marca tiene siempre su origen en el uso: Un uso intenso que se lleva a cabo mediante la venta y publicidad de los correspondientes productos o servicios. Es innegable que para que la notoriedad surja resulta indispensable que el uso desemboque en un resultado: que la marca intensamente usada sea reconocida en el mercado como signo indicador del origen empresarial del producto o servicio. Además del uso, la notoriedad presupone un factor ulterior: que los sectores interesados vean en la marca el signo que distingue los productos o servicios en atención a su origen empresarial.

Partiendo de que por competencia desleal se entiende a estos efectos, y según la Ley que a ella afecta, la imitación de marcas, patentes, rótulos, etc., que puedan crear confusión en el público en general y fundamentalmente en el consumidor de los productos amparados por esas marcas, son de tener en cuenta no sólo los artículos 5 a 7 de la Ley 3/1991 de Competencia desleal, sino también, en íntima conexión con ellos, el artículo 10 del Acta de Estocolmo, precisamente sobre este tipo de competencias, en el que prohíbe cualesquiera actividad o conducta que pueda crear confusión, así como también el artículo 3, apartados b), c) y d), en relación con los artículos 4 y 6, apartados a) y b), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, sobre Publicidad y los artículos 2.1, apartados b) y c), y 8.1 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto sólo la aplicación de dichas disposiciones legales realizada a través de una adecuada exégesis práctico-normativa permitirá garantizar lo que la teleología o *mens legislatoris* persiguió con dicha normativa, yendo la misma implícitamente integrada por los derechos de legítimo creador, a la vez que titular de la marca registrada, a la vez que debidamente acreditada a través de continuos esfuerzos y gastos, a virtud del empleo de los medios legales pertinentes, ante las conductas y maniobras ilícitas de los competidores desaprensivos que pretenden aprovecharse de dichos esfuerzos, debiendo sus derechos ser amparados ante o frente a aquellos colegas desleales, que con base en una no sólo éticamente reprochable, sino también jurídicamente ilícita competencia, pretenden prevalerse de esos fraudulentos medios que integran la competencia desleal, para beneficiarse de los largos y costosos esfuerzos que tanto en el aspecto laboral y de gestión como en el económico —publicidad, por ejemplo, se han realizado para lograr el reconocimiento público de los productos amparados por la marca imitada.

Sin perjuicio de que los actos de competencia desleal puedan lesionar simultáneamente diversos intereses jurídicos protegidos, a efectos sistemáticos y expositivos pueden clasificarse del siguiente modo: Actos dirigidos contra los competidores: —Denigración. —Imitación. — Explotación de la reputación ajena.— Violación de secretos.— Inducción a la ruptura contractual. Actos dirigidos contra los consumidores: — Confusión.— Engaño.— Entrega de obsequios, primas y regalos.— Publicidad comparativa.— Discriminación. Actos contrarios al mercado: — Violación de normas.— Explotación de la situación de dependencia económica.— Venta a pérdida.

En nuestra legislación se ha dado carta de naturaleza al principio de que la imitación de iniciativas y prestaciones empresariales ajenas es libre, esto es, que todo empresario puede copiar o imitar las iniciativas de sus competidores. Ahora bien, los actos de imitación dejarán de ser lícitos y se reputarán desleales cuando atenten contra los derechos de exclusiva otorgados por una Ley (es el caso, por ejemplo, de las patentes o de las marcas), cuando generen el riesgo de confusión por parte de los consumidores (actos de confusión), o cuando supongan el aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Sólo en estos casos podrán, pues, ejercitarse las acciones derivadas de la competencia desleal con base en un acto de imitación.

El artículo 274, sanciona la infracción intencionada de los derechos de la propiedad industrial. Los ataques producidos contra tal derecho sólo serán punibles en la medida en que puedan enmarcarse en alguno de los delitos contra el patrimonio. Es decir, el trámite registral como presupuesto de la comisión del delito, es doctrina jurisprudencial unánime. En los delitos relativos a la propiedad industrial comprendidos en la sección segunda —capítulo XI — título XIII — libro II del Código Penal, la usurpación consiste en la sustracción del bien material protegido, realizando con respecto al mismo otro tipo de actuación que sólo esté facultado a efectuar el titular del dere-

cho exclusivo, o sea, su ejecución, reproducción o utilización en una actividad industrial o mercantil con propósito de lucro.

La usurpación implica la apropiación del bien de otro, la suplantación del titular del derecho exclusivo en las facultades que sólo a él corresponden. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos de usurpación de patentes de invención, exigiendo, aparte de la realización de determinados hechos claramente demostrativos de la usurpación, un ánimo específico, de defraudar o perjudicar, que supone el conocimiento de la existencia de la patente y su propósito de burlar los legítimos derechos de sus titulares, o sea, exige la existencia de un dolo específico. Los delitos de imitación de marcas, dibujos o modelos industriales, vienen definidos como aquellos que puedan dar lugar a confusión, error o equivocación con los verdaderos o legítimos, correspondiendo la sanción de los mismos a los delitos previstos en la referida sección segunda -capítulo XI-título XIII libro II del Código Penal citado. Por tanto, la figura delictiva recogida en el artículo 274 del Código Penal, para su efectividad exige: a) Existencia de un tipo encajable en los supuestos prevenidos en el artículo referido, que sustancialmente vienen a coincidir con los acogidos en el artículo 134 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, cuyos preceptos penales sustantivos han sido derogados por la disposición derogatoria única 1 e) de la Ley Orgánica 10/1995, de 13 de noviembre. b) La existencia de un resultado lesivo, susceptible de valoración económica. c) En cuanto a la culpabilidad, la existencia de un dolo específico. d) En cuanto a la antijurídica la existencia de una repulsa social al estar la titularidad del sujeto pasivo inscrita registralmente...» (SAP de Málaga 28/2010, de 18 enero [JUR 2010/365214]).

* * *

«...El art. 274 del Código Penal de 1995 es tipo abierto y que ha de complementarse con otras normas que disciplinan la materia del bien jurídico protegido, que no es otro que los derechos o facultades de exclusión que le atañen al titular de un signo distintivo, como se recogen en los arts. 30 al 34 de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988; en efecto, la descripción amplia y abierta del artículo indicado protege al titular de marca registrada, con lo que la formalidad registral, que debe ser probada, con los requisitos exigidos como lo acreditan las facultades calificadoras del Registrador Mercantil, es presupuesto de la figura, ya que tipifica y castiga los actos realizados sin su consentimiento, cuando con conocimiento de tal registro, lo que se infiere no sólo del conocimiento específico sino del manifiesto notorio, que al titular sólo competen por aquella registración exclusiva y referida a «reproducir, imitar, modificar»; o tipo abierto como se dijo, no sólo descriptivo; «de cualquier modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos», entre otras parcelas del actuar comercial protegidas por las marcas registradas; así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia aun en relación con el anterior Código, es necesario para que el delito alcance realidad que la marca ejecutada por el presunto usurpador tenga con las legítimas una relación de identidad o semejanza suficiente para provocar error en los consumidores sobre el producto que adquieran, SSTs 6-5-1992, 5-11-1992 y 22-7-1993, exigiéndose además, evidentemente, la finalidad comercial, no de simple privacidad. Por tanto se dan todos los requisitos en las conductas enjuiciadas, como se dirá, en sus distintas cualidades, de la figura típica analizada ahora, art. 274.1.º, tanto positivas: registro de la marca, conocimiento del mismo, reproducción o utilización del signo distintivo idéntico de la misma, pues se rellenaban con contenido distinto, mezclado «ad hoc» por los autores de aquél, las botellas fabricadas y utilizadas por el titular de ella, aprovechando las genuinas para

ofrecerlas y expenderlas como verdadero su contenido, defraudando así no ya al titular comercial que es el facultado exclusivo, arts. 30 y siguientes de la LM citada, sino al consumidor en general que era inducido a error, ello con la cualidad de delito continuado por darle los requisitos en las sucesivas y plurales acciones que exige y enumera el art. 74 del CP integradas en el plan ejecutivo de los autores que se dirán.

Pero, como antes se dijo, el precepto descriptivo del tipo que se quiere por las acusaciones sea aplicado, exige que el derecho de propiedad infringido sea protegido precisamente por el aludido acceso al Registro de Propiedad Industrial que es el dato formalmente acreditado que le confiere esa protección conforme al propio artículo indicado en relación con el 30 de la LM y concordantes; como tal requisito o presupuesto en materia penal no se presume, sino que corresponderá su probanza a las acusaciones; la STS de 2-6-1998 lo exige así expresamente, ha de «tratarse de derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas»; no es suficiente la marca notoria que está protegida de otra forma mediante la acción de nulidad del art. 3.2 de la Ley especial; llega, incluso a decir, como es obvio, que la extensión del tipo del 274 a tales marcas, notorias no registradas, sólo es posible vulnerando el principio de legalidad, del art. 25.1 CE; y ya durante la instrucción de la causa es preciso acreditar que la marca de que se trate está registrada, claro que para impedir que el proceso finalice ya en esa etapa al menos provisionalmente, pero que no opta a acreditarlo en la fase previa del Juicio Oral, como ha ocurrido en este caso con la marca «JB», no en cuanto a las otras, Ron Bacardi y las demás marcas utilizadas que si notorias son, no se ha acreditado su efectivo y formal registro...» (SAP de Granada228/2000, de 3 abril [ARP 2000\2424]).

11.3. Denominación de origen o indicación geográfica representativa de calidad (Art. 275)

11.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 164

Bartolomé, nacido el día 15 de octubre de 1943, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, era administrador único de la entidad mercantil «Destilerías San Fermín S.A., radicada en el km. 13 de la carretera de Soria, en el término municipal de Albelda de Iregua. Además, también era socio y administrador único de la empresa «San Fermín Dos S.A.», domiciliada en la localidad de Viana. Sobre ambas empresas, el acusado tenía el control efectivo, se encontraban integradas en un grupo de sociedades vinculadas, en una actividad mercantil a la que el acusado se ha venido dedicando desde hace unos cuarenta años.

La empresa «Destilerías San Fermín S.A.» tenía el número de registro sanitario 30.00.822/LO, concedido el 20 de diciembre de 1979, convalidado el 15 de marzo de 2000, para la actividad de fabricación de aguardientes y licores.

Bartolomé, es titular del número de Registro Embotellador 1410 LO, dentro del Registro de Envasadores y Embotelladores de vinos y bebidas alcohólicas de la Consejería de Agricultura del Gobierno de La Rioja.

La empresa «San Fermín Dos, S.A.» era titular de las marcas registradas «red-bird», marca número 723.953, como denominación para distinguir ginebras en clase 33 del Nomenclator Internacional de Marcas y «redbird», marca número 886.033, que señala y distingue vinos, espirituosos y licores, en clase 33 del citado Nomenclator.

La entidad mercantil etiquetó numerosas botellas en las que introdujo un alcohol que aparentaba ser whisky escocés, colocando en la etiqueta exterior menciones que aludían al origen escocés de esta bebida.

Las etiquetas contenían la siguiente leyenda: «redbird Special Scotch Whisky-Finest Blended embotellado por Destilerías San Fermín, S.A. Carretera de Soria, Km. 13 nalda- la rioja- España - Imported of Scotland».

Este licor no era whisky escocés, ni siquiera era whisky, y las destilerías o distribuidoras escocesas no habían autorizado al acusado su anuncio o venta como whisky escocés.

«The Scotch Whisky Association» tuvo conocimiento de la comercialización del producto descrito, a raíz de unas paralizaciones del producto redbird, efectuadas por las autoridades británicas aduaneras, el 7 de mayo y el 24 de junio de 2002, en las aduanas de Dover y Newport, en el Reino Unido. La HM Customs and Excise, informó a la citada asociación de la paralización de estas botellas del producto Red Bird whisky, dirigidas a un almacén en Londres, procedentes de España, en uno de los casos se habían declarado estas mercancías como zanahorias congeladas, en un intento de burlar la vigilancia aduanera.

El 26 de julio de 2002 «The Scotch Whisky Association», organismo que agrupa a las principales destilerías y empresas exportadoras de whisky escocés, que defiende los intereses de comercio del whisky escocés, presentó una denuncia ante la unidad orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil. El día 1 de octubre del mismo año, el Juzgado de Instrucción de Logroño, autorizó la entrada y registro de la nave que la empresa «Destilerías San Fermín, S.A.» tenía en el kilómetro 13,000 de la carretera N-111, y en la nave de la empresa vinculada radicada en Viana. El día 2 de octubre, en el registro efectuado en las instalaciones de Albelda de Iregua, se aprehendieron 1.209 etiquetas de marca «Red Bird», con la indicación geográfica «Scotch Whisky», así como dentro de la nave de envasado, colocadas en ocho palés con 60 cajas cada uno y 12 de botellas de 70 cl. en cada caja, preparadas para su distribución y venta al público, un total de 5.760 botellas con alcohol en su interior, con la etiqueta de «Red Bird, Scotch Whisky», ya descrita, y con los citados números de registro de embotellador y sanitario.

El análisis del alcohol contenido en estas botellas, realizado en el Centro de Investigación y Control de Calidad del Instituto Nacional del Consumo, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, ha determinado que no es whisky escocés, tampoco es whisky y su elevado ph, se trataría de alcohol neutro (que no conlleva riesgos específicos para la salud humana).

Con la venta de estas botellas (las ocupadas en las instalaciones de Albelda) como whisky escocés, la empresa «Destilerías San Fermín» podría haber obtenido unos ingresos de 28.224 euros.

CASO N.º 165

Rodolfo, mayor de edad sin antecedentes penales, se concertó sobre mediados de 1997 con Carlos Alberto, también conocido como Carlos Alberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, para embotellar vino bajo la denominación de origen Rioja, siendo en realidad de la Mancha, a fin de venderlo principalmente en el Reino Unido. Rodolfo operó, en un primer momento, a través de la sociedad Kelsar Export, SL, inscrita en el Registro Mercantil de 14 de marzo de 1996, con domicilio social en la c/ Alfonso XIII, núm. 10, oficina 305 de Málaga, y de la que era socio junto con Maribel, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo ésta última designada como admi-

nistradora de la misma hasta el 29 de septiembre de 1998 en el que pasó a serlo Rodolfo, aunque éste siempre tuvo plenos poderes y la dirección real de la sociedad.

Por su parte, Carlos Alberto regentaba las antiguas bodegas Osorio, adquiridas, junto con su esposa a su anterior propietario el 24 de febrero de 1995, bajo la denominación de Bodegas Pablo Ropany, sitas en la c/ Vega núm. 21 de Torrenueva, constituyendo posteriormente la entidad Pablo Ropany, SL, de la que era socio junto con su esposa Olga, siendo ambos administradores solidarios aunque es el acusado quien dirigía con exclusividad la bodega.

Carlos Alberto ya había tenido con anterioridad a 1997 relaciones comerciales con Rodolfo a través de la sociedad Univinos, SL que era titular de la marca D. Marino IV, marca que tras la desaparición de esta sociedad fue adquirida por Carlos Alberto y que fue utilizada para el embotellado del vino, de tal forma que cada botella aparecía con etiqueta de D. Marino IV, señalando ser vino de Rioja con denominación de origen calificada y con contraetiqueta imitando las que emite el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja. Existen diferentes tipos de etiquetas, incluso con diferente formato y color de fondo, y en unas se dice que es un producto embotellado por Bodegas Castillo de Fuenmayor e importado por Kelsar Export, SL, otras no contienen esa referencia al importador y un tercer grupo, sin referencia a la embotelladora, pone «Exclusively for vinsar (gib) L.T.D.».

Las etiquetas eran proporcionadas por Rodolfo que las encargaba en la imprenta Gráficas Francisco del Moral S.A de Andújar, desconociendo como conseguían los acusados las contraetiquetas.

El vino embotellado era comprado por Kelsar Export, SL, a unas 0,85 € la botella, quien a su vez lo distribuía al Reino Unido, colaborando en ello Carlos Alberto al cumplimentar parte de la documentación necesaria para la exportación de la mercancía. Tal distribución se realizaba a través de distintas empresas como Tadco LTD, Calderhead Distributions LTD, Eurovenus LTD y P & O Stena Line LTD, empresas que giraban sus pagos a través de C.L.A. Associates LTD que era una sociedad que actuaba como delegación en el extranjero de Kelsar. A través de tal línea comercial durante aproximadamente dos años se vendió el vino distribuyéndolo por redes de supermercados como la cadena Budgens Supermarkets o la empresa de Ferrys P & O Stena Line LTD sin que se pueda saberse exactamente el número de botellas vendidas pero que pudieran rondar el millón de unidades.

Según la oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, Kelsar Export, SL recibió por entrada de divisas procedentes del Reino Unido por exportación de vinos la cantidad de 570.000 € en el año 1997, 411.000 € en el año 1998 y 65.400 €, en los dos primeros meses del año 1999.

A su vez Kelsar Export, SL declaró haber pagado a las Bodegas de Carlos Alberto 500.000 € en el año 1997 y 46.000 € en el año 1998.

A finales de 1998 Rodolfo recibió algunas quejas de la poca calidad del vino a la vez que se inició una línea de investigación tras la denuncia presentada por Imanol, mayor de edad y sin antecedentes penales, ante el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja al haber tenido conocimiento de la venta de vino de Rioja sin serlo, lo que motivó que actuará a través de otras dos sociedades, Bodegas Pepe Pérez, que fue inscrita en el Registro Mercantil de Málaga el 22 de febrero de 1999, y cuyos socios fueron el propio Rodolfo y su esposa María Milagros, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien fue nombrada administradora única de la sociedad, aunque la misma era dirigida en realidad por Rodolfo, y Visan LTD, creada a finales de 1999 y situada en Gibraltar, con las que continuó la distribución del vino D. Marino IV.

Imanol, a través de las bodegas Castillo de Fuenmayor, embotelló de acuerdo con las normas del consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja 1020 cajas de 12 botellas cada una de vino D. Marino IV para Carlos Alberto entre abril y junio de 1998, llegando a tener conocimiento de que se estaba vendiendo vino con igual marca en el Reino Unido, por lo que solicitó de un conocido que le remitiera dos botellas, comunicando tal hecho al Consejo Regulador quien a través de la Oficina Comercial de la Embajada de España en Londres consiguió que se le remitiera otra botella, resultando que las contraetiquetas de las tres botellas no eran auténticas, tal como concluyó el informe de la imprenta Argraf, SA que confecciona tales contraetiquetas.

Desplazados al Reino Unido una dotación de la Guardia Civil, pudieron constatar la distribución del vino en aquél país, llegando a incautar la policía británica unas 30.000 botellas, de las que los agentes tomaron de las contraetiquetas las numeraciones de una serie de ellas, resultando que no se correspondían a las entregadas a bodegas Castillo de Fuenmayor, sin que tampoco existiera ninguna bodega riojana con el número de registro embotellador RE-723-LO que figuraba en ellas.

En el registro efectuado el 28 de agosto de 1999 en la casa de labor de Carlos Alberto, sita en el camino del Carrascal, paraje La Encomienda, de la localidad de Valdepeñas, se encontraron: 31.000 contraetiquetas de colores rojo y blanco con la inscripción Denominación de Origen Calificada Rioja Crianza, cosecha 1995; 275.000 contraetiquetas de colores blanco y verde con igual inscripción para vino de crianza de 1998; miles de etiquetas comerciales para las marcas D. Marino IV, D. Marino III, Señorío de Promecks, Guía real, Conde de Hubrite, Campo Baviero y Juan de Acre, además de corchos, cápsulas y cajas de cartón para embalar, todo ello con el sello del Consejo Regulador de la Rioja.

No se ha podido determinar el origen de tales efectos, aunque los mismos eran idóneos para el embotellado y comercialización del vino.

Por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja se informó sobre los números de serie de las contraetiquetas encontradas, correspondiendo las mismas a contraetiquetas entregadas a distintas bodegas de la Rioja, sin que se haya determinado si son las auténticas o no.

El 8 de abril de 1997, ante la denuncia presentada por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja al haber detectado vino de la marca Juan de Acre bajo esa denominación sin serlo (la marca es propiedad de Bodegas Castillo de Fuenmayor, SL), se autorizó la entrada y registro en la Bodegas de Carlos Alberto, encontrando 7 botellas vacías con esa marca dentro de las almacenadas como botellas reutilizables tras su uso, tomándose como muestra las numeradas en su contraetiqueta HM-607599 y HZ-618114, resultando no ser auténticas ni la etiqueta ni la contraetiqueta.

A su vez se hallaron etiquetas iguales a las que esas botellas en el registro efectuado en Graficas Francisco del Moral en Andújar y en la casa de labor de Carlos Alberto, y ello porque fue este último el que embotelló el vino (desconociendo su procedencia pero en todo caso no sometido al control del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja) bajo la marca Juan de Acre con etiquetas y contraetiquetas que trataban de imitar a las auténticas salvo que en las etiquetas ponía embotellado por bodegas Fuenreal en vez de bodegas Castillo de Fuenmayor.

En el desarrollo de la investigación y como consecuencia de la constatación de las relaciones de Carlos Alberto y Blas, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador de la entidad Conde de Hubrite, SL, propietario de las marcas Viña Hubrite y Conde de Hubrite, de las que se habían encontrado etiquetas en poder de Carlos Alberto, se autorizó la entrada y registro en la sede en la entidad en Molvizar, Granada,

encontrándose una botella de Señorío de Promeks de denominación de origen Rioja y embotellada por las Bodegas Heredad de Baroja, botella que contiene el vino que anuncia, y cuya contraetiqueta es auténtica, si bien la marca no fue presentada al Consejo para su aprobación. También se encontraron cuatro botellas de la marca Conde de Hubrite Gran Reserva del 97, embotelladas por Bodegas Heredad de Baroja con contraetiquetas sobre las que el Consejo informa que fueron entregadas a Bodegas Olarra en el año 96, devolviéndose por posterioridad por dicha bodega en el año 1998, sin que se haya determinado si tales contraetiquetas son auténticas o no.

La entidad Bodegas Heredad de Baroja, que pertenecen al mismo grupo empresarial de Bodegas Fuenmayor, estaban regentadas por Sebastián, mayor de edad y sin antecedentes penales.

La titularidad de la marca Señorío de Promeks era de Promeks Industrial, S.A., que gira en el tráfico bajo la denominación de Cruz Conde, cuyo administrador es Pedro Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien cedió la marca para su embotellado a Bodegas Heredad de Baroja, SA, de quien las adquiriría para su posterior comercialización.

Fueron halladas botellas de esta marca en el restaurante Fruta y sol de Almuñécar, en el distribuidor Jesús Luis, en Frutos Secos Sócrates de Granada y en Almacenes Alhambra también de Granada.

Por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja se informó que las etiquetas de la marca Señorío de Promeks no habían sido autorizadas al no haberse presentado para su verificación, y que algunas de las contraetiquetas no habían sido asignadas a las Bodegas Heredad de Baroja sino a otras bodegas, sin que se haya comprobado si las mismas eran o no auténticas.

CASO N.º 166

En los meses de septiembre a noviembre de 1997, Ignacio C. J., mayor de edad, sin antecedentes penales y representante legal de Don Ángel S.L., con domicilio social en la Calle 000 núm.000 del Polígono Industrial Bobalar de Alacuás (Valencia), confeccionó lotes de Navidad a efectos de ser fotografiados y elaborar con ellos un catálogo de productos a distribuir a sus clientes en los que incluyó un estuche de la marca D. Gonzalo, propiedad de la empresa «Enrique G. M., S.A.» de Jijona (Alicante), en el que constaba «Tortas T. D.» y «cacahuets», cubriendo el acusado esta última palabra con una pegatina de fondo blanco en la que rezaba: «Fabricado en Jijona». En los meses de noviembre y diciembre de dicho año, y a través del representante de Enrique G. M. S.A., Juan Francisco T. L. y del propietario del almacén que éste compartía, José M. S., al acusado se le sirvieron al menos 3.816 tortas del tipo referenciado a 0,39 € la unidad, documentándose la compra en facturas encabezadas con el nombre de la empresa propietaria, a las que el acusado colocó idéntica pegatina con la constancia de su fabricación en Jijona, cuando esta indicación geográfica es objeto de protección en base a la Orden de 26 de septiembre de 1995 de la Consellería de Agricultura y Medio ambiente de la Comunidad Valenciana y no contaba con autorización para hacer uso de la misma en su actividad mercantil.

11.3.2. *Jurisprudencia*

«...Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la propiedad industrial del art. 275 del Código Penal, de un delito de falsificación de certifi-

cados del art. 399 del Código Penal y un delito de estafa del art. 248.1 del Código Penal.

El ámbito de discusión en este procedimiento está más en el ámbito de la autoría y valoración de ciertos hechos que en la tipificación de los mismos, pues ciertamente resulta evidente que concurren los tipos penales antes señalados.

Así, en lo que respecta al delito contra la propiedad industrial en su variante utilización fraudulenta de una denominación de origen, el poner en el mercado vino que no responde a las características amparadas por una concreta denominación de origen usando los signos distintivos y acreditativos de esta, en este caso Rioja, la implica, tal como se desprende de la literalidad del art. 275 del Código Penal. Valoración jurídica no negada por las partes.

Ambas partes acusadoras concluyen en tipificar la falsedad como del art. 399 del Código Penal, falsificación de certificados, modificando la Acusación Particular su inicial calificación al respecto, y ciertamente la falsificación de las contra-etiquetas de las botellas supone este tipo de falsificación, pues las mismas suponen certificaciones emitidas por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja que es a quien le corresponde expedirlas según la Ley 25/70 de 2 de diciembre del Estatuto del Vino, de la Viña y de los alcoholes (en vigor durante la ocurrencia de los hechos), para acreditar que el vino contenido en la botella está amparado por esa denominación de origen. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 357/04 de 19 de marzo en un caso similar al ahora enjuiciado.

Por último, en cuanto a la tipificación, concurre igualmente el delito de estafa pues se está vendiendo un vino distinto al que se menciona en el etiquetado de la botella, generando por este etiquetado el error en el comprador, pues aunque a este respecto se ha tratado de defender que el vino también era de calidad, lo cierto es que en el mejor de los casos para los acusados se está vendiendo un vino que no responde a las características de la denominación de origen rioja, además de no ser cierta esa calidad pues se produjeron quejas en los compradores precisamente por la falta de la misma tal como reconoce expresamente Rodolfo.

El problema que plantea la concurrencia de estos tres delitos podría venir de la consideración de si realmente los hechos deberían tipificarse únicamente como un delito contra la propiedad industrial dados los amplios términos del art. 275 del Código Penal. Se castiga en este precepto a quien utilice en el tráfico económico una denominación de origen sin estar autorizado para ello y de forma intencionada.

Podría pensarse que si se castiga esa utilización en el tráfico económico ello implica la utilización ilícita de los signos distintivos, que obviamente deben ser falsos, y la venta de aquello que no responde a esa denominación, lo que supone normalmente la estafa. Sin embargo tal cuestión, no suscitada por las partes en este procedimiento, se ve respondida por la sentencia Tribunal Supremo antes referenciada (núm. 357/04) en el sentido de afirmar que concurren los tres delitos, que deben ser aplicados si bien la utilización ilegítima de la denominación de origen y falsedad de certificado en concurso ideal, al hallarnos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones, y estos en concurso medial con relación al delito de estafa, puesto que no son sino medios para la comisión de éste...» (SAP de Ciudad Real 18/2007, de 25 junio [ARP 2007556])

* * *

«...Por lo que concierne al tipo del 275, prevé la conducta del que intencionadamente y sin estar autorizado para ello utilice en el tráfico económico una denominación de origen o indicación geográfica representativa de calidad determinada legalmente protegida a fin de distinguir productos por ellas amparados, tipificación

introducida por el CP de 1995 y que tutela el derecho al uso exclusivo de unos peculiares signos distintivos, las llamadas denominaciones de origen y las indicaciones geográficas que, en el derecho patrio están regulados por la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, con desarrollo en posteriores RRDD, y en el comunitario por el Reglamento 2081/92, de 14 de julio. Por una parte, salvo la aportación de las etiquetas de las botellas de JB con la traducción al castellano en las que se puede leer «Destilado, mezclado y embotellado en Escocia» nada se aporta acerca de la protección específica que la regulación indicada le pueda otorgar al admitir y proteger tal denominación. Pero, por otra, como se ha indicado, tal denominación e indicación geográfica va ínsita en la propia etiqueta representativa de la marca comercial del producto que, normalmente, va introducido en la botella, de modo que sería rayano en la imposibilidad que, infringiendo los derechos que le concede la marca a la titular de ella mediante el relleno con producto adulterado, no genuino, que ya se ha visto entraña el delito del 274, acción y delito principal, debiera «borrar o eliminar esa indicación del origen y denominación», concepto accidental. Ante una sola conducta con dos preceptos que la sancionan del mismo bien jurídico protegido hay que aplicar el principio de la absorción o, si se quiere, de la subsidiariedad, que ha tenido regulación específica en el actual Código en su número 3 del artículo 8; por tanto no procede estimar cometido el delito tipificado en el art. 275 pretendido por la acusación particular referida...» (SAP de Granada 228/2000, de 3 abril [ARP 2000\2424]).

* * *

«...Ambas partes se fundan en el citado art. 849.1.º y estiman que hubo infracción de Ley en la sentencia recurrida al haber absuelto a los dos acusados por el delito continuado de falsedad en documento público u oficial del art. 392 en relación con el 390 CP.

Estos motivos han de estimarse en parte, pues hubo delito de falsedad, además del relativo a la utilización ilegítima de denominación de origen, tal y como razonamos a continuación.

No es fácil distinguir entre un concurso de normas (o concurso aparente), regulado en el art. 8 CP, y el concurso de delitos que en nuestra Ley penal tiene las modalidades de concurso real —diversas acciones con diversos resultados delictivos (art. 73)—, concurso ideal —una sola acción que lesiona diferentes preceptos penales todos aplicables (art. 77)— y concurso medial (también regulado en el mismo art. 77), que es una clase de concurso real aunque sancionado como el ideal, por entender el legislador que esa relación de medio necesario a fin une de tal modo a los varios hechos delictivos que nos obliga a considerarlos como si de una sola acción se tratase. Aquí el problema se plantea a propósito de si hay un concurso de normas o de delitos entre estas dos infracciones penales, la de falsedad de documento y la de utilización ilegítima de denominación de origen.

El criterio que en definitiva sirve para distinguir el concurso de delitos y el de normas radica exclusivamente en una valoración jurídica. Si el hecho no merece más pena que el castigo conforme a una de tales normas penales en juego, nos encontramos ante un concurso de normas. Si, por el contrario, es necesario aplicar conjuntamente las sanciones previstas en todas esas normas, porque la aplicación de una sola no abarca la totalidad de la ilicitud de la conducta punible, estamos en presencia de un concurso de delitos de alguna de las tres clases que acabamos de mencionar.

Criterio difícil de aplicar en la práctica en algunos casos y ello explica el error en que, en este punto, ha incurrido la sentencia de instancia que, por considerar la false-

dad del documento oficial como embebida en el art. 275 CP, se creyó obligada a aplicar sólo esta norma conforme al núm. 3.º del citado art. 8.

Veamos, antes de continuar, qué ocurrió conforme a ese relato de hechos probados de la sentencia recurrida y conforme a lo que para su mejor comprensión hemos podido comprobar mediante el examen de las botellas que como piezas de convicción aparecen unidas al presente procedimiento, así como de las fotografías de los folios 275 a 304 y 542 a 547: lo autoriza el art. 899 LECrim, según se deduce de su propio texto.

Tales botellas tienen en el anverso una etiqueta, que es la que aparece expuesta al público en los correspondientes escaparates o estanterías, donde constan los datos que ya dijimos en el fundamento de derecho 2.º de la presente resolución: Rioja, denominación de origen calificada, un sello y la identificación de la empresa embotelladora: bodega Vega de Valdeoya SL Luego en el reverso (contra-etiqueta) o en el cuello de botella (precinta) aparece el documento que sirve para certificar por el consejo regulador correspondiente sobre la calidad de la mercancía en cuanto amparada por la referida denominación de origen.

Entendemos que tiene razón la acusación particular cuando nos explica los hechos que acabamos de exponer y también, en parte, cuando extrae de ellos las consecuencias jurídicas correspondientes.

En efecto, con sólo lo que aparece en el anverso, sin necesitar para ello de la mencionada certificación sita en el reverso, o en el cuello, quedan cumplidos los requisitos del art. 275. Con sólo esas etiquetas y las inferencias que de las mismas y sus circunstancias se derivan, particularmente el gran número de botellas que fueron encontradas, es claro que nos encontramos ante una intencionada utilización ilegítima de una denominación de origen representativa de una calidad determinada, legalmente protegida para distinguir los productos amparados por ella.

En realidad nadie ha discutido la existencia de este delito. Lo que aquí se cuestiona (postura de la sentencia recurrida y de los dos condenados) es si tal delito absorbe el de falsedad.

Consideramos que es preciso acudir al castigo de los dos delitos (utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad), porque de otro modo no quedaría cubierta la total ilicitud de las conductas aquí examinadas, razón por la cual nos encontramos ante un concurso de delitos, tal y como acabamos de decir.

Se ha venido considerando por la doctrina un avance la introducción de este tipo de delito específico relativo a la propiedad industrial, aunque algunos lo han criticado por entender que viola la regla de intervención mínima del derecho penal, por la que éste no debe sancionar infracciones de orden menor para las que bastaría la actuación de las autoridades administrativas («última ratio»). En todo caso este delito del art. 275 apareció en el nuevo CP y entendemos que apareció como una norma compatible con el delito de falsedad. Lo que en modo alguno ha querido el legislador es que la interpretación de una de las normas relativas a estos delitos contra la propiedad industrial pudiera conducir a una exclusión del relativo a la falsedad, como ocurriría de seguir aquí la tesis mantenida en la sentencia de instancia. El legislador quiso robustecer la protección de la propiedad industrial con la introducción de este nuevo tipo del 275, no eliminar el de falsedad. Hay en estos casos dos bienes jurídicos cada uno de ellos amparado en una norma penal diferente. Este art. 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo de esa denominación de origen. Sin embargo, el art. 399 ampara la confianza que el ciudadano tiene en una clase particular de documento oficial: el correspondiente certificado.

Es muy expresivo al respecto, aunque no decisivo, el argumento que en este punto nos ofrece la acusación particular que para el caso presente nos distingue, por un lado, las etiquetas que las botellas tienen en su anverso, y, por otro lado, las referidas contra-etiquetas o las precintas, que son esos documentos mediante los cuales un organismo oficial, como lo es el Consejo Regulador de Denominación de Origen Calificada Rioja, certifica que esa mercancía, a la que tal documento está adherido, responde a la calidad exigida para merecer su inclusión en la misma. Hay un algo más que merece una sanción penal añadida. Incluso tales dos documentos pueden no encontrarse a la vez en la misma mercancía.

Sin embargo, entendemos que no ha de aplicarse a este delito de falsedad el art. 392 sino el 399.1 en relación con el 398. El objeto falsificado es la certificación emitida por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja, dependiente del Instituto Nacional de Denominación de Origen que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, a quien corresponde expedir tales certificados de origen y precintos de garantía, así como el cobro de los derechos correspondientes (arts. 79, 84, 87.5.ª, 90.1 c, y 98 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes).

Según el diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, certificar, en la acepción que aquí nos interesa, significa «hacer cierta una cosa por medio de instrumento público». En otro diccionario, el de María Moliner, se dice que es «declarar cierta una cosa, particularmente, hacerlo así un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial».

Certificación o certificado es el documento en el que ese funcionario certifica. Los documentos aquí imitados responden a la perfección a este concepto, en cuanto emitidos por un órgano de la Administración Pública en relación con un servicio de interés general como lo es el relativo a la protección de estas denominaciones de origen. Son desde luego documentos oficiales, pero a efectos penales pertenecen a una determinada clase, los certificados o certificaciones que el legislador ha venido sancionando con penas más leves, lo que tenía su explicación en el CP anterior (arts. 311 a 313) por referirse a certificados de enfermedad, lesión, méritos, servicios, buena conducta, pobreza o de otras circunstancias análogas, pero posiblemente no ahora, si tenemos en cuenta los amplios términos en que aparecen redactados estos arts. 398 y 399 CP actual (véase la sentencia de esta sala 572/2002 de 2 de abril, fundamento de derecho 6.º). Ha de aplicarse el art. 399 al haber sido cometido por un particular.

Así pues, estos hechos han de sancionarse como utilización ilegítima de denominación de origen y como falsedad de certificado, en concurso ideal, porque nos hallamos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones: hay que aplicar el art. 77...» (STS 357/2004, de 19 marzo [RJ 2004\1848]).

11.4. Subtipo agravado (Art. 276)

11.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 167

Marcos y Ovidio, mayores de edad y sin antecedentes penales, durante el año 2003 eran titulares de la sociedad mercantil Comercial Crown 3000 S.L. con domicilio social en Torrijos (Toledo), B-81879645, dedicada al comercio al por mayor y al por menor de artículos de papelería en general y de escritorio; Marcos ostentaba la fun-

ción de administrador único de la sociedad, mientras que Ovidio desempeñaba funciones directivas y comerciales de la misma.

En uso del objeto mercantil descrito, durante el años 2003, Comercial Crown 3000, S.L. suministró a Distribuidora Malagueña de Papelería S.A. (Disma) diversidad de material de papelería y escritorio, ofertando a esta última y a precios sensiblemente inferiores al de otras distribuidoras, «cartuchos de tinta» para impresoras de las marcas Hewlett Packard y Epson. Ante lo atractivo de la oferta que le hicieron los acusados, Disma efectuó tres pedidos del consumible informático dicho (cartuchos de tinta para impresora, entre otras de la marca Epson, siempre adelantando el pago, por un valor total 282.131,01 €, con fechas 30-9-2003 (46.997,62 €), 11-11-2003 (6.374,15 €), y 11-11-2003 (228.759,24 €). A causa de un accidente mecánico que se produjo en la impresora de un usuario que adquirió el cartucho de tinta de Disma, y presentó la oportuna queja ó reclamación ante Epson Ibérica, S.A., esta entidad pudo determinar que los consumibles informáticos referidos que suministraban los acusados a Disma, no eran originales de Epson sino copias o imitaciones que estos adquirirían de un distribuidor indeterminado y a su vez producidos en China, a precios de coste bajísimos en fábrica ó lugar indeterminados, siendo causantes de que tales productos no tenían un origen genuino de la marca Epson, atraídos exclusivamente por el bajo coste de adquisición (a veces 0,80 céntimos de euro la unidad), de dicha mercancía, lo que les permitía ofertarlos a precios sensiblemente inferiores a los de mercado, cosa que Disma asumió igualmente adquiriéndolos y poniéndolos en venta, a precios que no se ha acreditado fueran inferiores a los de mercado, de los mismos productos de origen genuino.

Como consecuencia de estos hechos, Epson Ibérica S.A. ha tenido perjuicios económicos correspondientes al espacio de mercado perdido con la venta de productos (cartuchos) suministrado por los acusados a Disma, y otros posibles daños que habrán de determinarse.

La Distribuidora Malagueña de Papelería Disma S.A., no ha acreditado merma o perjuicio económico en las unidades de consumible informático que, tras recibir de los acusados, haya podido situar en el mercado vendiéndolas a consumidores, y si tan sólo no ha sido reintegrada del importe de 11.831,95 € que pagó por mercancía que luego ha devuelto a los acusados, por existencias inmovilizadas en el almacén tras descubrirse los hechos por valor de 114.024,39 €, y por mercancía pagada y no recibida por importe de 85.054,94 €, lo que suma un total de 210.911,28 €.

CASO N.º 168

En la diligencia de entrada y registro autorizada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Fuenlabrada, de las naves ubicadas en el número 16 de la calle Madroño del polígono industrial Rucimar y en el número 67 de la calle Pico Almanzor del polígono industrial Monterreal, sitios ambos en la localidad madrileña de Humanes de Madrid, partido judicial de Fuenlabrada, que venían siendo utilizadas por la empresa Proportex S.L. de la que es administrador único el acusado Luis Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, así como la encargada y también acusada Eugenia, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraron por agentes de la Guardia Civil, en cajas cerradas con precinto de Proportex SL, en cajas abiertas y también expuestas en estanterías, un total de 38.360 prendas y artículos de vestir: 8.039 prendas de la marca Levis, 3.632 prendas de la marca Burberry, 13.071 prendas de la marca Ralph Laurent, 284 prendas de la marca Calvin Klein, 2.258 prendas de la marca Puma, 800 prendas de la marca Nike, 50 prendas de la marca Fred Perrys, 390 prendas

de la marca Arman, 1.321 prendas de la marca Reebok, 50 prendas de la marca Benetton, 591 prendas de la marca Lacoste, 1.450 prendas de la marca Kelme, 5.023 prendas de la marca Adidas, 101 prendas de la marca Lee, 190 prendas de la marca Ives Saint Lauren, 990 prendas de la marca Hugo Boss y 110 prendas de la marca Paul Shark.

Las cajas cerradas en que se encontraron las prendas estaban cerradas con un precinto cinta con el nombre de «Proportex SL».

Las prendas de la marca Levis, se tasaron en 450.756,07 euros, las de la marca Kelme han sido inicialmente valoradas en 2.291,63 euros, los artículos de la marca Adidas han sido peritados en la cantidad de 30.448,04 euros, las prendas Hugo Boss se han tasado en 89,100 euros, las prendas de la marca Reebok se tasaron en 2.291,61 euros, los artículos de Lacoste han sido peritados en la cantidad de 27.401,46 euros, las prendas de la marca Paul Shark se han tasado en 6.478,78 euros, las prendas de la marca Burberry se tasaron en la cantidad de 457.312,78 euros, y las de la marca Polo Ralph Laurent se tasaron en 778.540,80 euros.

Las marcas Hugo Boss, Burberry Limite, The Polo Ralph Lauren, Sporloisirs S.A., Lacoste, Dama, Paul Shark, Reebok y Adidas se encuentran debidamente registradas en la Oficina Española de Patentes y Marcas, para las prendas de vestir concretas que con los logotipos de dichas marcas se encontraron en las naves en relación a las cuales se practicó la diligencia de entrada y registro el 15 de abril de 1997.

CASO N.º 169

En virtud de acuerdo comercial alcanzado con una supuesta entidad mercantil denominada Reft Ventures INC, cuya efectiva existencia no ha podido ser acreditada, la mercantil «Emiley, Europea de Comercio, S.L.», cuyo administrador único era el acusado don José Manuel, contrató el día 4 de enero de 2002, la importación de 51.840 pantalones que fueron valorados en aduana en 0,50 céntimos la unidad.

El envío por barco de dicho material cuyo destinatario era la mercantil Emiley, se efectuó a la aduana de Algeciras para que desde allí siguiera camino hasta Irún.

En la aduana de Algeciras, se pasó la mercancía a 2 camiones, uno de los cuales pasó la aduana por el circuito rojo y el otro por el circuito verde.

Para el tránsito de las mercancías por España desde su origen en Algeciras hasta su destino en Irún, la mercantil Emiley utilizó los servicios profesionales de los agentes de aduanas don Alexander de Madrid, don Luis Manuel en Algeciras y don José en Irún.

El día 16 de enero de 2002, el camión que pasó por el circuito rojo, ante la sospecha que despertó su contenido de vulnerar los derechos de la marca Adidas, fue retenido y suspendido el levante de su expedición que contenía 27.900 pantalones de chándal. El día 18 de enero de 2002, el camión que había pasado por el circuito verde llegó a la aduana de Irún, siendo depositada, a instancia de la mercantil Emiley, su mercancía compuesta por 23.940 pantalones de chándal en los almacenes de la empresa Garitrans, S.L.

Los pantalones de chándal ostentaban de forma visible signos distintivos de la marca Adidas Salomón A.G., sin que la referida mercantil hubiera confeccionado dichas prendas ni autorizado su confección a un tercero. No ha quedado acreditado cuál sería el importe del beneficio que la empresa Adidas Salomón A.G. hubiera obtenido con la comercialización de los 51.840 pantalones de chándal, si estos hubieran sido originales. El acusado, a través de su representación, aportó al Juzgado el día 16 de julio de 2004 dos facturas supuestamente emitidas por la entidad Adidas Taiwán

Limited con las que pretendía justificar la procedencia lícita de los efectos intervenidos.

Dichas facturas no habían sido emitidas por dicha entidad.

CASO N.º 170

El día 11 de diciembre de 2007, el acusado Pedro Antonio, (mayor de edad, sin antecedentes penales), en un puesto de venta ambulante que situó en el Paseo de la Castellana y próximo al estadio Santiago Bernabéu, ofrecía en venta artículos con los anagramas del «Real Madrid», entre ellos 96 bufandas y 54 gorras, careciendo de los derechos del Club y de sus legítimos representantes legales, artículos que simulaban a los originales, perjudicando sus derechos económicos.

La cuantía del beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el acusado no han sido probados.

11.4.2. *Jurisprudencia*

«...Finalmente, el ordinal Primero del Recurso hace referencia a la infracción legal consistente en la indebida aplicación de los artículos 274 1.º y 2.º y 276 del Código Penal, que describen el delito contra la propiedad industrial objeto de condena, a los hechos declarados como probados por la Resolución de instancia (art. 849. 1.º LECr).

El cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, tal y como se recoge en la Sentencia recurrida, toda vez que el relato fáctico describe expresamente la conducta que indudablemente tiene el carácter de dolosa según lo narrado y dada la imposibilidad de que los recurrentes ignorasen el carácter falso de lo que vendían, tanto por su bajísimo precio como por el origen de su procedencia, que no se correspondía con ningún distribuidor autorizado por la marca original.

Siendo, por otro lado, sin duda trascendente la gravedad de la conducta, a la hora de aplicar el supuesto especialmente agravado que se contempla, respecto de dos distintos apartados (a) y b)), en el artículo 276 del Código Penal pues, aunque esta Sala no asuma totalmente el argumento de la recurrida de equiparar esa gravedad económica de los beneficios obtenidos o perjuicios causados por el delito al supuesto de la agravante específica del delito de estafa, que sitúa en la actualidad en los 50.000 euros la cantidad de perjuicio que justifica la aplicación de dicho supuesto agravado (art. 250.1 5.º), puesto que nos hallamos ante tipos que no resultan equiparables a estos efectos, sin embargo, es evidente la concurrencia de la expresada cualificación, en el presente caso, a la vista del importe total de la venta, casi 300.000 euros, y el escasísi-

mo precio de adquisición de los productos, lo que supuso a los recurrentes unas elevadas ganancias, concurriendo así el hecho de la «especial trascendencia económica» del beneficio obtenido por los infractores, a que se refiere el artículo 276. 1.º y que justifica, por tanto, su aplicación por la Audiencia.

La referida «equivalencia» entre ambos supuestos legales queda relegada ante la literalidad de sendas descripciones (simple expresión cuantitativa en el art.º. 250 y enumeración de más complejos criterios aplicativos en el art.º. 276), el significado económico de una y otra conducta, la diferente cualidad de los perjudicados en cada caso, etc. Lo cual tampoco significa que los 50.000 euros indicados para la estafa agravada sean del todo irrelevantes y no puedan ser tenidos en cuenta en el delito contra la propiedad industrial, cuando menos como referente mínimo de la agravación, que en este segundo caso generalmente habrá de situarse en un importe superior...» (STS 440/2014, de 27 mayo [RJ 2014\3341]).

* * *

«...Por lo que atañe al recurso de apelación formulada por la acusación particular alegando error en la valoración de la prueba e infracción de la norma jurídica por inaplicación de los artículos 276 y 74 del CP, solicitando la condena del acusado absuelto, Manuel V. P., y a su vez la aplicación del tipo agravado previsto en el artículo 276 del CP, por revestir los hechos especial gravedad, y en forma continuada, discrepando finalmente del «dies a quem» señalado en la sentencia para determinar el período durante el que se han producido los perjuicios, examinaremos en primer lugar la prosperabilidad de la cuestión jurídica.

Debemos coincidir necesariamente con el Juzgador de instancia en cuanto rechaza la comisión del delito en forma continuada, al entender que el tipo penal previsto en el artículo 273 del CP lleva consigo una cierta permanencia en la actividad, y por ello resulta incompatible con la aplicación del artículo 74 del citado Cuerpo Punitivo. Entendemos que la conducta descrita en el citado precepto hace referencia a una serie de conductas tales como la fabricación, comercialización, de productos que implican necesariamente una sucesión de acciones, y por ello no estamos en presencia de una serie continuada de actos aislados, sino ante una actividad compleja y continuada en el tiempo, propia de cualquier actividad industrial, entendiéndose que el delito no se comete cada vez que se fabrica o vende una pieza de forja protegida, sino con el desarrollo de dicha actividad empresarial, comercializando un modelo industrial sin autorización de su titular, y por ello en el citado artículo 276 del CP se contempla un subtipo agravado en atención a los perjuicios causados, cuando éstos puedan ser calificados como de importantes.

Al hilo de esto último, por el juzgador se considera que no habiéndose acreditado una especial importancia de los perjuicios para que pudiera proceder la aplicación del tipo del agravado, lo cual constituye motivo de recurso y entendemos no existen razones para prosperar al considerar que a la falta concreta de prueba sobre los perjuicios reales producidos, además deberá tenerse en cuenta que el valor de los objetos producidos no merece la calificación de importante, al tratarse de piezas de forja, y que la producción de dicho modelo por el perjudicado constituía una parte de su producción total, debiendo igualmente de ponderarse el hecho de que tanto la empresa del querellante como la de los querellados tienen una implantación fundamentalmente local, y por ello el ámbito de difusión de sus productos se encuentra limitado. Por todo ello procederá la desestimación del recurso...» (SAP de Burgos, 31 enero 2003 [ARP 2003\63]).

* * *

«...La Organización criminal, regulada en el art. 570 bis CP, se singulariza por exigir «una estructura con vocación de permanencia» que la define y diferencia de los meros grupos criminales, caracterizándola por: 1. Un conjunto de más de dos personas (elemento cuantitativo). 2. Concertados en la idea criminal y coordinados para ejecutarla (elemento finalístico, que conforma el *pactum scaeleris* del que deben participar los integrantes) que consiste en cometer delitos o faltas reiteradamente, y sobre el que basculan todas las consideraciones de la culpabilidad, que también debe analizarse en conjunto. 3. Con carácter estable o por tiempo indefinido (elemento de durabilidad y permanencia en el tiempo), que si se especializa y convierte en método de vida, las singulariza como organizaciones criminales profesionales, lo que no es en sí imprescindible. 4. Con reparto de tareas y funciones (elemento instrumental), muy vinculado al concierto señalado como elemento 2.º. 5. Que por su potencialidad lesiva afecte además de a los bienes protegidos por la concreta actividad que realicen, al orden público igualmente, considerado el conjunto de los elementos precedentes de modo que suponga un plus a la mera codelincuencia (elemento subjetivo).

Pero antes de analizar si concurren estos elementos debemos analizar la concurrencia tipológica que se da en el presente caso y que determina un concurso de normas, tal cual es que frente al delito específico descrito en el precepto antedicho, concurre una agravación específica para esta tipo de delito, la prevista en el artículo 271 del CP. «Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: «c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.». Este tema es de suma importancia porque en primer lugar hay que dilucidar cuál de las normas se aplica, y en segundo lugar porque de no entenderse que la organización reúne el elemento de durabilidad y permanencia en el tiempo se podría aplicar sin mayor razonamiento la agravante específica.

El art. 570 quater establece que «En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.º, y esta regla sanciona que «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.». Esto plantea una duda importante, porque no queda claro si el legislador pretende que el concurso de normas se solventa siempre y en todo caso con la regla de la mayor penalidad, o se resuelva precisamente con las previsiones del art. 8 del CP, esto es sólo se aplicará en defecto del resto de las reglas establecidas en dicho precepto. Son muchas las ocasiones que el legislador, en la tipificación de los delitos del Libro II CP- se refiere a las asociaciones, organizaciones y grupos criminales para agravar la penalidad de las conductas, si bien utilizando muy diversa terminología, y ante esta variedad terminológica, podemos plantearnos, si el legislador quiere darle la misma trascendencia a una u otra de las expresiones utilizadas, pero que en cualquier caso, surge la cuestión de si la agravación contemplada en los distintos tipos, es compatible con la penalidad que el legislador establece para las «organizaciones y grupos criminales», esto es, si al integrante o partícipe de una de estas organizaciones o grupos le debe ser impuesta la pena establecida en los arts. 570 bis o 570 ter CP, además de la pena correspondiente al tipo cometido con la agravación contemplada en las distintas figuras delictivas o, en caso contrario, qué penalidad debe primar. No cabe duda que cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad

del hecho, nos hallamos ante un concurso de normas. La consecuencia será diferente si se aplica el criterio de la absorción o consunción previsto en el art. 8.3 CP, en cuanto el precepto penal más amplio consume a otro más simple, o el criterio de la gravedad de las penas establecido en el art. 8.4 CP para resolver los supuestos de concursos de normas, si bien en algunos casos se puede alcanzar idéntica solución penológica pero en otros no. El problema surge en estos últimos y así en concreto en los delitos contra la propiedad intelectual, cometidos por un coordinador o director de una organización dedicada a estas actividades, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es de 1 a 4 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años.

Conforme al principio de absorción, debería prevalecer la punición de las figuras agravadas, pero, si aplicamos la referida regla del art. 570 quáter CP, parece que debe prevalecer la punición por el delito más grave de organización criminal. Esta parece ser la opción del legislador, no muy acertada ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan el desvalor de la conducta contra los derechos de propiedad intelectual o industrial, como el de la participación como dirigente en la organización que sirve de soporte en la ejecución de tales delitos, y en tanto que la regla prevista en el art. 8,4 CP es subsidiaria al criterio de la absorción («en defecto de los criterios anteriores», comienza diciendo el art. 8,4 CP). Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta penal y por ello sólo cabría imponer ambas penalidades si la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a «otras actividades», además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, puesto que estaríamos no ante un supuesto de concurso de normas, sino ante un concurso real de delitos. En relación a este problema la Circular de la Fiscalía General del estado 2/11, razona que «Si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales. Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.». La Sala entiende que a pesar de las dudas axiomáticas al respecto, se debe estar a lo querido por el legislador y por ello resulta de aplicación el tipo específico cuya aplicación solicitan las acusaciones.

Resuelto lo anterior debemos entrar en el estudio de si en el caso de autos podemos entender demostrado que concurre el tipo penal, y si se dan todos los requisitos que exige(...), que D y R gestionaban la página Web como administradores, y se valían de un grupo de personas, los ciudadanos ucranianos, para alimentar la misma con publicaciones, y en definitiva se informa que tras los sms acopiados y las conversaciones intervenidas, se ha probado que se trata de un grupo compuesto por al menos

siete personas, las cuales tenían distribuidas las diferentes tareas; los acusados administrar y explotar la página y las otras cinco personas, la tarea de conseguir las publicaciones y subirlas al servidor, y ello supervisado por D...» (SAN 6/2015, de 5 marzo [ARP 2015\17])²⁴.

11.5. Divulgación de invención objeto de patente secreta (Art. 277)

11.5.1. Casos Prácticos

CASO N.º 171

Antonia A. es Doctora en farmacología y trabaja desde 2013 para los laboratorios Acme S.A. en España. En febrero de 2014, sin poderse precisar la fecha exacta, inició una línea de investigación en torno a un antibiótico que presentaba actividad antitumoral.

Concluyó la investigación en febrero de 2015 y los laboratorios Acme S.A., presentaron en la Oficina de Patentes y Marcas en España, solicitud de patente secreta, concretamente en fecha 4 de marzo de 2015, con n.º ES 8901234.

En el mes de abril de 2015, los mencionados laboratorios entregaron a la acusada Antonia A. carta de despido por motivos objetivos, presentando ésta veinte días después demanda en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, por despido improcedente que fue desestimatoria. Según consta acreditado, pues así se desprende del acta de juicio en sede social obrante (folio 107), durante la vista oral del mismo, Antonia admitió haber llegado a amenazar a su jefe de Departamento con la divulgación del resultado de la investigación.

El 5 de julio de 2015, la acusada publicó un artículo en la revista científica «Annual Review of pharmacology and toxicology» donde exponía con detalle el contenido de su actividad investigadora en el último año, así como el procedimiento empleado para el descubrimiento del novedoso antibiótico.

La farmacéutica Acme S.A. interpuso querrela contra Antonia A. solicitando su condena como autora responsable de un delito de divulgación de patente secreta, previsto y penado en el art. 277 del CP y reclama indemnización en sede de responsabilidad civil en las cantidades se desglosan al folio 498 de la querrela y que se dan por reproducidas en su integridad.

CASO N.º 172

En fecha 22 de noviembre de 2010, Gerónimo J., Basilisa A. y Juan J., formaron un grupo de investigación en sede de la Universidad de Murcia y en el Departamento de la Facultad de Química. El 24 de enero de 2012, por encargo del Ministerio de Defensa, empezaron a trabajar en una nueva línea de investigación sobre dispositivos fotosensibles detectores de bajas concentraciones de componentes bacteriológicos (ántrax y similares), que debía ser adaptada a dispositivos «drones» del ejército del aire.

Al avanzar rápido en la investigación con resultados satisfactorios, el Ministerio de Defensa encargó un informe tecnológico de patentes con el fin de conocer el estado de la técnica en torno al objeto de la investigación y si ya existían otros que pudieran afectar a su patentabilidad futura.

²⁴ Caso Youkioske.

Arrojando la consulta un resultado favorable, un año más tarde, en enero de 2013, el grupo de investigación consiguió concluir el dispositivo, así como su adaptación al vehículo aéreo de combate no tripulado, por lo que el Ministerio de Defensa decidió patentar el invento, presentando la solicitud de patente secreta en fecha 3 de febrero de 2013, n.º ES1234567.

El 3 de julio de 2013, Gerónimo, intervino como ponente en un Congreso de verano que se celebraba en la Facultad de Química de la Universidad Complutense de Madrid. En el curso de su ponencia hizo público el objeto, desarrollo y resultado de la investigación sobre el detector objeto de solicitud de patente secreta. Dicha divulgación comprometió seriamente la novedad de la invención objeto de solicitud y perjudicó la defensa nacional.

CASO N.º 173

Javier P., trabaja en la Oficina Nacional de Seguridad del Centro Nacional de Inteligencia, prestando sus servicios como experto informático en el Departamento de Telecomunicaciones.

Durante el año 2014, desarrolló un software que protegía y blindaba los sistemas controladores de dispositivos antimisiles del Ministerio de Defensa, de cualquier ataque o intrusión de hackers que amenazara a la seguridad nacional.

Por parte de la Secretaría General del CNI se tramitó la solicitud de patente secreta del mencionado software y en fecha 3 de agosto de 2015 ésta se registró con n.º ES 1357913,

Resulta acreditado que el acusado Javier G., en fecha 2 de septiembre de 2015, de forma dolosa y con ánimo de lucro vendió a Microsoft España el software que había sido objeto de patente secreta, poniendo en peligro la novedosa invención y con claro perjuicio para la defensa nacional.

11.5.2. *Jurisprudencia*

No se ha encontrado jurisprudencia sobre este tipo penal²⁵.

²⁵ «...Se ha de hacer referencia en este apartado a la conducta que se sanciona en el artículo 277 del Código Penal: «Será sancionado con pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional».

Se trata en este caso de un tipo penal en blanco, puesto que la descripción del supuesto de hecho típico debe ser integrada con la delimitación de lo que es contravención de la legislación de patentes, es decir, se cometerá la conducta penalmente antijurídica, cuando la divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente secreta infrinja además los deberes de sigilo impuestos en los artículos 119 y ss. de la LPMU. Conforme a esos artículos, cuando la patente sea de interés para la defensa nacional y a requerimiento del Ministerio de Defensa, la Oficina Española de Patentes y Marcas decretará la tramitación secreta de la solicitud de la patente. Todas las solicitudes de patentes son objeto de un mandato de secreto sobre su contenido durante un plazo de dos meses desde su presentación prorrogable hasta cinco meses, cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional y salvo que la Oficina de Patentes autorice su divulgación con anterioridad.

En este supuesto del art.277 lo que se protege, no es tanto el derecho de propiedad industrial, sino los intereses de la defensa nacional, de forma que puede cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto, de ahí que se cuestione por la doctrina la ubicación sistemática de este tipo penal, poniéndose también de manifiesto la posible concurrencia de concursos entre este tipo y otros del Código Penal, como el de descubrimiento de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional del art. 598, si bien en este caso no cabe hablar de la existencia del concurso en cuanto el objeto mate-

12.

DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES

12.1. El delito de descubrimiento de los secretos de empresa (Art. 278)

12.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 174

En fecha 1 Jul. 1996, la mercantil Sotienabier, S.L., propietaria de las tiendas con la marca comercial Deshoras, caracterizadas por cubrir su horario de atención al público las 24 h al día, otorgó un contrato de servicios con el acusado Julián L. E., mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador único de la empresa Visualsoft, Soluciones Informáticas, S.L., en el que se comprometía a realizar un programa o sistema informático de gestión y control de las distintas tiendas, sitas en la ciudad de Alicante, que consistía en una base de datos, que incorporaba la identificación de proveedores, productos con sus correspondientes códigos de barras, precios de coste y de venta de cada uno de ellos, un sistema de petición de productos automática, según la venta, márgenes comerciales, franjas horarias en las que se vendían productos determinados, etc., datos todos ellos facilitados al acusado, por la mercantil Sotienabier, para su mecanización y la elaboración del programa, denominado Deshoras 1.0 Pro., abonando el precio de 340.901 euros. El acusado en enero del 97 dejó de prestar sus servicios en las Tiendas Deshoras, resolviendo el contrato, llevándose los datos reservados que le habían facilitado. En fecha 7 Mar. 1997, se apertura una tienda de similares características, denominada Open-25, propiedad de la empresa Virti Inversiones, S.L., constituida el día 31 Ene. 1987, siendo uno de los socios

rial del delito del art. 598 está delimitado a la información legalmente clasificada como reservada o secreta conforme a la Ley de Secretos Oficiales (RCL 1968, 680); igualmente pudieran plantearse otras posibilidades de concurso como la que puede darse con el artículo 601, que sanciona la modalidad imprudente de dar a conocer objetos o información de interés para la defensa nacional que se posean por razón del cargo, comisión o servicio, no obstante, debe estimarse que no es admisible considerar que el art. 601 pueda venir en aplicación en el caso de divulgación imprudente de la invención objeto de una patente secreta, puesto que el legislador no ha querido sancionar más que la divulgación intencional. Con respecto a la posibilidad de apreciación de concurso entre el delito del art. 277 y el de revelación por funcionario público de secretos o informaciones de los que conozca por razón de su cargo del art. 417 deberá resolverse en función del principio de especialidad, en favor de la aplicación del tipo del art. 277.

Es necesario señalar que la LO 15/2003 no introdujo en los supuestos contemplados en el art. 273 del Código Penal que acabamos de examinar otra modificación que la relativa a la elevación de la pena de multa con la que se sancionan las conductas tipificadas; por lo que se refiere a la conducta sancionada en el art. 277 se mantiene exactamente la redacción de la LO 10/95, incluso en lo relativo a la cuantía pena...» (FGE Circular 1/2006, 5 mayo).

igualmente accionista de Visualsoft, comercio en el que el acusado instaló el sistema informático a que hemos hecho referencia anteriormente, de la tienda Deshoras ligeramente perfeccionado, utilizó la base de datos que le había sido proporcionada por ésta, aprovechándola para su uso en el comercio Open-25, pero sólo comunicó a esta otra los datos e informaciones que no eran reservados y que fácilmente podían comprobarse por terceros, como listados de precios, código de barras, etc., con lo que permitió la inmediata entrada en funcionamiento de la tienda.

CASO N.º 175

Luis Angel, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha indeterminada del mes de abril de 2002, gracias a la relación laboral que había mantenido con Cornelio, se dirigió al proveedor de acceso de internet Terra, como si se tratara de Cornelio, solicitando nuevas claves para controlar el acceso a la página web Dirección000, cuyo titular era Cornelio, especificando que las nuevas claves debían remitirse a la dirección calle Arimón 2, F, 1-3 de Sabadell, sede de la empresa Teva Multiserveis SBD S. L., logrando Luis Angel que le fueran entregados los sobres certificados, por ser conocido personalmente por el funcionario de Correos destinado al reparto de correspondencia en la zona de la calle Arimón, y alegando que Cornelio era un cliente suyo, y una vez en poder de tales claves, bloqueó el acceso público en la red a la página citada, impidiendo además que el verdadero titular, Cornelio, la controlara comercialmente, logrando de ese modo cambiar, posteriormente, de modo ilegítimo e ilegal, el dominio de la página señalada, hasta el punto de negociar el espacio en internet con Digital Valley, facilitando el CIF de la empresa Arrastre de Mercancías por Carretera S. L.. Como parte de la maquinación, procedió a sustituir la página de inicio por otra página en la que, sobre un fondo blanco, se indicaba que la página estaba desactivada, interesando aportaciones económicas voluntarias a los visitantes, indicando la cuenta bancaria 0182-2376-12-0010510593, cuya titularidad correspondía a la empresa Arrastre de Mercancías por Carretera S. L., de la cual había sido apoderado el acusado, ya que en la fecha de los hechos tenía los poderes revocados, con la misma dirección en el número 2 de la calle Arimón de Sabadell, sin que dicha empresa tuviese conocimiento de estos hechos, habiéndose hecho en dicha página un único ingreso de 20 céntimos, a efectos de investigación del delito.

CASO N.º 176

El acusado trabajó por cuenta ajena hasta enero del año 2006 en la entidad mercantil Mármoles Internacionales de la Mancha, entidad mercantil situada en la carretera de Quintanar sin número y con domicilio social en la localidad de Villanueva de Alcardete, provincia de Toledo, cuyo representante legal era Gonzalo.

Dentro de las funciones laborales del acusado, al menos desde el año 2002, estaban las labores de agente comercial encargándose de la venta de productos y del cobro de facturas con visita a los clientes tanto de la empresa Mármoles Internacionales de la Mancha como entre otras de la empresa Adimex, de las que y para cotejar el importe de las comisiones a cobrar, que percibía a parte de sueldo, se le entregaba por la empresa una de las copias tanto de las facturas que cobraba como de los recibos que eran emitidos por la empresa o por el mismo una vez cobrados los importes parciales o totales de cada una de las facturas.

La mercantil Mármoles Internacionales de la Mancha tenía relaciones comerciales con otras empresas, entre ellas, la denominada Adimex cuyo representante legal era Rafael, relaciones comerciales que consistían, entre otros extremos, en compartir la

nave de la primera, su sistema de organización, para que la segunda pudiera utilizar el espacio como depósito de sus mercaderías para su venta o entrega posterior a sus clientes, así como compartir la oficina habilitada para la entrega y cobro de sus propias facturas a esos clientes.

Como consecuencia de esas relaciones el acusado como trabajador de la primera de las empresas, poseía copia de los recibís y de las facturas dado que el mismo se encargaba de gestionar su cobro tanto de la empresa Mármoles Internacionales de la Mancha como de la empresa Adimex Sociedad limitada.

Sin que conste la fecha concreta pero antes de enero del año 2006 la empresa Mármoles Internacionales de la Mancha entró en suspensión de pagos, quedando durante largo tiempo el acusado al frente de la empresa para atender a los clientes y proveedores.

Victor Manuel en su calidad de administrador único de la entidad mercantil Italmarmi SL, empresa que a su vez era proveedora de la también mercantil Mármoles Internacionales de la Mancha, entró en contacto con el acusado, poniéndole de manifiesto su malestar y preocupación dado que tenía serios y graves problemas económicos así como serios problemas para cobrar las deudas que Mármoles Internacionales le adeudaba, manifestando el acusado que no lo entendía dado que aunque la empresa estaba en suspensión de pagos se estaban llevando a cabo cobros importantes con cierta periodicidad, por lo que obrando en poder del acusado esos documentos a los que se ha hecho alusión y en el convencimiento de que ante esa información recibida se estaban llevando a cabo irregularidades graves en la citada empresa para la que trabajaba facilitó y entregó, sin que conste la fecha exacta y sin la autorización expresa de los representantes legales de las entidades Mármoles Internacionales De La Mancha ni de la entidad mercantil Adimex Sociedad limitada, copia de toda esa documentación a Víctor Manuel para que fuese utilizada para la interposición de una querrela que la mercantil Italmarmi Sociedad limitada a través de su legal representante, terminó presentando contra las mercantiles Mármoles Internacionales de la Mancha, Graesma SL y contra la mercantil Adimex ante el Juzgado de Instrucción número dos de Quintanar De La Orden dando lugar al procedimiento abreviado 701 del año 2006 por la presunta comisión de un presunto delito de insolvencia punible, querrela que fue admitida a trámite; causa penal pendiente de ser Juzgada en la actualidad.

CASO N.º 177

Los acusados Julián y su esposa María Cristina, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, trabajaron en la empresa Ardistel, S.L. en el periodo 23-5-2000 a 5 de junio de 2006 y 28-11-2001 a 5-6-2006 respectivamente, desempeñando funciones de Jefe de Ventas y Administrativa, hasta que en la indicada fecha, 5 de junio de 2006 fueron despedidos. La sociedad Ardistel SL constituida el 1 de agosto de 1995 tenía por objeto social la actividad, entre otras, de fabricación y distribución de accesorios para videojuegos y videoconsolas.-. Con fecha 6 de julio de 2006 los acusados constituyeron la sociedad Dertech Accesorios SL dedicada a distribución de accesorios para videojuegos y videoconsolas, ejerciendo ambos el cargo de administradores desde el 16 de agosto de 2006.-. El 10 de octubre de 2006, los acusados puestos de común acuerdo y actuando con el propósito de obtener información relativa a la empresa Ardistel SL y en concreto en lo referente al catálogo de productos y precios y sobre las novedades que se iban a presentar para la campaña de Navidad, utilizando uno de los ordenadores (IP 000001) de la empresa Dertech con domicilio social en Calle001 núm.001, Local0001, Derio (Vizcaya), con conexión a través de la red ADSL

de Telefónica, (teléfono 000001) tras haber creado una cuenta de correo electrónico aportando como nombre del usuario el de Dirección000 y dirección de correo electrónico de YAHOO la de Dirección000@yahoo.es remitieron haciéndose pasar por el administrador de la empresa Ardistel SL, D. Emilio un correo electrónico dirigido a uno de los empleados de la empresa Ardistel, Bernardo en el que se leía «Hola Bernardo mándame a esta dirección el listado último que tengas de accesorios incluidas las novedades para esta campaña. Como siempre lo quiero para hace 5 minutos» utilizando la expresión «como siempre lo quiero para hace 5 minutos» que normalmente Emilio de forma coloquial dirigía a sus empleados.-. El Sr. Bernardo en creencia de que el correo recibido se lo había remitido su Jefe le contestó al mismo mandando la información solicitada, parte de la cual todavía no había tenido en esa fecha acceso al público ni intermediarios, por tener previsto un lanzamiento para fechas posteriores.

CASO N.º 178

El lunes 5 de octubre de 1998 José Ignacio, Jesús Carlos, Flor, trabajadores de la agencia Francisco Gutiérrez y Beatriz, trabajadora de la empresa «Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L.», presentaron sus respectivas cartas de baja o renuncia laboral en dichas empresas.

El mismo día 5 de octubre de 1998, los colaboradores de la agencia F. Gutiérrez: Edurne, Felipe, Montserrat y Octavio remitieron por fax a la agencia F. Gutiérrez escritos en los que solicitaban la devolución de la documentación de los clientes remitidos por ellos y pedían a dicha agencia que a partir de esa fecha se abstuvieran de realizar trámite alguno respecto a dichos clientes.

Por su parte, Jose Ignacio y Jesús Carlos, en fechas 5-10-98 y 26-04-99, remitieron escritos a un número indeterminado de clientes de la agencia F. Gutiérrez, ofreciendo a los mismos los servicios de la nueva sociedad «Anglada-Celis Assesors, S.L.» la cual fue constituida legalmente en fecha 2 de octubre de 1998 por ellos y Remedios. Dicha sociedad tenía como objeto social el asesoramiento fiscal, laboral contable y jurídico, y empezó su actividad el día 5 de octubre de 1998.

A principios del mes de septiembre de 1998 la empresa «Aplitec Informática, S.L.» instaló en el despacho profesional de Remedios un programa de facturación y contabilidad idéntico al de la Agencia F. Gutiérrez y a principios del mes de octubre de 1998, por encargo de Jose Ignacio, se traspasó dicho programa al domicilio de la empresa «Anglada-Celis Assesors, S.L.». Igualmente en fecha 5.10.98, se instaló en la referida empresa un programa informático estándar denominado «CSI» nóminas, idéntico al que en el mes de febrero de 1998 se había instalado en la Agencia Francisco Gutiérrez.

A resultas de la entrada y registro practicada por los agentes de policía con TIP's núm.000, núm.001 y núm.002 en el domicilio social de «Anglada-Celis Assesors, S.L.», acordada mediante el auto de fecha 24-05-00 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de los de Girona, se intervino el disco duro del ordenador de la precitada mercantil el cual, tras ser analizado y comparado con los disquetes que contenían la información de la Agencia F. Gutiérrez, resultó que contenía una base de datos del mismo nombre («CLIE0195.DBF») que otra existente en la referida agencia, creada en fecha 3 de octubre de 1998 a las 00:42 horas.

La base de datos «CLIE0195.DBF» localizada en el disco duro intervenido en la empresa «Anglada-Celis Assesors, S.L.» estaba constituida en un 97% por los mismos clientes de la base de datos de la Agencia F. Gutiérrez. Asimismo, la estructura de

ambas bases de datos era coincidente en un 100% y la información de los clientes referente a su código numérico, nombre, DNI o CIF, fecha en que el cliente fue dado de alta en la Agencia F. Gutiérrez, así como fecha y código de su última factura, era coincidente en ambas bases de datos.

En fecha 2 de octubre de 1998, a las 13:24 horas fueron hechos efectivos dos cheques, uno por importe de 475.000 pesetas y otro de 470.000 pesetas, que habían sido previamente librados por José Ignacio en su condición de administrador de la sociedad «Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L.» y con firma autorizada al efecto.

No se conoce la persona que cobró los referidos cheques, librados al portador, contra la cuenta núm.003 de «La Caixa» titularidad de la sociedad «Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L.

12.1.2. Jurisprudencia

«Como recuerda la sentencia 285/2008 de 12 de mayo (LA LEY 74050/2008) del Tribunal Supremo el objeto material del delito ha de reunir una serie de requisitos porque no todo dato empresarial integra el delito del art. 278 *«elemento nuclear de este delito —como también del previsto en el art. 278 CP— es el «secreto de empresa».* No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un *«numerus clausus»*. Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerarse secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva.

Así serán notas características: —la confidencialidad (pues se requiere mantener bajo reserva), —la exclusividad (en cuanto propio de la empresa), —el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), —licitud (la actividad ha de ser legal para su protección)» y a continuación hace una indicación, enunciativa desde luego, de cuales son los datos que se han de preservar *«y su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de la empresa); los de orden comercial (como clientela o marketing) y los organizativos (como cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa)»* (SAP de Toledo 93/2015 de 30/07/2015, LA LEY 121720/2015).

* * *

«La redacción del art. 278.1 del Código Penal deja bien a las claras que se trata de un delito intencional en cuanto que el sujeto activo del delito debe actuar *«para descubrir un secreto de empresa»*. Habiendo sido interpretado dicho precepto por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de febrero de 2001, en el particular relativo al indicado requisito intencional, en la que se expresa lo siguiente:

«Para su comisión (y subsiguiente consumación) no es preciso que el autor descubra un secreto perteneciente a la empresa a la que pertenece o haya pertenecido, pues de así hacerlo la acción quedaría incluida en el tipo agravado del apartado 2.º de ese mismo art. 2.º. No obstante ello, el tipo del apartado 1.º es constitutivo de un delito de carácter *«tendencial»*, pues no en balde la norma emplea la preposición *«para»* en el sentido de *«tener intención»* de revelar secretos, de tal manera que si no se prueba esa intencionalidad la acción deviene atípica» (SAP de Madrid 32/2012 de 25/01/2012, LA LEY 4368/2012).

* * *

«El art. 278 —nos dice la S.T.S. de 16 de diciembre de 2008— sanciona un tipo de delito constituido por los elementos siguientes:

- 1.º La acción delictiva consiste alternativamente:
 - a) En el apoderamiento por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos.
 - b) El empleo de algunos de los medios o instrumentos del apartado 1 del art. 197, el cual, a su vez relaciona unos modos de comisión que aquí no interesa precisar.
- 2.º Tal acción delictiva ha de tener por finalidad descubrir un secreto, esto es, algo que conocen una o varias personas que tiene o tienen interés en que no lo conozcan los demás, particularmente los que se dedican a la misma clase de actividad.
- 3.º Ha de tratarse de un secreto de empresa, concepto más amplio que el de secreto industrial al que se refería el art. 499 de la anterior CP, ya que abarca no solo los relativos a la técnica de los procedimientos de producción, sino también los relativos al comercio u organización del negocio de que se trate.

Conviene dejar dicho aquí que nos encontramos con un delito que puede cometer cualquier persona. No se trata de un delito especial propio que solo está al alcance de quienes reúnen determinadas características, como ocurre con el delito del art. 279 al que luego nos referiremos. Ha de ser cometido por quien no conoce el secreto y trata de descubrirlo.

Es un delito de consumación anticipada. Basta la acción de apoderamiento dirigida a alcanzar ese descubrimiento. Conseguir el conocimiento del secreto pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción. Incluso se comete aunque no pueda después alcanzarse ese descubrimiento del secreto porque, por ejemplo, el autor del delito no puede llegar a descubrir las claves utilizadas por la empresa en defensa de tal secreto.

Su difusión, revelación o cesión a terceros constituye la figura agravada del art. 278.2» (SAP de Granada 680/2009 de 15/12/2009, LA LEY 356599/2009 y SAP de Cuenca 8/2015 de 13/01/2015, LA LEY 5497/2015).

* * *

«La sentencia de 16 de diciembre de 2008 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recoge de forma pormenorizada los *elementos integrantes de este tipo penal*:

1.º. *La acción delictiva consiste alternativamente:*

- a) En el apoderamiento por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos.
- b) El empleo de algunos de los medios o instrumentos del apartado 1 del art. 197, el cual, a su vez relaciona unos modos de comisión que aquí no interesa precisar.

2.º. Tal acción delictiva ha de tener por finalidad descubrir un secreto, esto es, algo que conocen una o varias personas que tiene o tienen interés en que no lo conozcan los demás, particularmente los que se dedican a la misma clase de actividad.

3.º. Ha de tratarse de un secreto de empresa, concepto más amplio que el de secreto industrial al que se refería el art. 499 de la anterior CP, ya que abarca no solo los relativos a la técnica de los procedimientos de producción, sino también los relativos al comercio u organización del negocio de que se trate.

Conviene dejar dicho aquí que nos encontramos con un delito que puede cometer cualquier persona. No se trata de un delito especial propio que solo está al alcance de quienes reúnen determinadas características, como ocurre con el delito del art. 279 al

que luego nos referiremos. Ha de ser cometido por quien no conoce el secreto y trata de descubrirlo.

Es un delito de consumación anticipada. Basta la acción de apoderamiento dirigida a alcanzar ese descubrimiento. Conseguir el conocimiento del secreto pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción. Incluso se comete aunque no pueda después alcanzarse ese descubrimiento del secreto porque, por ejemplo, el autor del delito no puede llegar a descubrir las claves utilizadas por la empresa en defensa de tal secreto.

Su difusión, revelación o cesión a terceros constituye la figura agravada del art. 278» (SAP de Ciudad Real 19/2012 de 17/09/2012, LA LEY 144119/2012).

12.2. El delito de revelación de secretos de empresa (Art. 279)

12.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 179

El acusado, Darío, mayor de edad y sin antecedentes penales, prestó servicios profesionales para las empresa «Gabinete de Ingeniería Civil del Sur, S.L.» y «Despacho de Ingeniería Civil, S.L.», cuyo titular es Avelino, durante el periodo comprendido entre enero de 2002 y noviembre de 2005, configurando durante dicho periodo las siguientes cuentas de correo electrónico:

- gispedro@telefonica.net perteneciente a la empresa «Gabinete de Ingeniería Civil del Sur, S.L.,
- Dirección000 perteneciente a Avelino,
- cordobagis@telefonica.net perteneciente a la empresa «Despacho de Ingeniería Civil, S.L.» y
- Dirección001 perteneciente a Silvio, empleado de la empresa «Gabinete de Ingeniería Civil del Sur, S.L.».

Aprovechando que como consecuencia de la configuración de las referidas cuentas tuvo acceso a las claves de las mismas, en periodo comprendido entre los meses de julio de 2007 a junio de 2008, sin autorización de sus titulares consiguió acceder a la misma y a los correos que durante dichas fechas fueron remitidos a las citadas cuentas, correos cuyo contenido iba referido a la realización de proyectos y estudios y otros servicios prestados a empresas constructoras así como a otras actuaciones propias de la aludida actividad profesional de las empresas «Gabinete de Ingeniería Civil del Sur, S.L.», «Despacho de Ingeniería Civil, S.L.», su titular y empleado de la misma, así como a contenidos de naturaleza meramente personal y privada de sus titulares.

No se ha acreditado suficientemente que el acusado hiciera uso en su propio beneficio del contenido de la información a que se referían los correos electrónicos profesionales y técnicos de las mencionadas empresas, y en consecuencia que se produjera perjuicio o daño alguno a las dichas entidades.

Igualmente en periodo comprendido entre el mes de marzo de 2005 y el mes de junio de 2008, el acusado prestó sus servicios profesionales para la empresa «Demoliciones Córdoba, S.L.» dedicada, entre otras, a la realización de obras de demolición y desmantelamiento y cuyo titular es Valeriano, encargándose en dicha empresa de efectuar presupuestos, proyectos y ofertas de servicios profesionales de «Demoliciones Córdoba, S.L.» a otras empresas. A consecuencia de su trabajo el acusado tuvo acceso a listado de clientes y archivos informativos de la empresa «Demoliciones Córdoba, S.L.»,

aprovechando dicho acceso para, durante el periodo en que prestó sus servicios profesionales en esta empresa, en beneficio propio y a través de la empresa «Gmadc, S.L.» de la que era socio, y que fue constituida sin siquiera conocerlo el empresario para el cual prestaba sus servicios, realizar ofertas a clientes de la entidad «Demoliciones Córdoba, S.L.» por proyectos presupuestados por ésta última empresa a un precio inferior al que lo hacía ésta, habiendo causado un perjuicio a la misma tasado en 8.904,63 euros.

Igualmente el acusado utilizó para la publicidad de su empresa en internet, fotografías relativas a obras y encargos realizados por «Demoliciones Córdoba S.L.», lo cual fue determinante para que Valeriano tuviera conocimiento de que algo extraño estaba ocurriendo, confirmando, tras realizar las pesquisas correspondientes, sus sospechas, tenidas algún tiempo atrás, al haber perdido contratos con clientes hasta entonces habituales, sin conocer el verdadero motivo, que no es otro que el aludido anteriormente en el presente relato, esto es el haber ofertado el acusado por precio inferior al inicial, en nombre de su propia empresa, Gmadc S.L., usando incluso para hacer la oferta y posteriormente confeccionar el contrato, un formato idéntico al que era usado por la empresa para la cual trabajaba, «Demoliciones Córdoba S.L.».

CASO N.º 180

En fecha 2 de febrero de 2008, la administradora única de la entidad Son Vida Real Estate, S.L., María Milagros, contrató a Efrain en concepto de agente inmobiliario de dicha entidad, pactándose que éste se compromete a guardar el más estricto secreto y a preservar la confidencialidad de todos los secretos empresariales y *datos* de Son Vida Real Estate, S.L. a los que tenga acceso y que obren en su conocimiento hasta terminado el contrato de trabajo, no pudiendo Efrain, además, almacenar, difundir, ni reproducir en medios externos al sistema informático de la empresa ningún dato sobre clientes y personas interesadas, así como ninguna otra información que guarde relación con su actividad como asesor comercial. La entidad citada también opera con los nombres comerciales de Mallorca Gold y Warth Properties.

El 5 de junio de 2009, Efrain, de forma unilateral, decide marcharse de la empresa Son Vida Real Estate, S.L. Ese mismo día, a una hora intempestiva, fuera de su horario normal de trabajo, Efrain acudió a la oficina, y con la intención de apoderarse en su propio beneficio del listado de clientes de Son Vida Real Estate, S.L. envió desde su correo electrónico de trabajo en esta última entidad Dirección000 a la cuenta privada del mismo Dirección001 y a las de su padre Dirección002 y Dirección003, cosa que ya hizo en días anteriores, puesto que Efrain tenía pensado crear una agencia inmobiliaria propia en donde usar los listados de clientes de Son Vida Real Estate, S.L. en su propio beneficio.

De esta forma desde el mes de agosto de 2009 en adelante, el acusado, haciendo uso de los datos telefónicos de clientes de la empresa de María Milagros, contenidos en los correos electrónicos que se auto remitió, se puso en contacto con varios de ellos, como por ejemplo, Virgilio y Sara, ofreciéndose como agencia inmobiliaria para vender las casas de los que éstos eran propietarios y que habían ofrecido en exclusiva a la agencia inmobiliaria propiedad de la Sra. María Milagros.

CASO N.º 181

El 18 de mayo de 2006, el acusado, Teodoro, mayor de edad y sin antecedentes penales, constituye, junto con «Barbanza Milenio, S.L.», la sociedad «Alfa Tres Compostela, S.L.», a medio de escritura pública otorgada ante el Notario de Santiago de Compostela, Héctor Ramiro Pardo García, protocolo 1.415, con el objeto social de

«asesoría contable, fiscal, legal, laboral y financiera, de empresas, tanto personas físicas como jurídicas; cualesquiera otra actividades típicas de una gestoría, intermediación en materia de seguros y productos financieros», nombrándose tres administradores solidarios, el acusado, Carmelo y Herminio, fijando su domicilio social en la Rúa Berlín, nº 2F, entreplanta, en esta ciudad de Santiago de Compostela.

El acusado (quien, al margen de su condición de administrador solidario, prestaba servicios para la sociedad percibiendo por ello una retribución mensual), el día 2 de marzo de 2009 comunica al Sr. Carmelo que con efectos de 31 de marzo de 2009 cesaría la relación contractual que le unía con la sociedad; al día siguiente, 3 de marzo de 2009, el acusado reitera al administrador solidario, Herminio, su decisión, indicándole que continuará la actividad con otra persona; ese día el acusado deja de prestar servicios para la sociedad pasando a disfrutar las vacaciones pendientes.

Con anterioridad a esa fecha, el día 25 de febrero de 2009, el acusado envió varios correos electrónicos desde la cuenta de compostela@alfatres.com, conteniendo una carta estándar en Word personalizada a cada cliente para que la devolvieran firmada y sellada solicitando la baja de los servicios con Alfatres Compostela, S.L. con efectos de 31 de marzo de 2009.

Tras recibir los correos electrónicos numerosos clientes firmaron la carta contenida en los mismos haciéndosela llegar al acusado quien, el día 3 de marzo de 2009, en el domicilio social se las exhibe al administrador solidario, Herminio, con la intención de llevarse la documentación correspondiente a dichos clientes, a lo que se negó el Sr. Herminio por cuanto que en las cartas exhibidas se fijaba como fecha de rescisión de la prestación de servicios el día 31 de marzo de 2009, ausentándose el acusado del domicilio social.

El día 17 de marzo de 2009, el acusado en compañía de Julián, se presentó en el domicilio social exhibiendo unos documentos fechados el 5 de marzo de 2009 (con similar formato de la carta contenida en los correos electrónicos remitidos por el acusado el 25 de febrero de 2009), en los que clientes de Alfa Tres Compostela, S.L., solicitaban la entrega de su documentación, en el plazo de 5 días hábiles, autorizando a Julián para retirar la misma; ese mismo día el acusado y Julián, a pesar de constar la oposición de los demás administradores solidarios de la sociedad, se llevaron mucha documentación relativa a dichos clientes.

La finalidad pretendida por el acusado y por Julián era que el mayor número de clientes de Alfa Tres Compostela S.L. pasara a ser clientes de otra sociedad denominada Gestoría Rebo, S.L.P. de la que ambos eran socios y administradores y con un objeto social prácticamente idéntico al de Alfa Tres Compostela S.L.

Finalmente hasta un total de 23 clientes causaron baja como tales en Alfa Tres Compostela, S.L. y pasaron a ser clientes de Gestoría Rebo, S.L.P.; estos clientes constituían la práctica totalidad de la facturación de Alfa Tres Compostela, S.L., de tal modo que su pérdida determinó la disolución de la sociedad.

El día 2 de marzo de 2009, a la 18:11 horas, el acusado remitió un correo electrónico desde la cuenta de Alfa Tres Compostela, S.L., antes indicada a la dirección de correo electrónico Dirección000 (de la que es titular Julián) conteniendo un documento consistente en la plantilla en blanco que utilizaba la sociedad para envío de presupuestos a sus clientes, y que inicialmente fue enviada en formato Word y un minuto después en formato PDF.

CASO N.º 182

Los acusados D. Jeronimo y D. Argimiro trabajaron para Freelan consultoría de Servicios SL hasta el día 2/09/2005 en que decidieron marcharse de la entidad en la

que además de empleados (llevando el Sr. Jeronimo el tema contable y fiscal y el S. Argimiro temas laborales), eran socios.

Antes de su salida de Freelan, los acusados crearon la entidad Xpertos asesoramiento integral SL de idéntico objeto social en concreto el 3/08/2005.

Antes de dar por concluida su relación laboral, los acusados se hicieron de documentación en papel de clientes de Freelan (contratos, facturas) y con archivos informáticos de la empresa en que se recogía información tributaria de esos clientes (declaraciones tributarias), además de balances, contabilidades, escritos dirigidos a determinadas administraciones, contratos de trabajo, nóminas) con la finalidad de ofrecer la continuidad del servicio que venían prestando a esos mismos clientes pero ya como «Xpertos», alguno de los cuales ya les habían avisado antes de la fecha de su marcha de la intención de establecerse por su cuenta.

CASO N.º 183

La entidad «Alten España de Estudios, Servicios y Proyectos S.L.U», con sede social en Barcelona, es una empresa dedicada a la consultoría en ingeniería, y su actividad se centra en el desarrollo por parte de sus consultores ingenieros de proyectos que encargan otras empresas.

El día 16/10/2006, la empresa «Alten España de Estudios, Servicios y Proyectos S.L.U», por medio de su apoderado en ese momento, Fernando, celebró contrato de trabajo por tiempo indefinido con el acusado, Ernesto, mayor de edad, sin antecedentes penales, titulado superior, para la prestación de sus servicios como manager. Anexo al contrato de trabajo, el trabajador suscribió una cláusula de confidencialidad del siguiente tenor literal: «El trabajador, durante la vigencia del contrato, guardará total discreción sobre los datos técnicos y comerciales que conocerá por el ejercicio de sus Funciones, relativas a la empresa o a los clientes (...)».

En el mes de octubre de 2007, vigente la relación laboral con Alten, el acusado, conocedor de la constitución de una sociedad denominada «2001 Lagam 2007», con sede en Barcelona e idéntico objeto social que Alten, y que era una filial de una empresa francesa denominada «Ksiop», envió, desde el ordenador de la empresa, un correo electrónico, a la cuenta que Susana, ex trabajadora de Alten, tenía en ese momento en Ksiop como trabajadora que era de esta última. En dicho correo, que envió el día 10 de octubre, adjuntó un archivo que contenía el «curriculum vitae» de Carmen, ingeniera en plantilla de Alten. El día 17 de octubre envió otro correo a la cuenta de la Sra. Susana en Ksiop, en el que se refería a la negociación de sus condiciones salariales en vista a una futura incorporación a Lagam. El mismo día, el acusado envió un correo electrónico al administrador único de Lagam adjuntando su «curriculum vitae». Entre el 30 de octubre y el 7 de noviembre, fecha en la que extinguió su relación laboral con Alten, el acusado reenvió, desde el ordenador de la empresa a sus cuentas personales, numerosa información confidencial a la que tenía acceso en virtud de su relación contractual relacionada con aspectos esenciales de la actividad de la empresa como datos de clientes, currículos de ingenieros trabajadores de Alten, ofertas o propuestas de ejecución de proyectos enviadas por Alten a sus clientes, o solicitudes de propuestas de ejecución técnicas remitidas por los clientes de Alten.

El día 7 de noviembre el acusado cesó de manera voluntaria su relación laboral con Alten e inmediatamente después, comenzó a trabajar para Lagam poniendo a disposición de ésta toda la información que había recopilado de la empresa Alten.

12.2.2. *Jurisprudencia*

«La STS de 12-5-2008 analiza el art. 279 CP y efectúa las siguientes consideraciones: «...El art. 279 CP castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo privilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio.

Realmente, el elemento nuclear de este delito —como también del previsto en el art. 278 CP— es el «secreto de empresa». No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un «*numerus clausus*». Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva.

Así serán notas características:

- la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva),
- la exclusividad (en cuanto propio de una empresa),
- el valor económico (ventaja o rentabilidad económica),
- licitud (la actividad ha de ser legal para su protección).

Su fundamento se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien específicamente tutelado consistirá en la competencia leal entre las empresas.

Y su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o marketing) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa).

Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal. Y cabe incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, memorandums internos, etc.

En cuanto a la duración temporal de la obligación de guardar secreto se habrá de estar a la fuente del deber de reserva, esto es, a la norma o al contrato, según los casos.

El Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, que aprobó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, dispone en su art. 5 que son deberes laborales del trabajador: d) No concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley; precisando el art. 21.2 que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Por otra parte, la vulneración del secreto de empresa supone un comportamiento desleal previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Así, su artículo 13 señala que: «1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente» (SAP de Córdoba 532/2014 de 12/12/2014, LA LEY 200651/2014).

«no puede aceptarse que el artículo 279 en su segundo párrafo contemple un delito distinto del previsto en el primer párrafo del mismo precepto y, en consecuencia, la condena por la figura del segundo párrafo nunca ha podido vulnerar el principio acusatorio invocado por el apelante.

El citado párrafo contempla tan solo un subtipo atenuado (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 16-12-2008, n.º 864/2008, y 12-05-2008, n.º 285/2008) del tipo básico contemplado en el párrafo primero del citado precepto legal.

Los elementos del tipo son los mismos en uno y otro caso y, como señala la primera de las sentencias citadas, «en el párrafo 2 de este art. 279 se describe un subtipo atenuado (privilegiado), para los casos en que esa persona obligada a guardar el secreto lo utiliza en provecho propio. El beneficiario solo a sí mismo en principio deja más reducida la posibilidad de la competencia ilícita, que en el caso de que se difunda más allá».

El delito contemplado en el primer párrafo se comete cualquiera que sea el beneficiario de la información indebidamente revelada, pero si ese beneficiario lo es el propio obligado a guardar el secreto, será de aplicación el subtipo atenuado del párrafo segundo, precisamente porque, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo, se entiende que con ello se ha reducido el ámbito de difusión indebida del secreto de empresa y el consiguiente perjuicio causado a la misma» (SAP de Valencia 17/2014 de 07/01/2014, LA LEY 17949/2014).

* * *

«El art. 279 C. Penal tipifica la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quién tuviera legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Los tipos penales descritos en los artículos 278 y 279 se refieren de una manera amplia a los secretos empresariales; considerando la doctrina que puede entenderse toda la información relativa a la misma que es utilizada y conservada con criterio de confidencialidad y exclusividad, en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de las empresas competidoras, así refiriéndose a sectores técnicos industriales de relación y organizativos de la empresa; también puede considerarse secreto de empresa el conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, decide mantener ocultos. Así como aquellas informaciones, conocimientos, técnicas, organización o estrategias que no sean conocidas, fuera del ámbito empresarial y sobre los que existe una voluntad de mantenerlos ocultos por su valor competitivos. En éste concepto es cuestionable, pero admisible, que pueda constituir secreto de empresa el listado de clientes. Lo que no cabe considerar secreto de empresa es el conocimiento de los clientes que un trabajador haya adquirido como consecuencia del desarrollo de su actividad laboral o profesional.

En éste sentido la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.^a, de 24-11-2006, con relación a la competencia desleal, señala que no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencias profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún cuando dichas habilidades o capacidades se haya adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unos concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador.

En esta doctrina se basa la SAP de A Coruña, Sección 2.^a, de 25 de marzo de 2011 para absolver a la persona que había trabajado largos años en la empresa y conocía los clientes por su trayectoria laboral, descartando que se pueda hablar en estos casos de apoderamiento o utilización en provecho propio de un secreto de empresa.

Esta doctrina no es contradictoria con la sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2008. Analizando el problema de las listas clientes precisó que «Ciertamente los datos individuales de cada cliente no son secretos sino para el propio interesado; pero sí han de considerarse tales las listas de todos ellos que tienen las empresas para el buen desarrollo de sus actividades comerciales, con las cuales pueden desarrollar de modo adecuado su trabajo, máxime cuando se trata de gestorías administrativas, esto es, de sociedades o particulares que se dedican, además de a asesorar profesionalmente, a realizar los diferentes trámites ante organismos estatales, locales o institucionales, como en lo relativo a los pagos de impuestos, tasas, o cuotas de la Seguridad Social, mutualidades laborales, etc. Estas listas de clientes son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valer de esas listas para ofrecer su actividad negocial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes. Ciertamente las empresas tienen unos conocimientos derivados de esas listas que guardan celosamente en sus ordenadores que quieren mantener al margen del conocimiento de otras de la competencia».

La naturaleza secreta de la «lista de clientes» puede permitir la calificación como delictiva la conducta de quien utiliza una lista de esa naturaleza en provecho propio, lo que requiere la previa obtención y apoderamiento de esa lista. Pero no cabe confundir «lista de clientes» con el conocimiento personal de algunos de los clientes que obtiene un trabajador en el desempeño de su labor. Éste conocimiento adquirido por el trabajador que se ha dedicado a la comercialización de los productos de una compañía es personal y no constituye un secreto de empresa. De su uso, con perjuicio para la empresa, pueden proteger las normas legales o contractuales que vedan la concurrencia en la actividad durante la relación laboral o una vez esta ha concluido. Normas que contienen las correspondientes sanciones, laborales o civiles, ajenas al orden penal» (SAP de A Coruña 80/2012 de 29/06/2012, LA LEY 220023/2012).

* * *

«No es de aplicación el subtipo atenuado del párrafo segundo del art 279 CP, pues de la naturaleza de la información remitida y de las propias manifestaciones del acusado se deriva que no pretendía obtener ningún beneficio personal, sino simplemente, además de beneficiar a una compañera, perjudicar a la empresa para la que trabajaba, dando información a la competidora para que captara a una trabajadora de aquella. No estimamos que esta contratación, de haberse producido, habría beneficiado al acusado, pues sus incentivos estaban en función de su trabajo, no en función del de otros compañeros» (SAP de Barcelona 836/2011 de 26/09/2011, LA LEY 220043/2011).

* * *

«El tipo del art. 279 aplicado, se caracteriza por la infracción de un deber extrapenal específico de guardar secreto que, —según entiende la doctrina— independientemente de la eventual cláusula de duración contractual determinada, se encuentra vigente, respecto de las personas que cesan en la empresa, mientras esté en condiciones de aportar un valor económico. Y, en este supuesto, a ello se añade el compromiso —pactado por el recurrente, explícitamente, con la empresa— más allá de la extinción laboral, prolongándose durante dos años a partir de tal cese.

El recurrente incurrió en la conducta típica de cesión (dentro de la que, sin duda hay que incluir la autocesión) de un secreto de empresa, contraviniendo la obligación legal que como fuente de la reserva, le venía impuesta por su condición de empleado

de la empresa y por su contrato laboral, accediendo -también con toda lógica- a tal información durante la vigencia del contrato y antes de extinguirse la relación laboral. Ello tal como revela el factum, al decir que: «como empleado de la empresa «Industrias de Fijación Técnica, S.A.», con la categoría de Director Comercial, cuyas relaciones laborales se extinguieron en 31-10-2001... abrigando la idea —junto con otros dos acusados— de instalarse por su cuenta, recopiló datos comerciales de la empresa, tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenía acceso en el ejercicio de sus funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el mercado, en clara competencia con «Técnica».

En quinto lugar, es cierto que la figura penal aplicada, como delito de tendencia que es (Cfr. STS n.º 1607/2000 (LA LEY 3281/2001), de 16 de febrero), requiere dolo, y por ello es concebible el error, especialmente sobre el deber de especial sigilo, cuando el sujeto cree que ha terminado tal obligación. Y ha dicho esta Sala (Cfr. SSTS 275/2006, de 6 de marzo (LA LEY 21223/2006); de 11-6-2007, n.º 542/2007 (LA LEY 60965/2007)) que el dolo se excluye cuando el autor ha obrado con error sobre la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, es decir, por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o los hechos constitutivos de la infracción como expresa el artículo 14 del Código Penal. Sin embargo, también es doctrina jurisprudencial consolidada (Cfr. SSTS de 13-11-89; 13-6-90; 22-1-91; 25-5-92; 7-7-97; y, de 16-2-2006, n.º 171/2006 (LA LEY 17956/2006)) que no basta la mera alegación del error, sino que es necesaria su probanza por quien lo invoca, debiendo tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como de instrucción y asesoramiento del mismo» (Sentencia del Tribunal Supremo 285/2008 de 12/05/2008, LA LEY 74050/2008).

12.3. El delito de revelación de secretos de empresa sin tomar parte en su descubrimiento (Art. 280)

12.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 184

Los acusados D. Tomás, D. Juan María y D. Víctor Manuel, sin antecedentes penales, eran empleados de la empresa «Industrias de Fijación Técnica, S.A.» —denominada en su entorno simplemente como «Técnica»—, dedicada al suministro y distribución de repuestos de maquinaria industrial y automoción, herramientas, utillaje diverso y demás productos y accesorios derivados, con las respectivas categorías de Director Comercial, Jefe de Producto y Responsable de Compras, cuyas relaciones laborales se extinguieron en fechas 31 de octubre de 2001, 25 de abril de 2002 y 26 de marzo de 2002, según el orden en que se les ha citado. Y como quiera que los dos primeros abrigaban la idea de instalarse por su cuenta, recopilaron datos comerciales de «Técnica», tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenían acceso en el ejercicio de sus funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el mercado, en clara competencia con «Técnica».

Tomás, Juan María y Víctor, sabedores de su deber de guardar sigilo de los datos que habían obtenido, se pusieron en contacto con Roberto S., cuñado de Tomás, y le propusieron que el montara la empresa con los datos que le iban a proporcionar, y que

una vez transcurridos los dos años por los que tenían el deber de guardar sigilo, cada uno de ellos tendría el 25% de las participaciones de la empresa.

El día 8 de mayo de 2002 Roberto procedió a crear la Sociedad civil Rodatos con los datos comerciales que le había proporcionado Tomás, Juan María y Víctor Manuel que comprendían la catalogación de los productos de «I. F. Técnica, S.A.», su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes, y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial, que nacería así perfectamente situada en el sector.

Tomás, Juan María y Víctor Manuel se hallaban obligados con «Técnica» por un pacto de no competencia durante dos años a contar de la fecha en que se extinguiera su relación laboral, bajo la responsabilidad de indemnizar en otro caso a dicha empresa con una determinada cantidad, actualizable anualmente.

CASO N.º 185

El acusado Constantino, mayor de edad y sin antecedentes penales, entre los meses de enero a octubre de 2002 estuvo prestando sus servicios como transportista autónomo para la empresa Central de Mensajeros Sociedad Cooperativa Limitada, entidad dedicada al transporte de paquetería, realizando el acusado labores de reparto. Tras dejar dicha empresa el acusado comenzó a prestar sus servicios en otra distinta del mismo sector, hasta que en marzo de 2003 se independizó creando su propia empresa denominada M.T.A.X. En ella Constantino comenzó a hacer uso de la cartera de clientes que Central Mensajeros, S.C.L. tenía, al conseguir, sin que conste quien se lo facilitase, del sistema informativo de Central de Mensajeros, S.C.L. el listado de sus clientes, que fue obtenido desde alguno de los ordenadores de la empresa, en hora no determinada del día 7 de enero de 2003, lo que le supuso una reducción de encargos a Central de Mensajeros, S.C.L.-. Posteriormente, como quiera que Constantino quiso dejar la actividad que había abierto por su cuenta, se puso en contacto con Alonso, transportista que trabajaba en el mismo sector de paquetería, al que le ofertó la venta de la cartera de clientes obtenida de Central Mensajeros sin que el Sr. Alonso conociera su origen, operación que finalmente se llevaría a efecto, siendo vendida por Constantino la referida cartera comercial por el precio de 9.000 €, de los cuales solo recibió 6.000 € en pago adelantado en fecha 3 de octubre de 2003, comprometiéndose el acusado a gestionar la efectividad del traspaso, y a informar a los clientes del nuevo transportista que iba a seguir prestando servicios. No obstante, las expectativas que Alonso se había hecho no se cumplieron, por lo que no abonó el resto del precio pactado.-. La acusada Pilar, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajó como administrativa en Central de Mensajeros, S. C.L. desde julio de 2002 a marzo de 2003, mes en el que se dio de baja voluntaria al encontrar otro empleo en la empresa Lozano Transportes S.A.U. (REDUR) que mejoraba sus condiciones salariales. La acusada conoció a Constantino por haber coincidido entre julio a octubre de 2002 en Central de Mensajeros, S.C.L., mas no consta que hubieran mantenido ninguna relación laboral, mercantil o personal.-. Hechos probados que como tales se aceptan, debiendo añadirse que «No ha quedado acreditado que el acusado Constantino se apoderase personalmente, ni siquiera a través de persona intermedia de los datos o documentos relativos a los clientes de la empresa y al listado de los mismos, por formar parte de una base de datos informática de la empresa a la que el acusado, por su condición de repartidor no tenía acceso, sin que se haya podido probar ni conocer la persona que extra-

jo dicha información del sistema informático de la empresa, la imprimió y, posteriormente, la entregó al acusado.

CASO N.º 186

El acusado Constancio, médico, personal laboral del IBSALUD, circunstancia que le equipara a la condición de funcionario, aprovechándose de tal condición y utilizando su número de usuario y contraseña personal entró repetidamente, sin autorización y sin que mediara relación asistencial entre ellos —hasta en un total de veinticinco ocasiones y en el período comprendido entre el 11 de enero de 2010 y 25 de febrero de 2011— en la base de datos del IBSALUD para consultar las historias clínicas de sus pacientes en la Zona Básica de Salud (ZBS) de Playa de Palma, D.^a Eva, D. Raimundo, D.^a Pura, D.^a Amelia y D.^a Flor; descubriendo con su proceder datos reservados de estas personas de especial relieve (salud) y por tanto, vulnerado su derecho constitucional a la intimidad personal.

El acusado Constancio procedió con los datos obtenidos de su consulta en la base del IBSALUD, a entregárselos a hermano Natalio que era dueño de la Policlínica El Levantes, para que hiciese uso de esos datos a los efectos de contactar con ellos para ofrecerles sus servicios en el convencimiento de que los datos proporcionados por Constancio tenían un origen legal, por considerar normal la conducta de Constancio que había sido conducta habitual durante el año anterior en otras ocasiones.

12.3.2. *Jurisprudencia*

«El artículo 280 del C.P. castiga al que, con conocimiento de su origen ilícito y, sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

De la actuación del acusado se infiere con meridiana claridad, que conocía el origen ilícito del listado de clientes, precisamente porque no tenía acceso al mismo y también por sus actos ulteriores. Ahora bien, sentado que el autor material del apoderamiento no fue el acusado, según lo acreditado y probado en el procedimiento, resulta de aplicación el mentado precepto, que recoge una figura residual de encubrimiento o receptación aplicable al que ha conocido los secretos empresariales, pero no ha tomado parte en su descubrimiento, mediante el apoderamiento del mismo» (SAP de Zaragoza 564/2008 de 16/10/2008, LA LEY 292519/2008).

* * *

«(...)conducta prevista en el Art. 280 del C.Penal ha de señalarse, que debe considerarse secreto de empresa aquel que se encuentre relacionado con la actividad de una empresa y en cuyo mantenimiento tiene el empresario un interés económico; toda información relativa a la empresa, detentada con criterios de confidencialidad y exclusividad en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de empresas competidoras, por lo tanto han de entenderse secretos de empresa tanto los aspectos que afectan a la parte técnica de la empresa como los métodos de producción, como los relativos al ámbito comercial, como cálculos, estrategias de mercado o listas de clientes, siendo preciso que quien revele los secretos no haya tomado parte en el descubrimiento y conozca el origen ilícito de la información que se difunde.

Así las cosas es evidente que en el presente caso el documento difundido no sólo no consta como antes se ha dicho que el acusado conociera su origen ilícito, sino que su contenido no puede tampoco entenderse como secreto de empresa por cuanto era evidentemente conocido por los pilotos y trabajadores de la empresa recurrente, como bien razona el juez de instancia al existir procedimientos en la jurisdicción laboral sobre la resolución de los contratos de trabajo y abono de dietas por desplazamiento a otras bases añadiendo que el fin perseguido no era sino poner de manifiesto la irregular forma de proceder de la empresa, por lo que y estimando acertados los razonamientos de la sentencia impugnada, que se dan por reproducidos, así como las numerosas citas jurisprudenciales que apoyan los pormenorizados fundamentos de derecho de la resolución impugnada procede desestimar el recurso interpuesto» (SAP de Asturias 205BIS/2003 de 14/07/2003, LA LEY 123473/2003).

* * *

«Otro tanto pude decirse en cuanto a la inaplicación del tipo del artículo 280 que también se cuestiona, puesto que al requerir el tipo «el que el sujeto activo no haya tomado parte en el descubrimiento», el mismo requiere que ya haya sido descubierto, es decir, una conducta ajena y previa de un tercero, podría, en su caso, incardinarse la conducta en los tipos del artículo 278, pero es lo cierto que su aplicación, aparte de que la pericial no acredita extremo alguno relativo a datos de carácter confidencial o secreto relativo a los sistemas de control, vulneraría el principio acusatorio en cuanto que ninguna acusación se ha formulado por dicho tipo» (SAP de Zaragoza 73/2011, de 16 de febrero [JUR 2011\243238]).

12.4. El delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad (Art. 281)

12.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 187

Se declara probado que Panescu, Asociación española del Pan, que tiene el monopolio en la elaboración y distribución de pan y sus derivados, acordó por unanimidad de todos sus socios, fijar un nuevo precio de venta diez veces más elevado para el pan común en su modalidad de mayor consumo, precio que habría de aplicarse a partir del 1 de abril de 2014 en sustitución de los precios, menores y también concordantes, que la mayoría de los expendedores venía cobrando con anterioridad a esta fecha; que el acuerdo fue seguido por unanimidad por todos los empresarios, y que los precios recomendados se mantienen durante el resto de 2014 y hasta una fecha indeterminada de 2016 en que son sustituidos por unos nuevos precios, otra vez más elevados.

CASO N.º 188

Marcelo X, mayor de edad y sin antecedentes penales, es Presidente y accionista mayoritario de la mercantil Gaseol, cuyo finalidad es el transporte y suministro de gas natural minorista a los consumidores.

Roberto C. mayor de edad y sin antecedentes penales, es Presidente y accionista mayoritario de la mercantil Gas Natura, cuya finalidad es el transporte y suministro de gas natural a los consumidores.

Las mercantiles Gaseol y Gas Natura suministran el 95% del gas natural que se distribuye en España.

Marcelo X y Roberto C. el 15 de octubre de 2015, se reunieron en el Hotel Palacio de Madrid, y tras dos horas de conversaciones, decidieron ante la previsión de acercarse un invierno frío, que a partir del 1 de enero de 2016, haciendo caso omiso las recomendaciones del Gobierno y a sabiendas de sus consecuencias, que no iban a suministrar gas natural hasta que se elevase el precio diez veces el valor actual.

Así las cosas el día 10 de enero de 2016, España se encontraba bajo una ola de frío polar, llegando a alcanzarse en el 90% del territorio español temperaturas de -18 grados, a pesar de tales circunstancias Marcelo X y Roberto C. como máximos responsables de las mercantiles distribuidoras de Gas natural, no desistieron en su empeño de obtener grandes beneficios por lo que no abastecieron gas a los domicilios de los consumidores.

CASO N.º 189

El día 16 de enero de 1996 la Asociación de Harineras de Cabo de Cruz, con domicilio en sita Calle Campotrigo en Boiro, tenía la intención de procurar la distribución de harina blanca a los panaderos de toda España. Ello motivó que harineros de otras zonas de España se organizaran en un grupo muy numeroso de personas con el fin de impedirlo por el descontento que existía en relación a los precios de mercado, puesto que pensaban que un desabastecimiento de harina a nivel nacional supondría una subida de precios, entre las personas que se encontraban en el grupo estaban los acusados Manuel C. O., José L. L. y Manuel C. I., mayores de edad y sin antecedentes penales.

Sobre las 8,25 horas de ese día un grupo de unas 30 personas encabezadas por el acusado Manuel C. O. impidió la entrada del camión OR-G propiedad de Harinas Arcade S.L., que se dirigía a cargar harina. Una vez apeado el conductor, el propio Manuel C. O. trató de quitar el freno de mano del vehículo a la vez que el grupo comenzó a empujarlo con la intención de arrojarlo al mar, lo que fue evitado por miembros de la Guardia Civil, que no evitó que desde ese grupo se lanzaran piedras, habiendo alcanzado una de ellas al citado camión, causándole desperfectos valorados en 60.000 euros.

El acusado Manuel C. I. durante la mañana de ese día estuvo haciendo acopio de piedras y amontonándolas con el pie, para facilitar al grupo la tarea de lanzarlas para impedir la carga de harina en la Asociación de Harineras de Cabo de Cruz.

Sobre las 19 horas del mismo día 16 se reanudó la carga de harina en el camión PO-AM y cuando éste estaba cargado y se disponían a cargar el camión OR-G, alrededor de las 20,30 horas, se reprodujeron los incidentes por parte del grupo capitaneado por el Sr. C., mediante el lanzamiento de piedras, habiéndose llegado a rajar la rueda de este segundo camión para impedir su maniobrabilidad.

12.4.2. *Jurisprudencia*

No se ha encontrado jurisprudencia en relación al tipo a la fecha de la elaboración del presente trabajo.

12.5. El delito de publicidad engañosa (Art. 282)

12.5.1. Casos Prácticos

CASO N.º 190

En los primeros meses del año 1997, Román A. O. (mayor de edad y sin antecedentes penales), de común acuerdo con su entonces esposa y también aquí acusada Natalia G. C. (mayor de edad y sin antecedentes penales) entró en conversaciones con Fernando N. M., al que conocía de algunos años atrás y sabía era Director de una Escuela Superior de Marketing con sede en Valladolid y homologada por la Universidad de Hertfordshire, con el fin de recabar su asesoramiento y mediación para constituir en Granada una Escuela de Turismo cuyos estudios pudieran obtener también la homologación de dicha Universidad británica. Y, en efecto, merced a la influencia y mediación del señor N., Román A., con la estrecha colaboración siempre de su mujer que conocía la lengua inglesa, logró ponerse en contacto con el señor Howard D., Coordinador Internacional de Planes de Estudios de la citada Universidad, y el 14-5-1997 le dirige la primera carta en la que le envía ya el proyecto de Licenciatura en Dirección y Gestión Turística Europea que tenían los acusados. A partir de esta fecha y hasta el 22-1-1998, son numerosos e intensos los contactos y conversaciones que se suceden entre Howard D. y los acusados todos ellos encaminados a lograr la validación por la Universidad Inglesa de la Licenciatura de Estudios turísticos que éstos anhelaban poner en marcha ya en su todavía embrionaria Escuela Superior de Turismo Europeo (en adelante ESTE) cuya escritura pública de constitución como Sociedad de Responsabilidad Limitada no se formalizaría hasta el 10-9-1997, funcionando desde entonces como sociedad irregular hasta su inscripción en el Registro Mercantil el 2-2-1998. La mayoría de estos contactos entre D. y los acusados se efectuaba telefónicamente y por carta, sobre todo vía Fax, pero también llegaron a producirse, al menos, dos encuentros personales. El primero de ellos tuvo lugar en el mismo Hertford el 23-6-1997 a donde se desplazó expresamente el señor A. para entrevistarse con aquél. El segundo encuentro fue casi un mes después, en Granada, en donde permaneció el señor Howard varios días (del 19 al 24 de julio) durante los cuales visitó tanto las oficinas de la sociedad de los acusados (sitas en Plaza01 de esta ciudad) como el nuevo edificio e instalaciones de la Escuela. Y así mismo acudió, ocupando la mesa presidencial e interviniendo activamente, al acto público de presentación de la Escuela Superior de Turismo Europeo que tuvo lugar en el Hotel Meliá de la misma ciudad el día 21-7-1997 y del que informó tipográficamente y fotográficamente el periódico Crónica en su edición del 23-7-1997. Esta visita a Granada del Coordinador de la Universidad de Hertfordshire, de la que quedó muy satisfecho, sirvió para dar un fuerte impulso al proceso de validación emprendido, merced a las conversaciones personales mantenidas entre las partes, documentación examinada y discusión acerca de los muy diferentes aspectos del proyecto (objetivos de cada curso, horas lectivas, profesorado, etc.) y documentación aún pendiente. Muestra de ello es el Fax que el 28-7-1997 (es decir, poco después de retornar a Inglaterra) envía Howard D. al acusado Román A. ofreciendo proponer a sus colegas en septiembre, cuando volviera de vacaciones, la fecha de propuesta de homologación, recabando no obstante la remisión de más documentación mientras tanto.

En septiembre de 1997 el proceso de homologación había avanzado bastante pues la mayoría de la documentación exigida por Howard D. había sido ya suministrada por los acusados aunque aún quedaban pendientes de efectuar algunas modificaciones

y revisiones de documentos complementarios que, resultaban imprescindibles para poner término a esa primera (y más duradera) fase del expediente homologador (conocida como «puesta en práctica de la franquicia»), pues, en realidad, una vez superada ésta, la segunda y última (constituida por la decisión interna de aprobación por la Universidad Inglesa y ulterior visita de representantes de ésta a la escuela homologada para estampar su firma) tenía un contenido esencialmente formal y solemne. Pese a encontrarse aun así el expediente de validación, los acusados, dado el buen ritmo de las negociaciones, y actitud que percibían en su interlocutor el señor D., no sólo daban por seguro el resultado exitoso de la misma sino que también tenían la convicción de su pronta culminación y de que, en última instancia (tal y como había sucedido con la Escuela de Marketing de su amigo Fernando N.) de retrasarse aquella podría quedar homologado retroactivamente el primer curso de Licenciatura que impacientemente querían iniciar ya a primeros de noviembre. El propio Howard D., que estaba enterado de estos planes, no sólo no puso reparo alguno sino que llegó a animarles a ello, tal y como más tarde les diría por escrito en un Fax de 17-10-1997 en el que, entre otras cosas, confesaba conocer cómo los acusados contaban ya con 25 estudiantes. Conocimiento este que volvería a confirmar en otro Fax posterior de 20-11-1997 en el que textualmente manifestaba estar «encantado» de que hubiera empezado ya el curso con ese número de alumnos. Por tales motivos, los dos acusados deciden de mutuo acuerdo iniciar ya en ese mes de septiembre una campaña de divulgación de sus estudios a través de anuncios en prensa y radio y editando miles de folletos y trípticos. En este mismo contexto divulgativo se enmarca el acto de presentación pública de su Escuela que bajo la presidencia del entonces Alcalde de Granada y con la asistencia de otras personalidades se celebró el 19-9-1997 en el Palacio de Exposiciones y Congresos de esta ciudad y del que se hizo eco informativo del periódico Ideal del día siguiente. La campaña publicitaria en la red escrita se tradujo en la contratación de, al menos, dos «faldones» de idéntico contenido en el periódico antes mencionado que ven la luz los días 7 y 20 de septiembre. En ambos, junto al nombre y anagrama de la Escuela aparece el nombre y anagrama de la Universidad de Hertfordshire, y sobre éstos la frase «En asociación con la Universidad Estatal». Ello no obstante bajo la rúbrica «Titulación universitaria oficial en toda la Unión Europea» se recogía, aunque en letra mucho más pequeña, la expresión «Homologación en curso». También a los mismos fines publicitarios, editan los acusados y ponen en circulación múltiples folletos y trípticos sobre la Escuela y sus innovadores estudios de «Licenciatura en Dirección y Gestión de Empresas Turísticas». La portada de estos últimos (de los que se editaron miles) aparece enteramente ocupada por una vista parcial de la Universidad británica y sobre parte de ella se sitúa un recuadro blanco en el que figuran los nombres y anagramas de la Universidad de Hertfordshire y la ESTE con la expresión: «Master Degree In Tourist Business Administration concedida por la Universidad de Hertfordshire». Ya en el interior de los trípticos, junto a reiteradas referencias a esta Universidad, se hace constar dentro del cuerpo del texto escrito, situado al lado de una fotografía de la acusada, lo siguiente: «tras la firma del convenio entre ambas instituciones en 1997 (se refiere a la Universidad británica y a la Este) hizo posible que los estudios de la Escuela Superior de Turismo Europeo pasaran a estar homologados por dicha Universidad. De este modo, al terminar la carrera, los alumnos obtienen el Mastar Degree in Tourist Business Administration concedido por la Universidad de Hertfordshire».

Como consecuencia de esta campaña divulgativa y publicitaria de la que tienen conocimiento directo o indirecto (por terceras personas), numerosos jóvenes acuden a las oficinas de la Escuela para informarse más ampliamente. Allí, y con pleno cono-

cimiento de los acusados, se les entregan folletos y trípticos como los ya descritos. Entre estos jóvenes figuraban Gustavo A. S. D., Noemí C. P., Fidela V. M., Antonia M.^a A. G., Ana María C. T., Beatriz G. G., Ángeles C. A., Ana M. L. y Carlos F. G. Éstos formalizaron su inscripción en la Escuela en muy diferentes días del mes de octubre de 1997 rubricando con su firma unos idénticos contratos-tipo prerredactados por el Centro educativo en los que (una vez más) junto al nombre y membrete de la Este aparecía también el nombre y anagrama de la Universidad británica y la frase «En asociación con la Universidad Estatal». En la cláusula 21 de estos documentos se hacía constar que «las enseñanzas impartidas por la Escuela no conducen a la obtención de un título oficial con validez académica en España por el momento, aunque sí a la obtención del título de Bachelor in Tourist Business Administration reconocido en los países de la Unión Europea». Y en la estipulación 51 se hacía constar que la Escuela «tiene firmado» con la Universidad de Hertfordshire un convenio bilateral tendente a la obtención de ese título. Por parte de la Escuela la mayor parte de estos contratos los firmaba la Presidenta o Directora de la misma la acusada Natalia G. Otros los firmaba, por tener autorización de los acusados, una empleada del Centro llamada Rebeca, más conocida como «Bequi», que estaba encargada de la Secretaría y de la atención al público. En cualquier caso, era esta mujer la que, antes de la firma de cada contrato, entregaba a los interesados los trípticos publicitarios antes mencionados y les informaba de las condiciones y características de los estudios y de la Escuela. Ha quedado probado que esos trípticos se entregaban a los futuros alumnos tal y como salieron de imprenta es decir, sin ningún tipo de sello o estampilla que mediante la expresión «homologación en curso» o similar reflejase la verdadera situación de la Escuela en relación con la Universidad Inglesa. También ha quedado probado que esto era conocido y consentido por los dos responsables máximos de la Escuela. No ha quedado esclarecido, sin embargo, si todos o algunos de los alumnos, antes de la firma del contrato, fueron o no informados verbalmente por Natalia G. o su empleada, de la verdadera situación de la Escuela e ese punto. Es decir, que ésta se hallaba aún en trámite de homologación con aquella Universidad. En cualquier caso, se produjera o no esta importante aclaración sobre la homologación, o que sí ha quedado acreditado es que, por un lado, los alumnos (provenientes algunos de otra Escuela oficialmente reconocida) suscribieron esos contratos y abonaron sus matrículas plenamente confiados en que el curso que iban a realizar le sería validado por la Universidad de Hertfordshire. Y, por otro, también ha quedado acreditado que igual o similar confianza (asentada en esas conversaciones y avanzadas negociaciones con el señor Howard D. ya referenciadas) tenían los acusados, cuando firmaron (o consintieron que se firmaran) esos contratos, de que el curso en que se matriculaban los querellantes tendría la anhelada homologación de la Universidad británica. Dicho de otro modo, los acusados formalizaron esos contratos guiados del firme propósito de cumplirlos y convencidos de que podrían hacerlo, pues daban por hecho que la validación llegaría, con efectos retroactivos, antes de la finalización de ese curso.

Pero, por causas que no han quedado suficientemente esclarecidas, el proceso de homologación se trunca brusca e irreversiblemente en enero de 1998. Después de las Navidades cierto descontento entre algunos alumnos de la Escuela motiva algunas reuniones entre ellos. Esto, unido a ciertas sospechas que empiezan a cundir relativas a la homologación, les lleva a tomar la decisión de contactar directamente con la Universidad británica. Como respuesta a la llamada telefónica que se realiza, el día 22-1-1998 se recibe en el domicilio de uno de los alumnos de la Escuela (Carlos F. G.) un Fax de esa Universidad firmado por Howard D. en el que se niega que ésta tenga colaboración con la Este. Previamente a esto, ya el padre de ese joven, don Arturo F. M., alar-

mado, tal vez, por cierto reportaje informativo publicado el 20-1-1998 en el diario El País con el que se alertaba sobre ciertos fraudes de Centros Privados que ofrecían licenciaturas extranjeras no homologables, había efectuado indagaciones sobre el particular ante el Ministerio de Educación, La Junta de Andalucía y el Consulado Británico de Málaga. Ni que decir tiene que la recepción de ese Fax provocó un enorme revuelo entre los estudiantes, quienes, tremendamente enfadados, demandaron explicaciones de los responsables del Centro, Román A. y Natalia G. Pero las que éstos daban (con apoyo, incluso, en otro Fax de 17-10-1997 de Howard Dunton ya referido) ni convenían ni calmaban el ánimo de los alumnos. Optan entonces éstos por convocar a los pocos días una reunión informativa con los alumnos y sus padres a la que invitan a Fernando N. para que los apoye. Esta tiene lugar en el Hotel Tryp de esta ciudad y duró casi dos horas en ella el señor N., acompañado de Román A., explicó a los asistentes (entre los que había varios padres de alumnos) la situación real de la Este y como era bastante normal, según él, que el curso se hubiera iniciado sin haber culminado previamente el proceso de validación, poniendo como ejemplo lo ocurrido con su propia Escuela de Valladolid. Pero ni esa reunión en el Hotel Tryp ni las alternativas paliativas que los acusados propusieron logran poner fin al descontento ni, por supuesto, se consiguió ya volver a retomar y encarrilar el proceso homologador definitivamente sepultado. Y así, la mayor parte de los alumnos se dieron de baja en la Escuela a finales de ese mismo mes, entre ellos, Ana María C., Carlos F. G., Beatriz G. G. y Antonia A. G. Otros, los menos, aceptaron tomar la alternativa que los acusados les propusieron de desplazarse a Valladolid a continuar sus estudios en la Escuela Superior de Turismo de esa ciudad (reconocida oficialmente), y otros (entre los que figuraban Angeles C., Noemí C., Fidela V., Gustavo A. S. y Ana M. L.) optaron por finalizar el curso en la misma Escuela de los acusados. Los que quedaron aquí pudieron cursar sus prácticas en empresas con las que la Este concertó colaboración, tal como Hotel Corona, Hotel Saray y Hotel Alixares así como el Patronato Provincial de Turismo de Granada. Ello no obstante, y pese al Convenio que la Este suscribió el 30-1-1998 con la Escuela Superior de Turismo de Valladolid para la convalidación del curso, tampoco les fueron convalidadas las asignaturas aprobadas cuando en el curso siguiente pretendieron matricularse en la Escuela Superior de Turismo «Alhama» de Granada. Convalidación que no pudieron lograr estos cinco alumnos a pesar de los ruegos que la acusada Natalia G. realizó al Director del Centro Antonio G. A. Entre noviembre de 1998 y febrero de 1999, esta acusada devolvió a los ex alumnos Gustavo S., Ana M., Ángeles C. y Noemí C. cada una de las 40.000 ptas. que después de enero de 1998 habían abonado éstos a la Escuela en concepto de cuota extraordinaria para que en el curso iniciado pudiera convalidarse con la Escuela Superior de Turismo de Valladolid. Por último, añadir que cada uno de los 5 alumnos que cursaron el curso completo 1997-1998 en la Este abonaron un total (entre matrícula y mensualidades) de 2.100 €. Y cada uno de los cuatro que se dieron de baja a finales de enero del 98, abonaron un total de 1.000 €.

CASO N.º 191

Balbino, constituyó en el mes de octubre del año 1993 la empresa Chacón Farmacéutica, SA., cuyo objeto social lo constituía la realización de trabajos de investigación farmacéutica y registro farmacéutico, y la comercialización, compra y venta de productos farmacéuticos, a pesar de no aparecer registrada como laboratorio farmacéutico.

Uno de los objetivos de dicha sociedad, cuyos administradores solidarios eran Balbino y su padre, Jesús Luis, fue la producción y comercialización del producto biobac, encontrándose las oficinas de distribución de dicho producto en la finca de los

Fresnos, sita en la carretera... km 4, perteneciente al término municipal de San Lorenzo de El Escorial, domicilio también del acusado Sr. Balbino, y el domicilio social de la citada empresa se hallaba en la calle001 núm.001, de la misma localidad.

Para dicha finalidad, es decir la comercialización del Bio-bac, la empresa del Sr. Balbino contaba con la colaboración de la empresa Laboratorios e industrias Iven SA., con domicilio social en el polígono industrial de Vallecas, calle002, de la localidad de Madrid, cuyo consejero y director general, Sr. Félix, concluyó con el Sr. Balbino los contratos de producción y venta del Bio-bac para uso humano. Dicha empresa estaba autorizada para la elaboración de productos veterinarios y, por lo tanto, carecía de la pertinente autorización por parte del Ministerio de Sanidad para actuar como laboratorio farmacéutico en la elaboración de productos de uso humano.

En dicho laboratorio se elaboraban los medicamentos ilegales distribuidos, posteriormente, por la empresa farmacéutica Chacón, siendo en esta empresa donde se etiquetaban, empaquetaban y almacenaban los productos previamente embotellados en Iven, utilizando para su producción botellas de plástico, tapones termo-sellables y una precintadora.

En el citado laboratorio veterinario fueron hallados en la entrada y registro la cantidad de 20.000 envases de Bio-bac.

La empresa farmacéutica Chacón comercializó el producto que patentó el acusado en el año 2000, en dos formas de presentación: El Bio-bac oral, y el Inmunobiol o inyección intramuscular.

El producto del que deriva Bio-bac, Fr91, cuyo inventor fue el padre del acusado, no cumplía con la legislación vigente en relación con los medicamentos, y por ello, requerido el inventor para su adecuación, al no cumplir el requerimiento, el Ministerio de Sanidad, con fecha 3 de diciembre de 1986, dictó resolución en la que declaraba que la autovacuna para la inmunoterapia específica de las enfermedades producidas por enzimas vivientes inactivados, no podía ser considerada como medicamento ni como fórmula magistral por no haber quedado acreditada su eficacia clínica, calidad, seguridad y pureza, siendo dicha resolución recurrida en su día y confirmada por la sección cuarta de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo) por sentencia dictada con fecha 4 de enero de 1990; dicha sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo que a su vez la confirmó por sentencia firme de fecha 11 de mayo de 1992.

Posteriormente, Balbino sometió el producto a unos ensayos clínicos con la finalidad de obtener, de nuevo, la autorización por la administración sanitaria del medicamento, pero dichos ensayos, realizados en pacientes aquejados del virus VIH, y de artrosis de cadera y de rodilla, correspondieron a un desarrollo clínico incompleto e insuficiente para las dos patologías estudiadas, la artrosis de rodilla o de cadera y la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana, y no constituyeron prueba suficiente de la eficacia y seguridad del FR91 en el tratamiento de dichas patologías.

A pesar de ello, el acusado procedió, a través de su farmacéutica y con la colaboración de Laboratorios Iven, a producir y comercializar el producto como medicamento.

La comercialización del producto Bio-bac se realizaba, bien a través de médicos que creían se trataba de un medicamento, bien a través del boca a boca llamando a los teléfonos de la centralita instalada en la empresa Chacón Farmacéutica, o bien a través de la página web www.biobac.com.

En la información escrita ofrecida a los distintos consumidores del producto Bio-bac, se hacía constar que se trataba de un producto natural y se recomendaba usar el mismo como prevención.

En el prospecto que, igualmente se entregaba a los pacientes, el Bio-bac se presentaba como un producto natural y a la vez, y como propiedades del mismo, se señalaba que era inmunoestimulante, antimetastásico y condroprotector, refiriendo que su acción se basa en el incremento y activación de los linfocitos T que se produce de forma continuada y sostenida, incremento de los sinoviocitos y acción citotóxica selectiva.

En el apartado de «indicaciones» se hacía constar lo siguiente: «trastornos por inmunodeficiencia celular primaria, SIDA. Como estimulante de las defensas orgánicas; está también indicado en inmunodeficiencias secundarias a enfermedades o fármacos y en general como tratamiento coadyuvante de terapias específicas en aquellos procesos neoplásicos o infecciosos, en los que exista un déficit de la inmunidad celular. Osteoartritis, enfermedades virales, hepatitis, cáncer, sida».

Asimismo, a los médicos que decidieron prescribir el producto se les entregaba una información, en la que se hacían constar las propiedades terapéuticas señaladas anteriormente, señalando que en clínica humana en estudios de fase I, Biobac produjo un incremento significativo de las células de la serie blanca en voluntarios sanos; en estudios más avanzados y en pacientes de Sida, con cifras Cd4 inferiores a 200 cels/ml, Biobac incrementa el número de linfocitos aumentando significativamente CD4 y CD8 en estos pacientes, después de dos meses de tratamiento, mejora de forma significativa el estado general de los pacientes en su actividad diaria; en enfermos afectados de artrosis (gonartrosis y coxartrosis) disminuye el dolor medido en términos de la escala Evad y aumenta la movilidad y los índices funcionales de las articulaciones afectas. En relación a estos efectos la eficacia se muestra a los 15 días siguientes a la iniciación del tratamiento.

A través de la centralita instalada en la finca de los Fresnos desde la que se procedía a la comercialización del producto Bio-bac, (teléfonos.....), los empleados del acusado, Sr. Balbino, entre los que se encontraba Santiago, quien prestaba sus servicios como secretaria del Sr. Balbino, así como Julio, contratado en un principio como biólogo de laboratorios Iven y, posteriormente, por Farmacéutica Chacón, informaban a las distintas personas que solicitaban información del producto Bio-bac, que el mismo era un antimetastásico, a pesar de que, a la vez se indicaba que se trataba de un producto natural.

De igual forma, la telefonista, en numerosas ocasiones, indicaba a la persona que llamaba que habían tenido enfermos terminales y que llevaban muchos años viviendo, gracias al Bio-bac.

La comercialización del producto se realizó por el acusado, Sr Balbino, en colaboración con el resto de acusados, a pesar de conocer la falta de acreditación de la eficacia terapéutica del Bio-bac.

No obstante, no ha quedado acreditado que el producto elaborado por Laboratorios e Industrias Iven y comercializado por los acusados, causara un peligro para la vida o salud de la personas, al tratarse de un compuesto de proteínas y aminoácidos, habiendo llegado a consumir el producto unas dos mil personas aquejadas de graves enfermedades, sin que se generara peligro alguno. Tampoco se acredita que los acusados incitaran al abandono por parte de los pacientes enfermos del tratamiento convencional que estuvieran recibiendo, como quimioterapia o radioterapia, no habiendo quedada probada la relación contractual para explotar el producto mantenida entre el doctor Miguel Ángel, fallecido, y Balbino.

CASO N.º 192

Pedro, nacido el día 1 de febrero de 1938, con DNI. Núm. 000, y sin antecedentes penales, y Franco, nacido el día 15 de septiembre de 1955, con DNI. núm.002 y sin

antecedentes penales, constituyeron como únicos socios la mercantil Dirección000.—NIF núm.004—, formalizada en virtud de escritura otorgada ante notario en Logroño, el día 12 de enero de 1999, e inscrita en el Registro Mercantil de La Rioja, con fecha 12 de marzo de 1999, al tomo núm.005, folio núm.006, hoja núm.007, inscripción núm.008, y ubicada físicamente en la localidad de Cenicero, kilómetro núm.001 de la carretera N-232, estando inscrita en el Registro de Bodegas de Almacenamiento del Consejo Regulador de la Denominación de Origen calificada Rioja con el núm.009. El Consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja detectó durante el mes de noviembre de 1999 que en distintas localidades de Alemania la Bodega denominada Dirección.000., había comercializado vino con la denominación de origen Rioja, tinto y rosado, embotellado con las correspondientes contraetiquetas y precintas, con las denominaciones Dirección001 y Dirección002, correspondiente al vino tinto y, Dirección 003, destinada a vino rosado-clarete. El Consejo Regulador pudo comprobar este hecho por medio de comunicación efectuada por la empresa AC Nielsen Vertraulich, contratada por aquél para realizar muestreos de mercado de los productos amparados por la Denominación de Origen Rioja, que por medio de dicha comunicación remitió al Consejo Regulador los productos, procedentes de la Dirección 000 siguientes: 3 Botellas marca Dirección001, con contraetiquetas MB 631172 (adquirida en el supermercado Kaufland-Lidl), NL 386481 (adquirida en el mismo supermercado), NL 433900 (adquirida en el supermercado Kaufland-Lidl de Munich). 1 Botella Dirección003, con precinta NT 735322 (adquirida en el supermercado EDK Center de Munich). 1 Botella marca Dirección002, con precinta LS-297521 (adquirida en el supermercado Extra MarKt-Metro de Colonia/Düsseldorf). Todas estas botellas habían sido embotelladas por la entidad Dirección000. La remisión de todas estas botellas por parte de la empresa alemana AC Nielsen Vertraulich al Consejo Regulador se llevó a cabo al apreciarse por los representantes de aquélla que las contraetiquetas y precintas que tenían dichas botellas no resultaban correctas, es decir, que no eran auténticas. Recibidas las botellas en el Consejo Regulador, por miembros de éste, se comprobó que las contraetiquetas tenían los defectos siguientes: El tipo de número empleado en su enumeración era distinto al tipo de número original; las marcas colocadas en las contraetiquetas de las botellas eran distintas a las que tenían las contraetiquetas originales; el mapa tenía distinta ubicación y el sello del Consejo Regulador, obrante en las mismas, era distinto y, finalmente, las contraetiquetas de las botellas remitidas desde Alemania no tenían tinta invisible e, incluso, la tinta de los números no tenía respuesta a los rayos ultravioleta, pues no lo hacían perceptible. En concreto, del análisis de las contraetiquetas de la cosecha 1998 (obrantes en las botellas remitidas desde Alemania) se detectaron las siguientes irregularidades: El tipo de número empleado en la numeración era distinto al tipo de número original. Las marcas colocadas en las contraetiquetas originales y en éstas 3 botellas eran totalmente diferentes: Las marcas en las letras O y A de Cosecha, marcas en pie de la vid, marcas en racimo izdo. y dcho. superior. El mapa de España tenía otra colocación. El sello del Consejo Regulador era distinto. Las contraetiquetas no tenían la tinta invisible. La tinta de la numeración no era con respuesta ultravioleta.

Asimismo, en las precintas del Consejo Regulador de Denominación de Origen calificada Rioja (obrantes en las botellas remitidas desde Alemania) se detectaron diferencias notables con respecto a las oficiales, concretadas en las siguientes: No aparecía la tinta invisible Diferencia en la imagen de la parra Diferencia en la tipografía de los números Diferencia en tipo de letra en la leyenda «este Consejo Regulador Califica y Garantiza este Vino». Serie no filmada en filmadora. Ante esta situación, por parte de los representantes del Consejo Regulador se acordó llevar a cabo

una inspección en la instalación de la entidad Dirección 000, sita en kilómetro núm.001 de la CN-232 (Cenicero-La Rioja). Por veedores oficiales del Consejo Regulador (inspectores habilitados por la Dirección General de Política Alimentaria del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), D. Gregorio y D. Darío, habilitados por orden del Ministerio de Agricultura de 22 de noviembre de 1991 y 24 de febrero de 1986, respectivamente, se practicó la visita de inspección acordada a las 11.00 horas del día 20 de diciembre de 1999, llevada a cabo en presencia del acusado Pedro, que realizada la inspección firmó el acta extendida al efecto por los dos inspectores-veedores. Como resultado de esta inspección se comprobó, y así se hizo constar, la existencia de las siguientes partidas de vino: 1.—5.058 botellas en 843 cajas de 6 botellas de 75 cl. cada una de vino rosado, etiquetadas con la marca Dirección 003, lote L-101 y Precintas de Garantía de Origen Genéricas de la cosecha 1998, serie LP. 2.—5.160 botellas en 430 cajas de 12 botellas de 75 cl. cada una de vino tinto, etiquetadas con la marca Dirección 004, lote L-911 y Contraetiquetas de Garantía de Origen Genéricas de la cosecha 1998, serie NH. 3. —10.386 botellas en 1.731 cajas de 6 botellas de 75 cl. cada una de vino tinto, etiquetadas con la marca Dirección 001, lote L-116 y Contraetiquetas de Garantía de Origen Genéricas de la cosecha 1998, serie ÑG. En las botellas de las tres partidas figuraba como embotellador la Dirección 000., núm. 010. En total se detectaron 26.604 botellas de 0,75 litros de capacidad, colocadas en 28 paneles, ubicados en el interior de la bodega, dispuestas para su comercialización. La primera partida de botellas se encontraba colocada en los pallets 1 a 7. La segunda partida, en los pallets números 7 a 14. Por último, la tercera partida se encontraba en los pallets 15 a 18. Durante la inspección se comprobó que las contraetiquetas y precintas de garantía que portaban las 26.604 botellas eran falsas, sin que se correspondiesen con las originales entregadas por el Consejo Regulador a la propia Dirección 000. El análisis de las contraetiquetas y precintas del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Rioja que portaban las 20.604 botellas determinó que eran falsas, según se pudo comprobar por las pruebas efectuadas en relación con las botellas precintadas en el acta de inspección número 4834 y su continuación número 4835. Estas contraetiquetas y precintas habían sido obtenidas a partir de otras originales, que habían correspondido a la Dirección 000., atribuidas por el Consejo Regulador como correspondientes a dicha bodega. Las contraetiquetas presentaban los defectos siguientes: El tipo de número empleado en la numeración era distinto al tipo de número original. Las marcas colocadas en las contraetiquetas originales y en estas cinco botellas eran totalmente diferentes: Las marcas en las letras O y A de Cosecha, marcas en pie de la vid y marcas en racimo izquierdo y derecho y hoja superior. El mapa de España tenía otra colocación. El sello del Consejo Regulador era distinto. Las contraetiquetas no tenían la tinta invisible. La tinta de la numeración no era con respuesta ultravioleta. Por otra parte, las precintas, a su vez, tenían los siguientes defectos: —No aparecía tinta invisible —Diferencia en la imagen de la parra —Diferencia en la tipografía de los números —Diferencia en tipo de letra en la leyenda «Este consejo regulador califica y garantiza este vino» —Serie no filmada en filmadora. El acusado Pedro, procediendo de conformidad con el también acusado Franco, había encargado a otras personas no identificadas la elaboración e impresión de un gran número de contraetiquetas y precintas que imitaban las originales que les habían sido entregadas por el Consejo Regulador. Tal confección se llevó a cabo partiendo de las auténticas o verdaderas, sin utilizar las planchas originales de estas últimas, pues se trataba de reproducciones obtenidas en las contraetiquetas y precintas originales. Se efectuó una duplicidad de la numeración de las genuinas o auténticas, pues la numeración correspondiente a las contraetiquetas y precintas interveni-

das se correspondía con la existente en las verdaderas entregadas por el Consejo Regulador a la Dirección 000. Así, la numeración de las precintas falsas que tenían las botellas de vino clarete marca Dirección 003 (precintas falsas) abarcaba desde el número 569.916 al número 578.521, siendo todas ellas de la serie LP. En las botellas marca Dirección 004, de vino tinto, la numeración de las contraetiquetas falsas abarcaba desde el número 335.984 al número 368.872, siendo todas de la serie NH. En las botellas marca Dirección 001, de vino tinto, la numeración de las contraetiquetas falsas abarcaba desde el número 359.869 al número 390.098, todas de la serie NG. En todas estas botellas se contenía la identificación de la Denominación de Origen Calificada Rioja. El vino tinto que contenía las botellas marca Dirección 001, Dirección 002 y Dirección 004 no tenía la característica de vino de origen Rioja calificado ni aún era un vino de origen Rioja excedentario, calificado posteriormente como vino de mesa. Se trataba de un vino que podía proceder de cepas y suelo de la Comunidad Autónoma de La Rioja, aunque sin reunir las características de vino calificado de Origen Rioja o excedentario, aunque sin que realmente se haya determinado su origen, con la particularidad, además, de que se trataba de un vino tinto de calidad inferior a estos últimos. El vino rosado, contenido en las botellas con la marca Dirección 003, tampoco reunía las características del vino de origen Rioja calificado o excedentario y también resultaba de inferior calidad a los mismos, sin que se haya determinado el origen concreto del mismo, aunque también podía proceder de cepas existentes en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Durante el año 1999, la mercantil Dirección 000 vendió en la República Federal de Alemania, botellas de la marca Dirección 001 al precio de 298 pesetas por botella y botellas de la marca Dirección 003 a 295 pesetas por unidad. Las botellas intervenidas de haber sido vendidas como vino de Rioja con denominación de origen, hubieran podido proporcionar a la mercantil Dirección 000, constituida por los dos acusados Pedro y Franco, los siguientes ingresos: 3.095.028 pesetas (18.601,49 euros) por las 10.384 botellas de la marca Dirección 001; 1.492.110 pesetas (8.095,76 euros), por las 5.058 botellas de la marca Dirección 003; 2.941.200 pesetas (17.676,97 euros) por las 5160 botellas de la marca Dirección 004; de modo que el total de lo que podía haber percibido esta entidad podría haber ascendido a la cantidad de 7.528.338 pesetas (45.246,22 euros).

El Consejo Regulador no ha percibido las exacciones parafiscales por la expedición de certificados de garantía, consistente en 0,309 pesetas por cada uno de estos documentos (botellas incautadas, 41.208 contraetiquetas y precintas). Por parte de los acusados se obtuvo una duplicación de la numeración de las contraetiquetas y precintas auténticas, de modo que obtuvieron 41.208 contraetiquetas y precintas simuladas. A las 12.20 horas del día 22 de diciembre de 1999, por parte de Rubén, como Jefe de los Servicios Técnicos del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja, se denunciaron los hechos en la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil en Logroño.

CASO N.º 193

La Cofradía San Juan Bautista es una entidad Benéfico Religiosa de ámbito Parroquial, que se rige por sus Estatutos y Normas de Régimen Interior, y cuyos recursos económicos dependen de pequeñas cuotas de sus Cofrades. Entre los fines de la Cofradía está el de «dar sepelio digno e igualitario en las personas de sus Cofrades». Para ello, se hace necesario el concurso de una entidad Funeraria, que garantice dicha finalidad en relación a calidad/precio, así como la fidelidad en el mantenimiento y garantía del servicio funerario.

Hasta el año 1997, se venían prestando estos servicios fúnebres por la Compañía Funeraria San José; no obstante, recibido el presupuesto correspondiente al año 1998, la Cofradía no lo acepta por cuestiones económicas, poniendo en conocimiento de esa funeraria la baja oportuna, e indicando que prescindía de sus servicios, los cuales a partir de ese momento pasaban a ser prestados por la Funeraria La Paz. La decisión de modificar los Estatutos de la Cofradía en su artículo 13-5 se adopta en las Asambleas de 28-I-1996 y de 28-I-1997, estableciendo que la Cofradía no pagaría los entierros que se efectuaran con otra compañía distinta a la concertada, esto es: la funeraria La Paz.

Por Asamblea de enero de 1997 se acuerda «hacer un contrato con la funeraria La Paz, que se enseña a cada uno de los cofrades y beneficiarios». Este acuerdo de la Asamblea se comunica a todos los cofrades por Circular formado por su Presidente de fecha 20-II-1998.

Asimismo, se pone en conocimiento de la Funeraria San José por escritos de fecha 23-II-1998, donde se dice que prescinde de sus servicios, y de fecha 3-10-2000, que la Cofradía no tiene actualmente ninguna relación con «Funeraria San José». Igualmente, los Estatutos de la Cofradía se incluye una «nota marginal», indicando que el concierto funerario es con la Funeraria La Paz. Los Estatutos fueron aprobados por el Arzobispado de Burgos en Decreto de 8-08-2004. A pesar de ello, la funeraria San José regentada por el acusado, José Pablo, mantiene en el escaparate de una sede, y bajo la expresión «Servicios a Seguros», la Leyenda: «San Juan Bautista».

La cofradía San Juan Bautista abonó los servicios funerarios, por cuantía de 982,79 €, derivados del sepelio de D. Gabino, indicando que admitían la negligencia de la familia del fallecido al dirigirse de forma equivocada a la compañía San José. Asimismo, abonó los servicios funerarios de D. Bartolomé en cuantía de 730,28 €, contratados por su hermano D. Jesús Miguel, sin que conste el exceso de facturación se debiera a un doble cobro, sino a la petición de algunos servicios específicos y adicionales como las esquelas o la corona.

Por último, D. Tomás contrató los servicios de la funeraria San José en la creencia de que podía contratar cualquier funeraria y desconocer el concierto con la Funeraria la Paz.

CASO N.º 194

En fechas no determinadas entraron en contacto, Antonio J. G. y Ángel R. P.; aquél tenía alquilada una vivienda de las llamadas adosadas en la localidad de Jun, próxima a esta capital, con amplio garaje en la parte baja del edificio, en el mismo decidieron elaborar mezclas de bebidas tipo alcohólico similares a Whisky, Ginebra y Ron para hacerlas pasar como de determinadas marcas para su venta, como originales, a precio más bajo que el coste normal en el mercado, pero superior al de la mezcla, para obtener beneficio económico.

A tal fin, Ángel R. indicó a Antonio J. el procedimiento a seguir y así, para la elaboración de Whisky, procedía a mezclar en un barreño una proporción de 8 litros de alcohol, 12 de agua destilada y 12 botellas de Whisky de la marca Glen, obteniendo 28 en total que luego introducían en botellas originales vacías de las marcas JB, de Justerini & Brooks, añadiéndole antes unos 40 mililitros de esencia de roble; Ballantines, agregándole 10 mililitros de colorante, de Destilerías Dumbarton, ambas de Escocia, así como respecto a la marca Cutty Sark de Berry Broos y Rudd, a fin de darle apariencia con las originales; para el llenado manipulaban los tapones a fin de vencer el sistema de rellenado. A su vez, hacía lo propio para rellenar botellas vacías originales

de Ron Bacardi y Ginebra Beeafeater con base de mezcla de tales alcoholes pero de baja calidad y precio, añadiéndole alcohol más alto para subir la graduación. Para dar más apariencia de originalidad procedía Antonio J. a pegar en las botellas precintos de Impuestos especiales de bebidas alcohólicas respectivos, originales de la Fábrica de Moneda y Timbre que antes habían sido utilizados en otras botellas, o bien fotocopias de los mismos.

El indicado Ángel R. no sólo instruyó y asesoró a Antonio J., sino que le proporcionaba las materias primas indicadas para la obtención de las respectivas mezclas, como se ha indicado.

Una vez rellenas las botellas eran introducidas en cajas de cartón de las marcas correspondientes precintándolas, dándoles apariencia de originalidad.

Del surtido de botellas vacías sólo se ha acreditado que el acusado Antonio J. G. se desplazó a S. Vicente del Raspeig donde contactó con el también acusado Perfecto P. R., que estaba a cargo de un establecimiento de tratamiento de vidrio, botellas vacías y similares, al que adquirió unas 500 botellas de la marca JB, sin que se haya acreditado si el indicado conocía el destino de las mismas.

Una vez rellenas las botellas y preparadas como se ha indicado, se les daba salida a los adquirentes, entre ellos, en unos supermercados de Santa Fe, Ficos I, II y III, propiedad de Manuel S. A., a quien persona desconocida ofertó cajas completas de las indicadas bebidas, Whisky Ballantines, JB y Ron Bacardi, como si fueran de originales y en promoción, a precio de 1.080 ptas. cada una, creyéndolo el referido que abonó por ellas 54.000 ptas., las que vendió salvo 23 que fueron ocupadas por Fuerzas de la Guardia Civil.

El acusado Andrés C. Q., de profesión camarero, entró en contacto con el otro acusado Antonio J., sin que se sepan más detalles, adquiriendo cajas de botellas que revendía a bares, ignorándose cantidad, siéndole intervenido el día 5-12-1996 en su turismo GR-...-M diez de ellas de distintas marcas adulterado su contenido, y que había adquirido al citado Antonio, sin que se haya probado que conociera que sus contenidos no eran originales, sino de las mezclas indicadas.

12.5.2. *Jurisprudencia*

«...Pues bien, para analizar debidamente, si nos encontramos en el presente caso ante un negocio jurídico criminalizado, y determinar por tanto si los hoy acusados emplearon al contratar engaño penalmente relevante para obtener el desplazamiento patrimonial de distintos clientes que acudieron su entidad tras leer los anuncios publicitarios, debemos distinguir dos momentos claramente diferenciados. El primero se refiere al inicial contacto del ciudadano con la empresa anunciadora, a través del cual tiene conocimiento de su existencia. El anuncio está dirigido al público en general y, precisamente por la peculiaridad del recipiendario, concretado en el conjunto de los consumidores, el eventual engaño empleado al elaborar el reclamo publicitario parece acercarse más que al de estafa, al delito de publicidad engañosa, por primera vez introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 282 del Código Penal de 1995; una modalidad delictiva que, con el fin de tutelar el derecho a una información veraz de los consumidores, adelanta la barrera de protección al momento anterior a la producción de un daño patrimonial individual, tutelando las legítimas expectativas del conjunto de los consumidores considerados con carácter general, y ello sin perjuicio de que operen las correspondientes normas concursales, caso de que el daño económico se haya efectivamente producido.

Esta infracción penal, sin embargo, no se encontraba penalmente tipificada cuando ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento, ni existe por tanto acusación alguna respecto al precepto mencionado en el presente proceso. Y no podemos identificar el eventual engaño empleado en este medio de difusión como el determinante del desplazamiento patrimonial realizado por algunos de los compradores de vehículos industriales en la empresa de los acusados, dada la distancia temporal y la inaprehensibilidad del contenido publicitario en el medio de divulgación respecto a la situación concreta de cada adquirente de un vehículo de motor en aquella empresa. Ello nos obliga a abordar el segundo momento de relación entre las partes, denunciados y denunciados respectivamente, a fin de determinar si en este segundo contacto, ya de presencia física y de conocimiento efectivo, pudo tener lugar la infracción penal por la que se formula acusación. En este segundo episodio, los futuros clientes contactaban con la persona que se encontrara a la sazón al frente de la oficina, normalmente Rosalía L. en Badalona y Ángeles C. M. en Mollet del Vallès, y recibían información sobre la oferta de vehículos industriales que tenía para la venta la mercantil, a la par que se les ofrecía trabajo, en palabras de los sucesivos adquirentes, concretado en la posibilidad de contactar con diversas empresas de transporte que pudieran facilitarle encargos una vez aquellos se hubieran establecido por cuenta propia, actividad que podía suponer unos ingresos oscilantes entre las doscientas cincuenta mil y las quinientas mil pesetas. Este motivo y no otro fue el que movió a la mayoría de ellos a comprar el vehículo de motor, constituyendo por tanto el elemento determinante de la adquisición, como ponen de manifiesto las acusaciones en argumentación jurídica plenamente compartida por el Tribunal. Ahora bien, para que la información facilitada pueda tener relevancia penal, es decir, para que el engaño empleado por los vendedores de vehículos industriales pueda alzarse como elemento estructural del delito de estafa es preciso que sea bastante, ha de tener entidad suficiente como para inducir a un ciudadano medio, a quien se le debe exigir un mínimo de diligencia en, el momento de aquilatar la viabilidad de las condiciones de contratación que se someten a su consentimiento, como lo haría una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz. Y es en este punto donde quiebra el edificio acusatorio. No puede compartir el Tribunal que existiera engaño bastante en quien vende un vehículo de motor y se limita a derivar al adquirente a una tercera empresa, esta de transporte, asegurándole que le facilitará trabajo en cantidad suficiente como para posibilitar unos ingresos tan elevados, máxime si tenemos en cuenta la fecha de los hechos, datados entre las anualidades de 1990, y 1991.

En relación a este extremo han sido extraordinariamente reveladoras las respuestas positivas dadas por cada uno de los adquirentes a las preguntas reiteradas de la defensa de Antonio Saura sobre los extremos de si cuando acudieron a la entidad se percataron que se hallaban en un concesionario de vehículos, y no en una empresa de transportes; sobre si eran conscientes que se iban a establecer por cuenta propia, y no dependiendo de un sueldo que le fijara un empleador; sobre si conocían que eso suponía hacer frente a todos los gastos derivados del transporte así como de la adquisición y mantenimiento del vehículo; y, por último, si conocían que era la empresa de transporte, y no el vendedor del automóvil quien fijaría las condiciones de trabajo, el horario y la cantidad a abonarles por viaje efectuado. Y el asentimiento a cada uno de estos interrogantes ha sido suficientemente revelador, pues a nadie se le escapa que la más mínima diligencia antes de adoptar la decisión de adquirir un vehículo de motor de precio tan elevado como los que se han barajado en el procedimiento, con la inevitable vinculación del patrimonio presente y futuro del adquirente para sufragar el precio del

bien, máxime si se encuentra en una precaria situación económica, pasa necesariamente por obtener una información adecuada de las condiciones del contrato a suscribir con la empresa de transporte, única que podría facilitarle datos exactos sobre el verdadero rendimiento de su eventual adquisición. Y esta mínima diligencia de contraste de los ingresos referidos por la vendedora de los automóviles, que oscilaban entre la nada despreciable horquilla de doscientas cincuenta mil pesetas (de doscientas cincuenta mil a quinientas mil) no se llevó a efecto por los compradores, quienes, cegados por el atractivo sueño que les era ofrecido, indudable proyecto de futuro de que hablaba el Ministerio público, y movidos desde la oculta, abrasiva e imperiosa perspectiva de la necesidad, desearon tanto creer que era cierto lo que se les ofrecía que lo creyeron, sin adoptar las más mínimas garantías para ponerse a buen recaudo ante un inevitable y doloroso despertar.

Es doloroso también para el Tribunal, sin duda, observar que precisamente los que más necesitaban, que fueran ciertas aquéllas promesas en cierta medida inverosímiles que les sean los que más han sufrido la fehaciencia de su irrealidad. Pero no puede reprocharse penalmente a los hoy acusados el fatal desenlace de tantas ilusiones, cuando aquellos cumplieron en esencia su obligación al facilitar el contacto de los adquirentes de los automóviles con diversas empresas de transporte la cuales facilitaban trabajo a aquellos, pero sin alcanza las costas anunciadas de rendimiento por la entidad. Nadie solo decir si cuando se hablaba de dinero, los cálculos se hacían a bruto o en neto. Muchos han alegado que con lo que obtenían escotando el abono de la gasolina y el precio de adquisición de vehículo, les quedaban escasos beneficios, muy por debajo de lo que esperaban ganar. Otros, sin embargo, que capitalizaron el desempleo para satisfacer el precio de adquisición, pudieron hacer ante ella y subsistir con el trabajo del transporte que a través de empresa de los acusados le había sido ofrecida. No cabe hablando tanto de engaño penalmente relevante para sustentar la condena procediendo por ello el dictado de, una sentencia absolutoria respecto de los dos acusados en la presente causan todos los pronunciamientos favorables...» (SAP de Barcelona828/2001, de 8 noviembre [JUR 2002\36330]).

* * *

«...El primer delito objeto de acusación: tanto por la Acusación pública, como privada es el referente al art. 282 CP, por entender que el hecho de la compañía funeraria acusada mantuviera en el escaparate exterior de sus oficinas el nombre «San Juan Bautista», suponía una publicidad engañosa, ya que la Cofradía de San Juan Bautista había cesado en su concierto con la funeraria San José, estableciéndolo con la funeraria La Paz, que le ofrecía sus servicios de sepelio de los cofrades con unas tarifas más económicas, y así se lo había indicado a aquella entidad por comunicación es de fecha 23-02-1998 y de 3-10-2000.

En orden a definir los elementos del tipo penal indicado, procede recordar lo dispuesto en la STS de 19-03-2004, donde se establece: «Son elementos constitutivos de tal delito del art. 282 CP, los siguientes:

- 1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente —persona jurídica como titular de tal condición— requiere la aplicación de la regla del art. 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.
- 2.º El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de

personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

- 3.º La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:
 - a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;
 - b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el art. 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuridicidad del hecho.
- 4.º Este art. 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. «Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores» quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios.

Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.

- 5.º Por último, es necesario que concorra el dolo, como elemento constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual.

Conviene añadir que quizá sea posible su comisión en grado de tentativa (así condenó la sentencia recurrida), no así sancionar los actos preparatorios consistentes en conspiración, proposición o provocación, que en el CP actual han de estar expresamente tipificados (arts. 17 y 18) y no lo están con relación a esta infracción. La dificultad radicará aquí, como siempre, en distinguir el inicio de la ejecución, punible como tentativa, respecto de los actos preparatorios no punibles».

En nuestro caso, no concurren los elementos esenciales de la acción penalmente típica y definida en los términos indicados, pues no se aprecia: ni que la acción de la sociedad acusada tuviera por objeto el engaño y la maquinación publicitaria engañosa en perjuicio de los denunciantes, ni que concorra una pluralidad relevante de consumidores afectados en los términos expuestos por la Jurisprudencia, y, sobre todo, que tal acción derivada del mero hecho de que el nombre de la Cofradía acusadora se encuentre en el escaparate de la parte acusada, pueda constituir un delito de publicidad engañosa con un perjuicio grave o manifiesto, pues el perjuicio de existir no es grave o manifiesto para los consumidores.

La Sala obtiene esta convicción en atención a las siguientes razones:

- 1.º.—Aún cuando la Sala considera que en efecto el nombre San Juan Bautista dentro de la publicidad de la empresa acusada, y dentro de sus escaparates no tiene justificación bastante en la actualidad, pues no concurre concierto aseguratorio, ni de prestación de servicios con la cofradía denunciante desde 1997 y que puede dar lugar

a confusión entre los integrantes de la citada Cofradía que tiene un importante arraigo en un barrio de la ciudad de Burgos (barriada Yagüe), sin embargo esa confusión, y, por lo tanto, ese concepto de publicidad como «engañoso» y con la cualificación de grave o manifiesta, no concurre en este caso. Ello es así, porque partiendo de la base de que los consumidores del servicio penitenciario serían los propios cofrades, estos no pueden haber sufrido engaño alguno, en un concepto de engaño de relevancia penal, pues los cofrades conocían que ya no existía concierto con la funeraria S. José y que el concierto era con la funeraria la Paz. Puede que se diera algún error o alguna equivocación entre los cofrades o sus familiares, pero está acreditado que en las Asambleas de la Cofradía se acordó el cambio de empresa encargada de los servicios funerarios de los cofrades, y que, además, era un acuerdo plenario y por Asamblea y se comunicó a los cofrades. Así, consta en las actas de enero de 1996, enero de 1997 y enero de 1998 y en la circular de 28 de febrero de 1998 enviada los cofrades. Ello supone, que ningún cofrade, y ningún destinatario o consumidor del servicio funerario entre los cofrades y pertenecientes a la Cofradía denunciante y acusadora, podían ser considerados como consumidores afectados por una publicidad engañosa, pues a ellos la referencia en el escaparate de la parte acusada del nombre de su cofradía no les podía afectar, ya que por reiterados acuerdos de su Asamblea plenaria, y por comunicaciones de su Presidente, conocían que la empresa encargada de prestar los servicios funerarios a los cofrades era la Paz, e incluso la testigo de la acusación Nieves manifestó que ella dijo «que tenían la Paz». Los cofrades de San Juan Bautista conocían que los servicios funerarios los prestaba la Paz, y, por lo tanto, lo que pusiera en el escaparate de la empresa denunciada no les podía afectar ni perjudicar.

Cosa distinta es que la presencia de nombre de «San Juan Bautista» entre las entidades a las que la funeraria San José prestaba sus servicios pudiera inducir a confusión a otros peticionarios del servicio funerario o a la otra compañía funeraria de la ciudad. Ahora bien, como acredita la prueba documental el nombre de San Juan Bautista aparece en los escaparates de ambas funerarias, y, por lo tanto, parece difícil imaginar que algún consumidor eligiere una u otra funeraria en función de que prestara o no prestar su servicios a la Cofradía acusadora.

2.º.—En todo caso, lo que no se aprecia en ningún supuesto es que haya un perjuicio grave para los consumidores, aún admitiendo como consumidores a los cofrades. Así en un caso la obligación de atender al pago de los servicios funerarios por el fallecimiento de un cofrade cuyos familiares acudieron a la funeraria San José vino fijado por resolución judicial firme y, por lo tanto, con valor cosa juzgada, sin que esta Sala pueda hacer valoración alguna, máxime cuando se trata de una cuestión civil, y máxime cuando las partes no han aportado las sentencias civiles en esta causa.

En lo relativo a los perjuicios invocados, y de los que derivaría la gravedad del perjuicio invocada, son dos supuestos de los que no solo no se aprecia la gravedad exigida por el tipo penal objeto de acusación, sino ni siquiera se constata el propio perjuicio. Así, en el caso del cofrade familiar de D. Carlos María, resulta que la propia compañía abonó al referido Sr. Carlos María una cantidad superior a la que el mismo abonó por el sepelio de su padre. Ello supone que la cofradía no sufrió ningún perjuicio económico cuantificable, pues pagó a los herederos del cofrade fallecido lo estipulado en el convenio, y, por lo tanto, se hubiere hechos el servicio funerario del cofrade en una o en otra funeraria el desembolso de la Cofradía fue el mismo y no se aprecia perjuicio para su economía. En el caso del otro cofrade fallecido que contrató con la funeraria S. José consta, por un lado, que fue una decisión de un hermano del cofrade fallecido, y, por otro, que no existe doble facturación o incremento injustificado del precio, pues el hermano de la testigo Sra. Nieves encargo algunos servicios, como

esquela o corona, por encima de los límites de cobertura de la cofradía y lo que se hizo fue facturar a la familia del cofrade fallecido esos gastos y servicios contratado de forma individual como acredita la prueba documental obrante en la causa.

En definitiva, aún cuando no tenga justificación la presencia de nombre de la Cofradía denunciante San Juan Bautista entre las compañías a las que presta servicio la entidad acusada y aún cuando su actuación de aceptar servicios a cofrades pudiera tener alguna relevancia en el campo civil, la falta de tipicidad penal, y de gravedad de entidad bastante para justificar la imposición de una pena criminal de la conducta objeto de acusación, determina la absolución del acusado» (SAP de Burgos 15/2005, de 11 abril [ARP 2005/268]).

* * *

«...Los hechos denunciados o que ahora se piden investigar, se centran en el ofrecimiento, al departamento correspondiente del Gobierno Vasco y a los agentes de policía del mismo, de ciertos chalecos antibalas que a juicio de los recurrentes no cumplían las características técnicas por capacidad de protección o por vida útil.

La dicción del art. 282 del CP resulta clara a la hora de descartar cualquier retazo de duda sobre si la calificación jurídica de los hechos puede tener alguna relevancia, pues hace compatible con «otros delitos» el delito de publicidad engañosa. Así, teniendo en cuenta que el engaño, con calidades o destinos diferentes, es elemento integrante de las infracciones de estafa y de publicidad engañosa, todo debate sobre si procede una u otra tipificación es inútil.

En el terreno de lo factual el recurso es poco preciso, sin que lo supla con la aportación de los documentos por vía de testimonio, como prevé el art. 766.3 de LEcrim., habiendo cierta dificultad para detectar cuál es el dato, u omisión, que se estima engañosa. Si nos remitimos al auto recurrido, los hechos se centran en que un distribuidor español de chalecos antibala producidos fuera de España, ofreció los mismos aduciendo las características técnicas que le señalaba el fabricante y ofreciendo un periodo de garantía/caducidad de diez años, que se denuncia no se corresponde con él para las mismas prendas daban en otros países.

La protección al consumidor y al mercado dentro del espacio de la UE ha sido progresiva y constante, pudiendo afirmarse que la codificación de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea representa un colofón importante, como lo fue la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005. Y ésta nos distingue entre el consumidor medio y el que no reúne las circunstancias definidoras del primero: normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz. Estas características pueden ser atribuidas a los eventuales usuarios de esos chalecos. Y si acudimos a los «indicadores» engañosos o de publicidad de esas características, encontramos las informaciones confusas, ambiguas o ininteligibles, o avales de organismos públicos, etc.

Si nos centramos en el caso parece ser que todo el debate está en el tiempo de garantía, cuestión que no constituiría engaño bastante capaz de dar lugar a la infracción de estafa del art. 248 del CP, pero tampoco puede afirmarse que tal publicidad fuese engañosa, al margen de cómo atribuir la responsabilidad criminal al distribuidor que ofrece la información de la que dispone.

Los datos ofrecidos son claros y dice la apelante que no ciertos en el aspecto de garantía, que hace presumir el tiempo de mantenimiento de las características de protección. Pero este último aspecto, amén del debate sobre la confección del informe técnico que se adjuntó a la denuncia, está aclarado pro el imputado que expresa los diferentes materiales de confección y diferente duración.

Es manifiesto que el debate no ha de situarse en el campo del Derecho penal, razón por la que ha de confirmarse la resolución dictada» (AAP de Barcelona 714/2010, de 18 noviembre [JUR 2011\79957]).

* * *

«...Impugna la representación procesal de Victoriano la resolución del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Madrid, por la que se acuerda no dar lugar a la admisión a trámite de la querrela presentada por la Procuradora de los Tribunales D.ª Silvia Scott Gwendolyn Álvarez, en nombre y representación de Victoriano, contra Alexander, Fulgencio, José María Ruíz Mateos, S. A., Grupo Dhul, S. L., y Clesa, S. L., decretando asimismo el sobreseimiento provisional y el archivo de la presente causa.

Los hechos relatados en dicha querrela son, en síntesis, los siguientes:

En diciembre de 2009, José María Ruiz Mateos, S. A., llevó a cabo una emisión de pagarés no a la orden, por valor de 50.000 euros de nominal cada uno, con un plazo de vencimiento de dos años y un interés del 10% anual. En el folleto informativo de la emisión, se afirmaba que la finalidad de esta era la obtención de financiación para la adquisición por la sociedad emisora (vinculada al grupo Nueva Rumasa, propiedad de la familia Fulgencio Alexander, de la que son miembros Alexander y Fulgencio) de un paquete accionarial que la convirtiese en accionista de referencia, con un 25% como mínimo del capital social, de un importante grupo alimentario. Se afirmaba además en el folleto que los pagarés emitidos se avalaban por Grupo Dhul, S. L. (cuyos administradores solidarios son Alexander y Fulgencio), y Clesa, S. L. (cuyo administrador único es Fulgencio), señalando que dichas compañías sumaban unos fondos propios de más de 200 millones de euros.

El querellante suscribió uno de los pagarés y desembolsó la totalidad de su importe, en fecha 15 de abril de 2010.

Los querellados ocultaron en la publicidad de la emisión que, en el año 2009, según consta en las respectivas cuentas del ejercicio, Nueva Rumasa, S. A., tenía una deuda viva de 18.271.755 €, frente a un patrimonio neto de 1.274.814 €; Grupo Dhul, S. L., una deuda de 137.015.569 € y un patrimonio neto de 66.116.294 €, y Clesa, S. L., una deuda de 299.934.359 € y un patrimonio neto de 43.019.299 €.

Los fondos obtenidos por la entidad emisora nunca se destinaron al fin manifestado en el folleto informativo, no siendo tampoco esa la intención ya en el momento de la emisión, cosa que se acredita, según la querrela mediante una carta dirigida por Alexander al jefe de riesgos del banco Santander, publicada por el diario El País el 9 de marzo de 2011, en la que se afirma que mucha de la publicidad sobre inversiones y puestos de trabajo forma parte del marketing de cara a la opinión pública, pues a la hora de la verdad si lo analizas bien, cuando llevamos a efecto una operación mercantil, es porque recibimos más de lo que invertimos; que los tiempos no están para invertir, sino para recoger; y que a veces es bueno aparentar de cara a sostener un clima de confianza y seguridad entre nuestros proveedores y clientes.

El 17 de febrero de 2011, los principales diarios de tirada nacional se hacían eco de la noticia de que Grupo Dhul, S. L., y Clesa, S. L., habían comunicado a los Juzgados de lo Mercantil la situación prevista en el art. 5.3 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. El 10 de marzo siguiente, los periódicos de ámbito nacional dieron la noticia de que José María Ruíz Mateos, S. A., había llevado a cabo idéntica comunicación al Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid. El 14 de marzo de 2011, Grupo Dhul, S. L., solicitó la declaración de concurso de acreedores en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada. Los días 16 y 17 de marzo de 2011, aparecían noticias en «*eleconomista.com*» de que Nueva Rumasa había reconocido compromisos financieros por valor de

713 millones pero, según algunos de los fondos que han estudiado su entrada en el capital, en realidad podrían superar la cifra de 1.100 millones; que Nueva Rumasa ultimaba la solicitud de concurso voluntario de acreedores para Clesa ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid; y que otras empresas del grupo Nueva Rumasa también habían entrado en situación concursal. Esta situación concursal permite a los querellados, según el querellante, ganar tiempo frente a los suscriptores de los pagarés, cuyos créditos comienzan a vencer próximamente.

Según el querellante, estos hechos son constitutivos de los siguientes delitos, todos ellos previstos y penados en el Código Penal: estafa del art. 248, apropiación indebida del art. 252, insolvencia punible de los arts. 257.1.2 y 260.1, publicidad engañosa del art. 282, y falsedad en documento privado del art. 395.

En el auto impugnado, se fundamenta la decisión de no admitir a trámite la querrela y el subsiguiente acuerdo de sobreseer provisionalmente y archivar las actuaciones, en que ninguno de los argumentos expuestos en ella han quedado indiciariamente acreditados, pues ni consta una declaración de insolvencia punible del querellado, ni existe un impago del pagaré suscrito por el querellante, puesto que todavía no ha llegado la fecha de vencimiento. Se argumenta asimismo que una mera noticia de prensa no puede ser el fundamento de un hecho futuro y que el derecho penal no puede ser utilizado como un derecho cautelar, en previsión de un hecho futuro.

La pretensión impugnatoria no puede hallar favorable acogida en esta instancia. La presentación de una querrela o de una denuncia no implica un derecho incondicionado del querellante o del denunciante a la admisión de aquellas a trámite y a la sustanciación de un proceso penal que desemboque en una sentencia. Si los hechos que se recogen en la denuncia o la querrela son claramente atípicos, el órgano judicial está obligado a dictar una resolución acordando no iniciar el procedimiento. Teniendo esto en cuenta, lo que la Sala debe aquí valorar es si los hechos descritos en la querrela interpuesta por el ahora recurrente pueden o no ser constitutivos, tal y como este pretende, de los delitos de estafa, apropiación indebida, insolvencia punible, publicidad engañosa y falsedad en documento privado.

Tras analizar los documentos aportados, las alegaciones de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal, este Tribunal comparte plenamente el criterio negativo plasmado en la resolución recurrida, considerándolo plenamente ajustado a Derecho.

Así, tanto en el relato de los hechos que la parte querellante efectúa en la querrela, como en la documentación aportada con esta, se pone de manifiesto que el querellante, como adquirente del pagaré emitido por José María Ruiz Mateos, S. A., es acreedor de la compañía emisora por el nominal de 50.000 y los intereses del 10% anual. Ahora bien, ese derecho de crédito no es exigible en el momento de la presentación de la querrela, sino cuando se produzca el vencimiento del pagaré, esto es, dos años después de la fecha de adquisición, que tuvo lugar el día 15 de abril de 2010.

El hecho de que el vencimiento no se haya producido resulta capital a la hora de valorar penalmente los hechos descritos en la querrela. Así, en cuanto al delito de estafa, el elemento nuclear reside, según la jurisprudencia, en el engaño, realizado con ánimo de lucro, que sea bastante para inducir un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio económico. En el relato fáctico de la querrela, se viene a señalar que el querellante efectuó el acto de disposición patrimonial constituido por la adquisición del pagaré, como consecuencia de un engaño de los querellados, consistente en hacer alarde, en el folleto informativo de la emisión, de una solvencia de la que carecían. Podrían efectivamente encontrarse elementos indiciariamente indicativos de engaño en los documentos aportados con la querrela, pero, con independencia de la consideración de si dicho engaño pudo o no ser bastante

(dado que los documentos con los que el querellante contrasta el contenido del folleto informativo de la inversión, u otros similares, podían estar también a su disposición en el momento de suscribir el pagaré), lo indudable es que resulta imposible configurar el resto de los elementos del delito (ánimo de lucro y dolo de defraudar) cuando la obligación no ha vencido y no puede todavía exigirse el cumplimiento al deudor.

Estas mismas razones sirven para descartar el delito de falsedad en documento privado, ya que el tipo del 395 del CP, no conceptúa como delictiva cualquier falsedad, sino tan solo aquella que se realice con ánimo de perjudicar a otro, cosa que, más allá de la sospecha que pueda derivarse de las mendacidades que, según el querellante, contiene el folleto informativo, no puede en modo alguno establecerse en un momento anterior al vencimiento de la obligación de pago (...).

Por la misma vía debe descartarse el delito del art. 282 del Código Penal. Ha de tenerse en cuenta que no toda falta de correspondencia con la realidad de las afirmaciones incluidas en la publicidad o en las ofertas efectuadas por fabricantes o comerciantes integran este delito. No puede olvidarse que esta conducta puede constituir una de las modalidades de publicidad ilícita a que se refiere el art. 3 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, con la consiguiente repercusión en el ámbito administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el art. 49 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, texto refundido de 16 de noviembre de 2007. Si la conceptualización penal de una conducta de publicidad engañosa requiere un plus de antijuridicidad, como resulta obligado al existir la correspondiente infracción administrativa, resulta imposible apreciar la relevancia de las posibles inexactitudes o mendacidades contenidas en el anuncio de la emisión, en un momento previo al vencimiento de la obligación, cuando todavía es inexigible el cumplimiento a la entidad emisora (...).

Finalmente, es cierto lo señalado implícitamente en la resolución recurrida acerca de que la declaración de concurso de acreedores que requiere el segundo de los tipos penales citados no se afirma en la querrela, pues solamente se sostiene que determinados medios de comunicación han publicado noticias en tal sentido. También lo es que, como afirma el recurrente, se aportan en la querrela datos de los Juzgados de lo Mercantil correspondientes, suficientes para poder comprobar si los querrelados, o alguno de ellos, fueron declarados en concurso. En cualquier caso, como se expresó anteriormente, lo que debe examinarse ahora, dado el tenor de la resolución recurrida, es si en la querrela se describen hechos de naturaleza delictiva. La respuesta es negativa en este supuesto, ya que el delito ahora contemplado exige que la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor declarado en concurso o por una persona que actúe en su nombre, y en la querrela, aparte de citar el art. 260.1 del Código Penal, no se especifica ninguna conducta de los querrelados o de otras personas que actuasen por ellos dolosamente dirigidas a crear la situación de insolvencia o a agravarla.

Por todo lo expuesto, procede confirmar plenamente los acuerdos de inadmisión de la querrela y de sobreseimiento provisional adoptados por el Juzgado de Instrucción en la resolución recurrida...» (AAP de Madrid 803/2011, de 24 noviembre [JUR 2012\13182])²⁶.

* * *

«...Por lo que respecta al delito previsto y sancionado en el art. 282, también de nuevo cuño en el Código actual de 1995, aunque ya tuvo entrada en proyectos ante-

²⁶ Caso «Nueva Rumasa».

rios como el de 1980 y 1983, está dentro de la Sección dedicada a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, describiendo el tipo las acciones llevadas a cabo por fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos hagan alegaciones falsas o características inciertas, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores; éstos, sujeto colectivo, es objeto de protección ya en el texto constitucional cuya realización compete a los poderes públicos según el art. 51 de la CE, y de ahí, según la doctrina, la génesis y alumbramiento del precepto, también regulando la tutela en leyes especiales extrapenales, Ley 26/1984; la finalidad de la norma punitiva no es otra que la protección a la información veraz de las ofertas y publicidad en el mercado, pero es evidente que no se circunscribe a cualquiera de esas actividades, en cierto modo aisladas y concretadas a un reducido número de consumidores, sino que la protección penal debe ir dirigida a un colectivo indeterminado de personas, debiéndose acreditar la capacidad lesiva a una generalidad de ellas, los consumidores globalmente considerados y, así, este delito de peligro, referido al bien jurídico colectivo y difuso, exige, como expresamente requiere el tipo, que esas ofertas y publicidad engañosa «puedan causar un peligro grave y manifiesto»; en el caso presente si bien se da «manifiestamente» la característica de falsedad en la proclamación de las características de los productos embotellados, pues no correspondían de forma alguna a lo declarado en los envases, no se estima incurso lo actuado en las características de gravedad referida, como se ha dicho, a la generalidad e indeterminación del colectivo de los consumidores, dada la entidad y capacidad de los productos envasados, por lo que no se estima incluidos los hechos en el tipo indicado...» (SAP de Granada 228/2000, de 3 abril [ARP 2000\2424]).

12.6. El delito de estafa de inversores (Art. 282 bis)

12.6.1. Casos Prácticos

CASO N.º 195

Los hermanos Roberto, Juan y José Luiz Mateo, consejeros delegados del Grupo empresarial Nueva Marquesina, con el fin de obtener financiación para las trece empresas que componen el Grupo que dirigen, deciden a sabiendas de que se encuentran en una grave situación económica, realizar un aumento de capital a través de una oferta pública de valores.

En la oferta pública de valores pretendía ofrecer una rentabilidad del 10% en cada una de las acciones que fueran adquiridas por los inversores, para lo cual falsearon los datos que debía constar en la auditoria para el supuesto de que los inversores y la Comisión Nacional de Valores les requiriera tal información.

El 10 de junio de 2014 los hermanos Luiz Mateo elaboraron el folleto informativo de la emisión de valores, falseando la totalidad de los datos económicos en el folleto, reflejándose que el Grupo empresarial Nueva Marquesina, era un Grupo líder en el sector de alimentación.

Así las cosas el 10 de enero de 2015 finalizó el plazo para la adquisición de valores, donde ms de mil quinientos inversores en la creencia y confianza de la realidad de los datos adquirieron valores por un valor de tres de millones de euros.

El 20 de mayo de 2015 el Grupo Nueva Marquesina presentó en el Mercantil n.º 2 de Madrid concurso voluntario.

CASO N.º 196²⁷

Con fecha de 28 de junio de 2011 la junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA y, posteriormente, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de Bankia, adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha la salida a bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS).

En efecto, una vez ejecutadas las anteriores operaciones de integración, la dirección de Bankia, el nombre comercial elegido para el nuevo Grupo, se planteó la necesidad de seguir reforzando su solvencia y viabilidad, para lo cual se barajó la posibilidad de un fusión con La Caixa, a la postre descartada en favor de otra opción, que se presentó ante la opinión pública como la más adecuada para afrontar futuros retos: la salida a bolsa de la entidad mediante una OPS, que se justificaba en el propio Folleto por la necesidad de reforzar la estructura de recursos propios, afín de cumplir con las nuevas exigencias legales.

Así se indica en el propio Folleto, registrado en la CNMV con fecha 29 de junio de 2011, al pronunciarse sobre los motivos de la oferta y el destino de los ingresos: La Oferta Pública de Suscripción tiene por objeto reforzar y optimizar la estructura de recursos propios del Banco.

Se presentaba, en definitiva, como una mera operación de reforzamiento de los recursos propios, a fin de realizar una «aplicación adelantada» de nuevos y exigentes estándares internacionales, que contribuiría a potenciar el prestigio de la entidad.

A fin de reforzar la confianza de los posibles inversores se indicaba que, tras la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley 2/2012(sic), el ratio de capital principal (antes de la salida a bolsa) era del 7,99 %, a un escaso 0,01 % del mínimo exigido del 8%, que se vería ampliamente superado tras la misma:

«A 31 de marzo de 2011, el ratio de capital principal de Bankia antes de la Oferta a los efectos de lo establecido en el RD-ley 2/2011 se sitúa en el 7,99%.

Por tanto, según cálculos internos del Banco y de acuerdo con los criterio establecidos en el RD-ley 2/2011, Bankia precisaría captar con los datos a 31 de marzo de 2011, 4.967 millones de euros para alcanzar un ratio de capital principal del 10%, importe que se reduciría a 1.045 millones de euros, suficiente para alcanzar un ratio de capital principal del 8% en caso de que, como consecuencia de la presente Oferta, el Banco consiga colocar acciones a terceros por un porcentaje igual o superior al 20% de su capital social.»

En el propio Folleto se indicaba que, debido a la reciente integración de las distintas Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios resumidos de «Grupo Bankia» correspondiente al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011, pero para compensar esa falta de información histórica se aportaban una serie de «información financiera consolidada pro forma sobre el Grupo Bankia a efectos ilustrativos, partiendo de determinadas bases e hipótesis», de las que resultaba que la entidad tenía una muy saludable solvencia y que incluía arrojaba prometedores beneficios.

Se constituye como una Sociedad de reciente creación, que carece de cuentas consolidadas de ejercicios anteriores debidamente auditadas se le permitiera salir a bolsa, pero lo cierto es que este caso la CNMV lo autorizó, sobre la base —suponemos— de la citada «información financiera pro forma» basada en hipótesis y

²⁷ Caso Bankia

proyecciones, que arrojaba una imagen de la Sociedad ciertamente favorable para la misma.

Como puede imaginarse, todo inversor es consciente de que una inversión de este tipo conlleva un riesgo, asumiendo que es posible un descenso de la cotización por las razones que fueran. Pero nadie puede cuestionar que lo sucedido en este caso nada tiene que ver con un riesgo «normal», habida cuenta que la situación patrimonial reflejada en el Folleto poco o nada tenía que ver con la real, puesta de manifiesto unas semanas después.

En virtud de la mencionada OPS, Bankia emitió 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal cada una de ellas y con una prima de emisión por acción de 1,75 euros (3,75 euros en total), lo que supuso una ampliación de capital por un importe total de 1.649 millones de euros, con una prima de emisión de 1.443 millones de euros.

Así, desde el 20 de julio de 2011, las acciones de Bankia cotizan en las bolsas de valores de Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao y el 8 de septiembre de 2011 el Comité Asesor Técnico del Ibex 35 decidió dar entrada a la misma en el índice selectivo de la Bolsa Española, con efectos del 3 de octubre 2011.

Tras la ampliación, el capital social de Bankia pasó a ser de 3.465 millones de euros, representados por 1.732.572.253 acciones íntegramente suscritas y desembolsadas, estando en manos de accionistas minoritarios el 47,6 % del capital social de Bankia al cierre de 2011, perteneciendo el resto de su capital social a BFA.

Aquel día de estreno en Bolsa el entonces Presidente de la entidad, Sr. R., empezó su discurso en la Bolsa de Madrid afirmando que «estar hoy aquí es, en sí mismo, todo un éxito». Subrayó eufóricamente que «la salida al mercado de Bankia se ha considerado un punto de referencia del sector bancario español» y, tras dar las gracias a «los 347.000 nuevos accionistas de Bankia y a los 11 millones de personas que siguen depositando su confianza en nosotros», manifestó que «la salida a Bolsa es una decisión estratégica porque hace más fuerte a nuestra entidad y consolida su papel de liderazgo en la banca universal española».

A continuación, el Sr. de R. se refirió a que Bankia tenía «unas premisas de gestión muy claras, centradas en la solvencia, la gestión rigurosa de riesgos en todas las fases del ciclo y la eficiencia y austeridad de costes». Y añadió que «así es como Bankia pretende crecer y crear rentabilidad de forma sostenible y esto se traducirá en valor para nuestros nuevos accionistas».

Los títulos de la entidad, que salieron aquel día a 3,75 euros, cerraron el pasado viernes 8 de junio su cotización en el IBEX 35 a 1,03 euros por acción. Ello supone que la inversión mínima exigida de 1.000 euros, valen hoy, unos pocos meses después, 275 euros, se ha evaporado la más mínima posibilidad de repartir dividendos y la Sociedad se encuentra nacionalizada, tras un multimillonario rescate, que ha costado por ahora la friolera de 23.500 millones de euros (más que todo el presupuesto de infraestructuras español), o lo que es lo mismo, casi 500 euros por ciudadano.

No vamos a ocultar aquí que, como es preceptivo en estos casos, el Folleto de salida a bolsa hace expresa advertencia de los distintos factores de riesgo específicos del Emisor (Bankia), tanto los derivados de su proceso de integración, como aquellos derivados de la presencia del FROB como acreedor (hoy en día propietario de la entidad), como de los derivados del mercado y la economía en general, haciendo referencia a la exposición de la entidad al mercado inmobiliario.

Ahora bien, como luego tendremos ocasión de reiterar, los riesgos señalados en el citado Folleto han quedado en puras anécdotas a la luz de lo ocurrido pocos meses después, comenzando por la quiebra e intervención del Banco de Valencia (que no fue

saneada por su matriz Bankia sino con cargo al dinero del FROB), continuando con la nacionalización y rescate de la propia entidad con cargo al dinero del Estado por importe de 23.500 millones de euros, el cese de su Presidente y del Consejo de Administración en bloque, la reformulación de cuentas por el nuevo consejo entrante (con el afloramiento de unas pérdidas de 2.790 millones de euros) y la vertiginosa pérdida de valor de cotización de las acciones, sobre la base de unos datos que posteriormente se han revelado falsos que sirvió a la Sociedad para salir a bolsa.

12.6.2. *Jurisprudencia*

«El artículo 282 bis del Código Penal, introducido la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, recoge la denominada «estafa de inversiones y de crédito», y dispone lo siguiente: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses».

El bien jurídico protegido, no es otro, sino la tutela de los intereses económicos de los eventuales inversores en el mercado de valores. Con la incorporación de esta figura, se pretende sancionar las falsedades que inciden en la presentación de la situación económica de una sociedad, en determinados documentos que van a ser objeto de publicidad, al proceder aquella a la negociación de sus valores. Así, se alude a los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros, y a cualquier otro tipo de documento conteniendo informaciones que la sociedad deba publicar y difundir acerca de sus recursos, actividades y negocios. Dichos documentos han de proceder exclusivamente de «sociedades emisoras de valores negociados en el mercado de valores», para evitar así la difusión falsa de información en un momento crucial, cual es el de la divulgación de los aspectos económicos y financieros de la sociedad que pretende la captación de inversores.

Menciona el precepto el folleto informativo emitido por la sociedad en los casos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros. Este «folleto de emisión» viene regulado por la Directiva 2003/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión de cotización de valores mobiliarios, y que fue transpuesta al Derecho español por el Decreto-Ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. El «folleto» se menciona en el artículo 25.2 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), el cual deberá ser publicado en los casos de emisión en el mercado primario de valores, es decir, en el momento en que las sociedades ofrecen los valores públicamente para su suscripción o para su venta. A continuación, el artículo 26 hace referencia al «folleto informativo» al regular los

requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, estableciendo que «si bien la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, no requerirá autorización administrativa previa», estará sujeta, no obstante, al cumplimiento previo de una serie de requisitos, entre los que se incluye «la aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un folleto informativo, así como su publicación» (artículo 26.1 c) LMV). Y el artículo 27.1 LMV regula el contenido que debe tener el «folleto» en cuestión: «El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible». En apartado tercero del citado precepto, se alude a que «proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores. Se entenderá por información fundamental, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando. Sin perjuicio de lo que reglamentariamente se determine, formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes: a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera. b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores. c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente. d) Información sobre la admisión a cotización. e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

En el artículo 28 LMV., viene referido a los sujetos sobre los que debe recaer la responsabilidad de la información, mencionando al emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores, así como en el garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar, y la entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice en los términos que reglamentariamente se establezcan.

En definitiva, se trata de ofrecer información sobre la situación financiera de la entidad y sobre las características de los valores ofrecidos, para que el eventual inversor pueda tener una visión clara de la posición de la entidad y de las ventajas e inconvenientes derivados de la posible adquisición de los valores sociales. El artículo 22 RD 1310/2005, regula el suplemento al folleto, en el que deberá hacer constar «cualquier nuevo factor significativo, inexactitud, o error que sean relevantes, relativos a la información incluida en el folleto, susceptible de afectar a la evaluación de los valores y que surja o se observe entre la aprobación del folleto y el comienzo de la negociación en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea».

Pero eso sí, habrá que exigir que la falsedad penalmente típica deberá recaer sobre algún extremo relevante en orden a motivar a un inversor razonable a adquirir el título valor en cuestión. Y esto, es importante, ya que el falseamiento típico puede consistir tanto en una alteración de los datos como en la ocultación de datos relevantes que

deberían figurar en la información. No debe olvidarse además, que la propia LMV (artículos 35, 35 bis, 82, entre otros) aluden a la publicación de Información financiera periódica por parte de sociedades que negocian en un mercado de valores, así como de otros hechos relevantes.

En definitiva, en el caso de autos, el Folleto Informativo para salida a bolsa de la entidad «Bankia», se reputa fundamental. En palabras del Instructor, «los riesgos señalados en el Folleto han quedado en puras anécdotas a la luz de lo ocurrido, pocos meses después, comenzando por la quiebra e intervención del Banco de Valencia (que no fue saneada por su matriz Bankia, sino con cargo a dinero del FROB), continuando con la nacionalización y rescate de la propia entidad con cargo al dinero del Estado por importe de 23.500 millones de euros, el cese de su Presidente y del Consejo de Administración en bloque, la reformulación de cuentas por el nuevo consejo entrante y la vertiginosa pérdida de valor de cotización de las acciones. La responsabilidad no se circunscribe a lo que se indica en el Folleto, sino también por omisión en todo aquello que, debiendo haberse mencionado, se silenció, tal y como se indica en el propio Folleto».

El tipo penal que nos ocupa, no se centra tanto en la publicación de datos falsos, sino en el falseamiento de los documentos que han de ser objeto de difusión. Como indica el auto combatido, «se trata de un supuesto de falsedad ideológica», es decir, una discordancia real y objetiva entre lo manifestado en el documento y lo que existe en la realidad, siendo precisamente en estos aspectos en los que inciden los informes periciales del Banco de España, particular en el que no se aprecia opinión discrepante alguna» (CASO BANKIA -Auto de la Audiencia Nacional n.º 158/2015, de 6 de mayo, [ARP\2015\350], Auto de la Audiencia Nacional n.º 147/20015, de 28 de abril, [ARP\2015\348], Auto de la Audiencia Nacional n.º 146/2015, de 28 de abril, [ARP\2015\347]).

12.7. El delito de facturación de cantidades superiores por productos o servicios cuyo coste o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos (Art.283)

12.7.1. Casos Prácticos

CASO N.º 197

Dámaso, mayor de edad y sin antecedentes penales, conductor del auto taxi matrícula..., propiedad de su esposa Apolonia, en marzo de 2007 en Madrid a instancia del acusado fue colocado por persona no determinada un dispositivo que alteraba el taxímetro, obteniendo así mayores tarifas de los clientes de las que correspondía a cada carrera, llevando a cabo dicha conducta hasta que el 7/04/2007 fue detenido por agentes de la Policía Municipal tras hacer uso del citado dispositivo en una carrera desde el aeropuerto de Madrid Barajas.

CASO N.º 198

A raíz de investigaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil de Barcelona, durante el año 1997 con relación a la empresa «Gasóleos Cataluña, SA» (constituida mediante escritura pública otorgada en fecha 6 de noviembre de 1991), cuyo administrador único era el acusado José María, mayor de edad y sin antecedentes penales, empresa dedicada a la venta y distribución de gasóleo se solicitó en el mes de enero de 1998 por

la citada Guardia Civil mandamiento judicial de entrada y registro en la finca utilizada por la empresa situada en la calle Motores, núm. 20, de Barcelona, donde se ubicaba la también mercantil «Carbones Minerales EMA, SA», titularidad del hermano del acusado M., Jorge M. J. En respuesta a esta petición el Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Barcelona dictó en fecha 15 de enero de 1998 Auto autorizando la entrada y registro solicitada, al objeto de proceder a la búsqueda y constatación de las posibles operaciones de manipulación en los relojes contadores de los dos camiones de la empresa, con matrículas respectivas HU-...-J y B-...-OJ, así como a la ocupación de la documentación y demás elementos que pudieran estar relacionados con los hechos investigados.

El acto de entrada y registro se llevó a cabo el día 16 de enero de 1998, iniciándose a las 9.30 horas de la mañana y finalizando a las 12,15 horas del mismo día. A resultas de la diligencia practicada fueron intervenidos en el contenedor que servía de oficina a las dos empresas que utilizaban el terreno, los siguientes efectos pertenecientes a «Gasóleos Cataluña, SA (...) Detectándose, asimismo, que tres tanques instalados en la finca —que se hallaban semiocultos tras unos montones de carbón y parcialmente cubiertos por lonas, en el interior del recinto de la finca, cercado por altas vallas— y que pertenecían a «Gasóleos Cataluña», contenían respectivamente, las siguientes cantidades y clases de carburante:

- Depósito con capacidad para 30.000 litros, conteniendo 10.000 litros de gasóleo tipo C.
- Depósito con capacidad para 15.000 litros conteniendo 5.000 litros de gasóleo tipo A.
- Depósito con capacidad para 7.000 litros conteniendo 2.000 litros de gasóleo tipo B.

Sin que se poseyera la pertinente autorización administrativa para la tenencia de dichos depósitos de combustible en el terreno mencionado.

Habiendo procedido el perito calibrador que acompañaba a la comisión judicial a la verificación de la calibración de los contadores de los dos camiones cuba reseñados (que fueron hallados sin precinto alguno), siendo sometido cada uno de ellos a las siguientes pruebas: determinación del caudal por minuto, cálculo del coeficiente corrector y pruebas a cada uno de ellos con un caudal de 500 l por prueba CM, para evaluar el error entre el contador homologado y calibrado y los dos contadores de los vehículos. Apreciándose ya en aquellos instantes una diferencia de unos 24 por cada 500 l que indicaba el contador que se habían servido, disparidad que se producía a favor de los camiones, y en cada uno de los dos relojes contadores.

Como conductores de los dos camiones cisterna mencionados, pertenecientes a «Gasóleos Cataluña, SA», venían desempeñando sus servicios: el acusado Juan José G. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el año 1993, quien indistintamente utilizaba uno u otro vehículo en el reparto; así como ocasionalmente realizaba labores de distribución del carburante el también acusado, Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien desde aproximadamente principios del año 1996 era contratado periódicamente, a tiempo parcial, en las épocas del año en que había más demanda, normalmente de diciembre a marzo, y alguna vez durante las vacaciones estivales del otro chófer, usando este acusado usualmente para realizar la distribución el camión con matrícula HU-...-J.

El sistema de actuación utilizado por los conductores de los vehículos para servir el gasóleo era el siguiente: cada mañana la secretaria de la empresa, Elvira C., comunicaba a los chóferes desde la sede de las oficinas de la misma, situada en la calle

Roger de Lluria, 114, 4.º-2.ª, de Barcelona, los pedidos que debían servir aquella jornada, a cuyos efectos los camiones eran trasladados primero a las empresas suministradoras al por mayor del gasóleo, normalmente las mercantiles Capesa o Tepsa, para cargar el carburante del tipo requerido y posteriormente realizaban el reparto del gasóleo solicitado, actuando así estrictamente sobre pedido, lo cual permitía que la empresa no debiera tener «stocks» de carburante.

El gasóleo se servía a los depósitos de los clientes por el mismo conductor del camión, quien facturaba según la cantidad que aparecía como efectivamente dispensada en el contador destinado al efecto. Permaneciendo en ocasiones los encargados de recibir el carburante y pagarlo junto al empleado de «Gasóleos Cataluña» mientras hacía el repostaje, o ausentándose en otras. Ocurriendo que los que permanecían junto al conductor del camión prestaban más o menos atención a lo que indicara el reloj contador e incluso algunos de ellos comprobaban posteriormente con diferentes mecanismos (introducción de varillas medidoras, usando sus propios contadores, pesando el camión antes y después de repostar...) la realidad, con mayor o menor exactitud dependiendo del sistema utilizado, de las cantidades efectivamente suministradas.

El conocimiento de las circunstancias antes referidas sobre el control efectuado por los clientes sobre el reparto movió a concertarse, en fecha que se ignora, pero en todo caso entre 1993 y 1994, al administrador único de «Gasóleos Cataluña», el acusado José M.ª, con el conductor usual de los camiones, el también acusado Juan José, a fin de determinar la manipulación de los aparatos contadores de ambos vehículos con el objetivo de que las cantidades reflejadas en los mismos, y por ello el precio facturado, no se correspondiera con la realidad de lo repostado a sus clientes, restando así en cada entrega un porcentaje de lo que teóricamente se había servido en el interior de las cubas de los camiones. Dicha manipulación de los relojes contadores podía realizarse con facilidad por la persona que llevara a efecto la entrega, e incluso era posible eliminar el porcentaje de error que los dos acusados mencionados habían determinado como aceptable a los fines de no levantar demasiadas sospechas, en los casos que fuera conveniente por conocerse de antemano que la actitud del empleado encargado de recibir el pedido o las formas de corroboración de la cantidad de carburante servido detectarían la diferencia a favor de la empresa suministradora.

El acusado Juan José, en desarrollo y cumplimiento de lo ideado conjuntamente con su patrón, llevó, a partir de un momento que se desconoce, el control de las precauciones y actitudes que acostumbraban a adoptar los clientes de «Gasóleos Cataluña» durante el avituallamiento, anotando en una libreta los nombres de las empresas o personas que eran abastecidas, en ocasiones la dirección, la conducta del encargado, los sistemas de comprobación si es que los había, y el porcentaje habitualmente defraudado a cada comprador en particular en los casos en que había constatado que no era muy estricto el control de los clientes, y que normalmente era de un 4%, siendo también en ocasiones de un 2%, 3% o 5%, así como anotándose en algún caso directamente la cantidad de litros que se dejaba de suministrar y se facturaba. Junto a los datos identificativos de clientes que tomaban estrictas precauciones de comprobación se omitía la expresión de cualquier porcentaje o cantidad expresada en litros. Igualmente también quedaba reflejado en las anotaciones de la mencionada libreta aquellos clientes que en alguna ocasión habían expresado sus quejas al empleado de «Gasóleos Cataluña» por haber detectado que en alguno de los suministros se había producido un desfase entre lo encargado y cobrado y lo que se comprobó que habían efectivamente repostado.

Los remanentes de combustible así obtenidos por los servicios realizados eran depositados, durante los años 1996 y 1997, en los tres tanques que se encontraban en la finca de la calle Motores, dependiendo del tipo de gasóleo de que se tratara, quedando reflejada en los talonarios de entregas la cantidad de combustible que en cada visita a los depósitos se traspasaba. A su vez este gasóleo era utilizado como carburante en los vehículos de la empresa y de sus empleados, al mismo tiempo que se vendía a particulares o a otras empresas, aun sin sujeción a las restricciones que regulan la utilización de cada tipo de gasóleo.

De este modo se cobró y facturó a los siguientes clientes al menos las cantidades de gasóleo que se especifican, mayores de las efectivamente suministradas, con el porcentaje de error que se indica, a lo largo de los años 1993 a 1997: (...)

A su vez, las siguientes empresas o comunidades de propietarios dejaron de recibir las cantidades de gasóleo que se mencionan, que pagaron por creer que efectivamente se las habían suministrado, en algún servicio que «Gasóleos Cataluña, SA» les realizó entre los años 1993 y 1997:(...)

Siendo el precio más bajo al que la empresa «Gasóleos Cataluña» vendió el gasóleo del tipo C en aquellos años el de 0,21 €/l.

Sin que se haya determinado que el acusado Manuel H. V. tuviera conocimiento y participación en estos hechos.

CASO N.º 199

José A. interpone denuncia que se fundamenta en el hecho de que habiendo sido entregado un vehículo para su reparación a un taller, por la pérdida de agua que sufría el motor, y tras asegurarle que el coche estaría reparado a finales del mes de enero, al acudir el denunciante le manifiestan que habían detectado un problema en la junta de la culata, ascendiendo su reparación a 2.917,87 euros.

Al no estar conforme con dicha cantidad, el denunciante exige la entrega del vehículo, negándose la empresa al no haberse abonado los trabajos llevados a cabo hasta entonces. Señala José que; «no es que el retraso se deba al factor exceso de trabajo, sino a tratar de alargar el tiempo, para conseguir doble propósito, un desplazamiento patrimonial, por coche de alquiler, y a engordar la facturación, por reparaciones que no se realizan. Ya que una supuesta rotura de un tubito de agua en el motor de un coche, a fecha 2 de diciembre, asciende ya a más de 3.000 euros.

12.7.2. *Jurisprudencia*

«...Esgrime en segundo lugar la parte apelante infracción de ley por aplicación indebida del artículo 283 del CP. En esencia argumenta el apelante que no se ha acreditado un efectivo perjuicio al viajero y que en consecuencia no es aplicable el tipo penal. Zanjada la cuestión de que la realidad de los hechos, a través de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y como hemos explicado, es la existencia de un mecanismo defraudatorio en la tarificación del taxímetro, utilizado al menos en una ocasión, el argumento expuesto por la defensa ha de ser rechazado.

Ya hemos indicado las razones objetivas por las que considerábamos acreditado que el mecanismo funcionaba (el hecho de que un cable estuviera suelto en nada obsta a la realidad del fraude), puesto que de hecho así fue comprobado por los técnicos y además fue igualmente comprobado por el agente de Policía Municipal que detuvo al acusado. Partiendo de tal extremo acreditado, se cumplen los elementos que inte-

gran el tipo penal que nos ocupa que, no olvidemos, está descrito por la jurisprudencia como un delito de peligro concreto que trata ampara el bien jurídico de la protección a los consumidores.

En tal sentido y como bien se dice en la sentencia impugnada, nuestro Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 31.12.2001 (Ponente Excmo. Sr. Saavedra Ruiz), expresamente señala que estamos ante un delito de peligro concreto, de tal modo que si se llega a efectuar algún tipo de transacción con cobro de cantidades superiores a las que correspondían, ya no estaríamos delante del tipo penal que nos ocupa, sino frente a un delito de estafa del artículo 248 y 249 del C. Penal castigado por cierto con penas superiores al tipo penal que tratamos, si tal defraudación superara los 400 €.

La mera facturación de servicios mediante la manipulación fraudulenta de los aparatos de medición es lo que se castiga en el tipo penal del artículo 283 del CP y tales extremos han sido acreditados mediante las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, por lo que debe desestimarse este motivo de impugnación.

Igualmente hace referencia el apelante al hecho de haber sido sancionado administrativamente por estos hechos. No es cierto, a tenor de la documentación aportada por el apelante y a tenor incluso del tenor literal del contenido del recurso de apelación interpuesto, que el acusado hubiera sido sancionado administrativamente por estos mismos hechos. La documentación incorporada por la parte recurrente en la vista celebrada en esta segunda instancia se limita a un resguardo de ingreso en relación a un expediente que se sigue en el Ayuntamiento de Madrid, pero dicho resguardo de ingreso, no explica a que corresponde tal ingreso, si a una sanción, si a un recargo por retraso en el pago de impuestos, si a una tasa y desde luego ni especifica el tipo de sanción, ni mucho menos los hechos.

Por otra parte en el escrito de interposición del recurso, se dice, sin prueba alguna de ello, que el acusado fue sancionado administrativamente por el desprecintado del taxímetro. Obviamente y, suponiendo que sea cierto que fue sancionado administrativamente por dicho desprecintado, no es lo mismo desprecintar un aparato medidor que instalar un mecanismo de defraudación en dicho aparato...» (SAP de Madrid 248/2009, de 22 abril [JUR 2009\245625]).

* * *

«...Por contra no se consideran concurrentes los requisitos indispensables que permitirían integrar lo acaecido en el segundo delito por el que se formulaba acusación, esta vez únicamente contra el señor M., relativo al mercado y los consumidores. Si bien formalmente parecen concurrir los elementos configuradores del tipo recogido en el art. 283 del CP, se observa, por un lado, que el interés que el legislador ha considerado digno de protección en este caso es, dada la ubicación del precepto dentro del Capítulo decimoprimer del Título decimotercero del Libro II del CP, a grandes rasgos, la estructura económica que la vigente Constitución perfila, fundamentalmente mediante el contenido de los arts. 38 y 51.1.º, y más concretamente la figura penal que nos ocupa tutela las reglas de confianza y buena fe que rigen las operaciones comerciales, el intercambio de bienes —con mayor razón los de primera necesidad, como puede considerarse el combustible— a que nos vemos abocados todos los ciudadanos como consumidores, en mayor o menor medida; se intentan proteger, pues, los legítimos intereses económicos del consumidor.

Ello lleva a que el tipo se configure como de peligro concreto, no requiriendo para su consumación la efectiva producción de perjuicio al consumidor, siendo suficiente la mera manipulación de los aparatos medidores o contadores. De exigirse la efectiva producción de un concreto perjuicio económico al consumidor el tipo sería de difícil-

tosa distinción con la estafa, configurándose entonces como una modalidad especial de defraudación y siendo en ese caso más lógica su ubicación junto a los tipos que se contienen en los arts. 255 y 256 del CP, que recogen la figura inversa, la defraudación por parte de los consumidores a las compañías suministradoras de los bienes que éstas sirven (gas, agua, electricidad...) mediante la manipulación por los primeros de los aparatos medidores, entre otras modalidades.

Así las cosas, en el supuesto analizado se constata de manera palmaria que, efectivamente, se produjo una clara manipulación de los relojes medidores del fluido suministrado, lo cual desembocaba en este concreto caso en un menoscabo patrimonial para los clientes de la empresa y un correlativo beneficio para los autores del fraude, que cobraban por unas cantidades de gasóleo que no surtían realmente y que a la vez podrían utilizar o bien revender obteniendo, entonces sí, la contraprestación por el real intercambio llevado efectivamente a término. Pero igualmente se constató, así lo evidencia la libreta que contiene las anotaciones relativas a los clientes, que los agentes no llevaron a cabo la manipulación en una sola ocasión y destinada a la generalidad de clientes que requirieran sus servicios a partir de aquel momento, sino que modificaban a su antojo la variación introducida en los relojes, de manera que podían elevar o disminuir el porcentaje de error en el suministro a voluntad, porcentaje que solía ser del 4%, pero que llegó a bascular entre el 2% y el 5%, como también eliminaban totalmente la variación entre lo reflejado en el contador y lo realmente suministrado, dependiendo el modo de actuar de quién fuera el cliente y qué métodos de comprobación adoptaba la persona encargada de recibir el pedido en lo referente al repostaje del gasóleo.

Puede afirmarse así que en el supuesto que nos ocupa la alteración de los relojes de medición de lo suministrado se llevaba a término o no, y en caso afirmativo en mayor o menor medida, dependiendo en cada supuesto concreto de los datos que se habían recopilado de los clientes. El ánimo de perjudicar, pues, era dirigido a concretas y determinadas personas o entidades, impidiendo tal actuación afirmar la presencia de un ánimo de menoscabar los intereses de los consumidores en general, ámbito colectivo al que parece ir dirigido, por los motivos ya expuestos, el delito contenido en el art. 283 CP.

Cuestión distinta hubiera sido, de estimarse concurrente la figura analizada, la relación que la hubiera ligado al precedentemente estudiado delito de estafa, que sí se consideró presente. En cualquier caso se considera que la relación concursal hubiera debido decidirse entre el concurso de leyes, si la opción acogida fuera la de configurar el delito del art. 283 como una modalidad específica de estafa (lo cual parece poco probable por su propia ubicación así como por la penalidad que se establece por el legislador; que resulta más beneficiosa en lo que aparentemente debería ser un subtipo agravado), lo cual hubiera supuesto la aplicación del art. 8 del texto punitivo y utilizando la regla de la especialidad implicaría aplicar sólo el delito del art. 283; o bien que se trataría de un concurso ideal de delitos, dando lugar el mismo hecho a dos o más delitos que ofenden bienes jurídicos de distinta o igual naturaleza, aplicándose entonces las reglas del art. 77 del CP. Mas no podría afirmarse, a juicio del Tribunal, que el delito de estafa y el realizado contra los intereses de los consumidores se hallarían en una situación de concurso medial, como interesaba el Ministerio Fiscal, pues la manipulación de los contadores, que constituye el engaño, el alma de la estafa, y que a la vez es requerida indefectiblemente para configurar el tipo del art. 283 se ubica y es indispensable en ambas infracciones, que por ello existirían independientemente y no en relación de instrumentalidad...» (SAP de Barcelona, 10 enero 2000 [ARP 1999\4188]).

«...La denuncia se fundamenta en el hecho de que habiendo sido entregado un vehículo para su reparación a un taller, por la pérdida de agua que sufría el motor, y tras asegurarle que el coche estaría reparado a finales del mes de enero, al acudir el denunciante le manifiestan que habían detectado un problema en la junta de la culata, ascendiendo su reparación a 2.917,87 euros.

Al no estar conforme con dicha cantidad, el denunciante exige la entrega del vehículo, negándose la empresa al no haberse abonado los trabajos llevados a cabo hasta entonces. Señala el denunciante que; «no es que el retraso se deba al factor exceso de trabajo, sino a tratar de alargar el tiempo, para conseguir doble propósito, un desplazamiento patrimonial, por coche de alquiler, y a engordar la facturación, por reparaciones que no se realizan. Ya que una supuesta rotura de un tubito de agua en el motor de un coche, a fecha 2 de diciembre, asciende ya a más de 3.000 euros».

Los términos del recurso revelan la dificultad que para la parte tiene el encaje penal de los hechos objeto de las presentes, precisamente porque no son constitutivos de ilícito penal alguno.

En primer lugar, en cuanto al delito tipificado en el artículo 283, «Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.»

Se trata de un tipo ubicado en la Sección correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, que tiene por finalidad la protección de los legítimos intereses económicos de éstos como colectivo abstracto o genérico, de ahí que se configure como un delito de peligro concreto, no requiriendo para su consumación la efectiva producción de perjuicio al consumidor, siendo suficiente la mera manipulación de los aparatos medidores o contadores, cuya concurrencia sí es necesaria para configurar la infracción del artículo 283, y es su inexistencia la que debe suponer la desestimación del recurso en este sentido.

Igual suerte deben correr el resto de motivos invocados, concretamente la tipificación de los hechos como una presunta estafa o un delito de apropiación indebida.

Concretamente, en relación a la estafa, para que fuera viable la vía del Derecho Penal en este tipo de supuestos, es preciso, según declara la Jurisprudencia, que en un determinado contrato una de las partes disimule su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a que por el mismo se obliga y, como consecuencia de ello, la parte contraria, que desconoce tal propósito, cumpla lo pactado realizando un acto de disposición del que se lucra el otro. Es doctrina reiterada la que señala que la criminalización de los negocios civiles o mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio surge antes o en el momento de celebrar el contrato y es capaz de mover por ello la voluntad de la otra parte (SSTS de 16 de septiembre de 1991, de 24 de marzo de 1992 y de 23 de enero de 1998), sin que se acredite éste engaño previo.

Por último, no resulta justificada la perpetración de delito de apropiación indebida, cuyo elemento subjetivo consiste en la intención, de transmutar, cambiar o introvertir la posesión legítima en propiedad ilegítima, por actos de propia autoridad careciendo de títulos para ello, de forma que no basta la simple retención posesoria, derivada, en este caso, de un contrato de arrendamiento de servicios, porque con ella todavía el derecho de propiedad del legítimo dueño no ha sido violado.

Por todo ello, en atención a los razonamientos expuestos, los hechos denunciados deben reconducirse al ámbito estrictamente civil, sin que pueda apreciarse la existencia de indicios de criminalidad que determinen la oportunidad de su sanción por la

vía del Derecho Penal, cuya aplicación está presidida por el principio de intervención mínima, motivo por el que el recurso debe ser rechazado, sin que sea necesaria la práctica de las diligencias propuestas, que carecen de valor para desvirtuar la convicción alcanzada...» (SAP de Las Palmas91/2008, de 18 febrero [JUR 2008\166714]).

12.8. Subtipos agravados (Art. 284)

12.8.1. Casos Prácticos

CASO N.º 200

El día 16 de enero de 1996 la Asociación de Mejilloneros de Cabo de Cruz, en Boiro, tenía la intención de descargar mejillón para procurar su distribución en el mercado. Ello motivó que mejilloneros de otras zonas de Pontevedra se organizaran en un grupo muy numeroso de personas con el fin de impedirlo, entre las cuales se encontraban los acusados Manuel C. O., José L. L. y Manuel C. I., mayores de edad y sin antecedentes penales.

Sobre las 8,25 horas de ese día un grupo de unas 30 personas encabezadas por el acusado Manuel C. O. impidió la entrada del camión OR-G propiedad de Mariscos Arcade S.L., que se dirigía a cargar mejillón. Una vez apeado el conductor el propio Manuel C. O. trató de quitar el freno de mano del vehículo a la vez que el grupo comenzó a empujarlo con la intención de arrojarlo al mar, lo que fue evitado por miembros de la Guardia Civil, que no evitó que desde ese grupo se lanzaran piedras, habiendo alcanzado una de ellas al citado camión, causándole desperfectos valorados en 362 euros.

El acusado Manuel C. I. durante la mañana de ese día estuvo haciendo acopio de piedras y amontonándolas con el pie, para facilitar al grupo la tarea de lanzarlas para impedir la descarga de mejillón.

Sobre las 19 horas del mismo día 16 se reanudó la carga de mejillón en el camión PO-AM y cuando éste estaba cargado y se disponían a cargar el camión OR-G, alrededor de las 20,30 horas, se reprodujeron los incidentes por parte del grupo capitaneado por el Sr. C., mediante el lanzamiento de piedras, habiéndose llegado a rajar la rueda de este segundo camión para impedir su maniobrabilidad.

CASO N.º 201

Julieta, a través de la sociedad Titánica Capital Investment, SLU (Titánica), de la que era administrador único, y de su matriz Grupo Inversor Hispania, SA, de la que era presidente y consejero delegado, se había convertido en accionista significativo del Banco Popular Español, SA, por ser titular a través de dichas sociedades de 42.540.155 acciones admitidas a cotización bursátil, o lo que es lo mismo, del 3,5 % en su capital social, siendo los accionistas más significativos, además del imputado.

Para la adquisición de tan importante cantidad de acciones, Titánica obtuvo financiación parcial de la entidad Fortis Bank (Nederland) BV, mediante acuerdos de 26 de julio y 5 de noviembre de 2007, en los que Fortis Bank había establecido un mecanismo de afianzamiento vinculado al valor de la acción en cada momento.

En ejecución de tales acuerdos, Titánica adquirió esas acciones en dos fases entre el 30 de julio de 2007 y el 8 de enero de 2008 a través de Fortis Bank, S.A. sucursal en España, pagando por ellas un total de 527.460.723 €, de los que 394.240.695 € fueron financiados por Fortis.

Como garantía de esas operaciones, las acciones quedaron pignoradas a favor de Fortis, sin que a Titánica le fuera permitido disponer ni negociar nada sobre las mismas sin previa autorización. Además, como garantía adicional, Fortis estableció la obligación por parte de Titánica de efectuar los depósitos en metálico que en el futuro les pudieran ser requeridos para el caso de que las acciones de Banco Popular se depreciaran en el mercado por debajo de ciertos límites («Margin Calls Obligations»).

Las acciones de Banco Popular registraron una tendencia descendente desde mediados del año 2007, partiendo de valores cercanos a 14 euros —cuando Titánica empezó a comprar acciones— y terminando por debajo de 7 euros en el mes de julio de 2008.

A causa de esa evolución bajista, Fortis requirió en varias ocasiones a Titánica para que cumpliera con las obligaciones de *margin call* que se habían pactado como garantía de la financiación. Así, desde el 16 de enero hasta el 19 de junio de 2008, Fortis exigió a Titánica un total de doce depósitos por diversas cantidades que llegaron a alcanzar un máximo de 58.000.000 €. Sin embargo, desde el 3 de junio Titánica no atendió ninguno de esos requerimientos, proponiendo a Fortis otras garantías alternativas (pignoración de nuevas acciones, entrega de un pagaré) que nunca llegaron a instrumentarse o quedaron frustradas por la propia actitud de la deudora.

El imputado, tenía especial interés en que el valor no cayera por debajo de determinados límites, razón por la cual, ante una tendencia bajista de las acciones en junio de 2008, procedió a difundir durante varios días en los medios de prensa especializados noticias que a la postre se acreditaron falsas y que, sin perjuicio de conseguir por dos días el anhelado repunte alcista, no impidieron finalmente la ejecución de las garantías por parte de Fortis Bank, lo que le generó unas pérdidas de 170.093.974 €.

En ese contexto de depreciación de las acciones, el diario «Negocio» anunció en la portada de su edición del 12 de junio de 2008 —el mismo día en que Fortis había exigido a Titánica un depósito de 58.000.000 € que no atendió— que un grupo inversor mejicano liderado por cinco empresarios estudiaba lanzar una OPA sobre Banco Popular con una prima superior al 50 % a precios del mercado. En páginas interiores se detallaba que el precio sería de unos 14 ó 14,5 euros por acción, que la operación sería financiada por HSBC y que los inversores pretendían adquirir el 30 % del capital. Dicha noticia, difundida por Julieta, provocó una súbita subida del valor de sus acciones no acorde con la evolución natural del mercado, especialmente durante los días 12 y 13 de junio de 2008.

CASO N.º 202

El 5 de mayo de 2006, «Parquesol Inmobiliaria y Proyectos S.A.» (en adelante, Parquesol), empezó a cotizar en Bolsa a un precio de 23 euros por acción. Como consecuencia de la evolución bajista de las acciones durante el citado mes, en la que la acción apenas llegaba a los 17 euros, la mercantil «New Gp Cartera S.L.U.» (en adelante New Gp), accionista mayoritario de Parquesol, decidió iniciar las gestiones tendentes a la venta de las acciones de Parquesol.

La mercantil «Inmobiliaria Grupo San José» (en adelante, Grupo San José), interesada en la adquisición de las acciones de Parquesol, inició una serie de contactos tendentes a llegar a un acuerdo sobre la compra de ésta última a través de varias reuniones que se extendieron desde los últimos días de junio de 2006 hasta los primeros días de julio, en las que intervinieron, por la parte interesada en la adquisición de Parquesol, los propios asesores financieros de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas y el propio Grupo San José y, por parte de la entidad vendedora,

New Gp. A la finalización del citado periodo, el presidente de Grupo San Jose, D. Olegario ofreció a los representantes legales de Parquesol adquirir sus acciones con un rango similar al que tenían al inicio de su cotización en Bolsa, esto es, 23 euros por acción.

Aceptada la propuesta por Parquesol, Grupo San José inició una serie de contactos con diversas entidades bancarias tendentes a financiar la operación. Entre otras, se reunió en la mañana del 19/07/2006, en la sede de Grupo San Jose, en la localidad madrileña de Tres Cantos, con el acusado Pablo Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo AG, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, con sede en Alemania, a quien ya conocía no sólo del sector inmobiliario, sino a nivel personal por haber coincidido en cacerías, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de Parquesol y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba financiara la operación de compra de las acciones de Parquesol. Acto seguido, el presidente de Grupo San José puso en contacto al mencionado acusado con D. Valentín, Director Financiero de Grupo San José, quien acudió al despacho de D. Olegario a saludar al acusado con el que quedó en reunirse al día siguiente.

El 20/07/2006, Pablo Jesús, con objeto de financiar la operación de compra de las acciones en las que Grupo San José estaba interesado, se reunió en la oficina del Paseo de la Castellana 110, además de con el citado D. Valentín, con el asesor financiero de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas, asistiendo por parte de Eurohypo, un representante de Atlas Capital como asesor financiero y un representante legal de la firma de abogados Cuatrecasas, quien elaboró un contrato de confidencialidad con Eurohypo ese mismo día.

En la reunión, se partió de la premisa de que los términos básicos de la operación de compra que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre Parquesol no podría ser inferior al que ostentaba al inicio de su cotización en Bolsa, es decir, el rango del precio de la acción no podría ser inferior a los 23 euros, por cuanto era un requisito exigido por la familia Luis María, accionista mayoritario de Parquesol.

El 21/07/2006, Grupo San José fijó definitivamente el precio de compra de las acciones de Parquesol en 23,10 euros por acción. Ese mismo día, Eurohypo comunicó a Grupo San José que no podía financiar la operación de compra interesada que llevó a cabo la entidad Barclays.

El 28/07/2006 se cerró el acuerdo definitivo entre Grupo San José y New Gp Cartera, accionista mayoritario de Parquesol, por el que el primero se comprometía a presentar una oferta pública de adquisición (OPA) a un precio de 23,10 euros por acción que fue puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ese mismo día y lo registró como hecho relevante. La cotización de las acciones de Parquesol se suspendió desde las 12,52 horas del día 28, cuando las acciones cotizaban a 21,85 euros, y se reanudaron a las 8,30 horas del 31 de julio de 2006, siendo el precio de su cotización 22,80 euros.

Una vez que Pablo Jesús tuvo conocimiento, tras la reunión con D. Olegario el 19/07/2006, de la oferta pública de acciones que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre las acciones de Parquesol y de los términos básicos de la operación de compra, que implicaba que el precio de la acción no podría ser inferior al del inicio de su cotización en Bolsa, es decir, al de 23 euros por acción, informó de tales extremos al acusado Felix, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el teléfono móvil núm.007 que la entidad Eurohypo había puesto a su disposición, llamando o enviando una serie de mensajes a los números 004 y 005 utilizados por el citado, con quien le unía además de una buena relación de amistad, intereses económicos.

Tales contactos telefónicos que se iniciaron a las 11.08 horas del referido día 19/07/2006 y se reiteraron a las 12.40, 12.48, 14.57 y 16.17 horas de ese mismo día, motivó que el acusado Félix, comprara, desde las 13,13 horas de ese mismo día 19/07/2006 y continuara adquiriendo los días 20 y 21 de julio, a través de varias sociedades de su titularidad, acciones de Parquesol.

Igualmente, el acusado Pablo Jesús informó a partir del 19/07/2006, a su cuñado Primitivo, hermano de su esposa, de la oferta pública de acciones que iba a llevar a cabo Grupo San José sobre Parquesol, motivando que, tras solicitar un crédito bancario, el 21/07/2006, la mercantil Joturve, propiedad del citado, adquiriera un total de 9.000 acciones de la misma, a un precio de 19,69 euros la acción, lo que ascendió a 177.234,50 euros que fueron vendidas entre los días 3,4 y 6 de octubre de 2006, por un precio de 23,02 euros por acción, por un precio total de 207.180 euros, obteniendo en ese periodo una ganancia de 29.945,50 euros.

Además de las anteriores adquisiciones efectuadas a través de transacciones realizadas en entidades bancarias sitas en territorio español, los dos acusados, de mutuo acuerdo, abrieron en el principado de Andorra, diversas cuentas, bien para adquirir acciones de Parquesol, o para ingresar los beneficios obtenidos con la diferencia de precio entre la adquisición y su posterior venta.

La información aparecida en los diarios económicos que figuran en las actuaciones en los días previos al 19/07/2006 no contenía ningún dato sobre una posible O.P.A. de Grupo San José sobre Parquesol.

12.8.2. *Jurisprudencia*

«...Delito de coacciones/maniobras encaminadas a alterar el precio de los bienes objeto de contratación. El día de los hechos aparece reconocido incluso en los hechos probados de la sentencia recurrida, que en la mañana del día 16 de octubre de 1996 un grupo de 20 a 30 personas trataban de impedir la descarga de mejillón por parte de la Asociación de Mejilloneros de Cabo de Cruz en Boiro. Para ello se realizaban actos de intimidación, como movimientos de grupo para impedir la entrada o el movimiento de los camiones que cargaban las mercaderías, voces y gritos e incluso lanzamiento de piedras hacia los camiones y quienes se hallaban a sus alrededores, habiendo llegado a romperse la visera de uno de tales camiones. Y evidentemente se impidió la carga de los mejillones en los camiones que habían ido a buscarlos.

Estos actos entran de lleno en el tipo de las coacciones del art. 172.1 CP («el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe»), si bien se ha planteado por el Ministerio Fiscal una calificación alternativa, al amparo del art. 284 CP («quienes... empleando violencia... intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías... o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos»).

La sentencia, acogiendo las tesis de la defensa, ha negado que pueda ser apreciable este segundo tipo, toda vez que no fue objeto del escrito inicial de acusación y ello produciría indefensión a los acusados al no haber podido practicar prueba tendente a su defensa. Este argumento no se sostiene por dos razones. La primera atiende a la posibilidad de subsanar la posible indefensión, y en concreto el art. 793.7 prevé el supuesto de que la acusación cambie la tipificación final de los hechos al elevar a definitivas sus conclusiones, en cuyo caso la defensa puede pedir el aplazamiento de

la sesión para poder aportar los elementos probatorios o de descargo que estime convenientes, sin que en este caso la defensa de los recurrentes hubiera hecho uso de esta posibilidad.

La segunda devendría del examen de ambos tipos para dilucidar si existe entre ambos tipos una homogeneidad sustancial que permita considerar que se ha atendido al principio acusatorio que rige en la materia, esto es, si en el caso concreto la modificación jurídica entre la calificación objeto de acusación y la más benévola objeto de condena ha podido determinar por esta otra vía, la indefensión a los acusados.

Para ese análisis lo relevante es si los concretos elementos definidores del tipo han merecido en el juicio el oportuno debate que hubiera podido posibilitar la defensa de los acusados (Ss. TS. 23 Ene. 1998, 2 Jul. 1999). Según el Auto del TC. 244/95, son delitos o faltas «generalmente homogéneos» los que «constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse». Explicando más aún la cuestión, la STS citada de 2 Jul. 1999 ha dicho, y ya no en relación a que el Ministerio Fiscal pueda modificar su calificación en el acto del juicio, derecho previsto en el ordenamiento, sino incluso en relación a que el tribunal se aparte en su sentencia de las calificaciones propuestas por la acusación, que ello «requiere el cumplimiento de dos condiciones; una es la identidad del hecho punible, de forma que «el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación». La segunda condición es que ambos delitos «sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo».

En este caso el elemento conjunto de calificación en ambos delitos parte del empleo de violencia para impedir a un tercero hacer algo a lo que tiene derecho, y el distintivo vendría constituido por la finalidad del empleo de esa violencia, que en el caso de las coacciones no posee relevancia, mientras que en el otro ha de ser para alterar el precio de venta del mejillón, que a juicio del grupo de los acusados, era muy bajo. En el escrito de calificación del Ministerio Fiscal se dice que ese grupo estaba disconforme con la descarga del mejillón que pretendía la otra asociación de mejilloneros y que para ello cometieron sus actos. No se contiene expresamente en el escrito la finalidad de alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia. El Ministerio Fiscal dice en su recurso que esa finalidad es palmaria, pues no existía otra razón para las presiones y los disturbios, y lo cierto es que no se aprecia por la Sala ningún otro posible motivo para tales actos, habiendo reconocido el Sr. C. que «dijo a la gente que no vendiera bajo». Hay además otro motivo que inclina a la Sala por calificar los actos por este tipo específico, y es el de beneficiar en su caso a los acusados, ya que la pena que señala el tipo del art. 284 (prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 18 meses) es más leve que la que acompaña al art. 172.1 (prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses)...» (SAP de A Coruña 23/2002, de 12 febrero [JUR 2002\135555]).

* * *

«...La doctrina jurisprudencial sobre el delito que nos ocupa, (...) pone de relieve que para su comisión, era precisa la concurrencia de un elemento subjetivo consistente «en la especial malicia o animus del agente que obra con la finalidad de conseguir por los medios astutos o violentos la alteración de los precios naturales o legales» (v. STS de 4 de noviembre de 1965); y el auto n.º 46/2011, de 30 de agosto, del Juzgado

Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional, de inadmisión a trámite de la querrela interpuesta contra los responsables españoles de las agencias de calificación crediticia, Moody's España, Fitch Ratings España y Standard and Poor's España, donde se analiza el tipo penal del art. 284.2.º CP, poniendo de manifiesto que «doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo, en relación con el Código Penal anterior, que el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de alterar los precios(...) y que tras la reforma operada por la LO 5/2010, el delito ya no es de mera actividad al exigir ahora el tipo un resultado consistente en obtener para sí o para un tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o un perjuicio de idéntica cantidad, por lo que este límite opera como una barrera que impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio u ocasione el perjuicio».

Pues bien, en el presente caso el objeto del debate procesal radica en la concurrencia indiciaria de dicho elemento del tipo, negada por la juez de instrucción, diciendo la defensa que «la información publicada por el Diario Negocio no es objeto del recurso».

Sobre la naturaleza jurídica del requisito en cuestión, este tribunal considera que se trata de una condición objetiva de punibilidad y que, como tal, se sitúa fuera del alcance del dolo del autor, no compartiendo por ello el criterio de la defensa del imputado que viene a sostener la imposibilidad práctica de la comisión del delito, en contra del criterio del propio legislador y del tenor literal del propio precepto.

En todo caso, se trata de una cuestión de fondo cuya resolución escapa del alcance propio del tipo de recurso que nos ocupa.

Lo mismo se ha de decir respecto a la suficiencia de los indicios relativos a la obtención de un beneficio por parte del imputado o de la causación con su conducta de un perjuicio económico para terceros en la cuantía que establece el precepto.

Lo que es evidente es que tales indicios existen, como lo prueba (...)

En cuanto a la no existencia de indicios, según la instructora, de que el imputado con su acción pretendiera el resultado que exige el tipo penal, resulta evidente que ello no es así por el relato de indicios facticos expuestos en el fundamento primero y porque el delito del art. 284.2 CP no exige que el dolo del autor vaya dirigido directamente a la causación del beneficio o perjuicio por el importe que señala la norma, dado que dicho resultado, como señala el auto recurrido y la doctrina científica, actúa como una «condición objetiva de punibilidad», criterio del que participa la acusación particular y este tribunal de apelación.

Resulta también indiciariamente indiscutible, la relación de causalidad entre los supuestos beneficios y perjuicios a terceros y la información falaz publicada, así como el ánimo de alterar el valor de las acciones del Banco Popular, que presidio claramente la conducta imputada a Julieta.

Finalmente, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es expresión la STS 1301/2005, de 8 de noviembre, «el tipo del injusto está compuesto no sólo de los elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción de una persona, subsumible en un tipo penal, no es un simple proceso causal ajeno a la voluntad de esa persona, sino que estos son regidos por una voluntad, susceptible de ser graduada. Esta vertiente subjetiva, a diferencia de la objetiva, es más difícil de probar, pues no aparece exteriorizada mediante un comportamiento sino que es precisa deducirla de un comportamiento externo. Ya señaló el Tribunal Constitucional que los elementos subjetivos del delito normalmente pueden fijarse mediante un proceso de inducción, que no implican presunción, sino su acreditación con arreglo a las reglas de la lógica a partir de unos hechos acreditados. Llamados doctrinalmente juicios de inferencia,

resultan de los hechos externos y son susceptibles de impugnación cuando su conclusión no resulte ilógica o sea contraria a las normas de la ciencia o de la experiencia (...).» En palabras textuales de la STS de 20 de julio de 1990 «se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto. Por tanto el Tribunal debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un proceso inductivo, que, por lo tanto, se basa en principios de la experiencia general...» (AAP de Madrid 788/2012, de 5 noviembre [JUR 2012\401330]).

* * *

«...El motivo decimocuarto se plantea en relación con la operación «Prima Inmobiliaria», al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., «por indebida inaplicación del artículo 540 del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la LO 3/89, de 21 de junio, y artículo 284 del Código Penal de 1995». Como fundamento, se dice en el breve extracto del motivo que «aunque la cotización de la sociedad Prima Inmobiliaria, SA fue mantenida artificialmente durante dos años consecutivos, como consecuencia del plan diseñado por los acusados y en cuya ejecución emplearon fondos de Grupo Torras, que resultó perjudicada por la operación, la sentencia recurrida les absuelve al estimar, entendemos que de forma equivocada, que tales hechos no serían constitutivos de un delito de maquinación para alterar el precio de las cosas». El artículo 540 del CP 1973, dentro del Título «De los delitos contra la propiedad» (Cap. V: «De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas») —que era el vigente al tiempo de la comisión de estos hechos— castigaba a «los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación», y, para su comisión, era precisa la concurrencia de un elemento subjetivo consistente «en la especial malicia o animus del agente que obra con la finalidad de conseguir por los medios astutos o violentos la alteración de los precios naturales o legales» (v. STS de 4 de noviembre de 1965). El nuevo Código Penal ha incluido esta figura en el art. 284, dentro del Título de los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», entre los «delitos relativos al mercado y a los consumidores», con una descripción típica más precisa, eliminando el calificativo de «tendenciosas» —referido a las noticias—, así como la expresión genérica «cualquier otra maquinación» —criticable desde la perspectiva de la exigencia de la «lex certa»—. La parte recurrente centra su argumento impugnativo en el hecho de haberse garantizado el valor de los títulos de Prima Inmobiliaria mediante «opciones de venta (llamadas «puts» en inglés) —contratos autorizados por el Consejo de Administración de Grupo Torras—. El Tribunal de instancia ha rechazado esta acusación por cuanto el plan diseñado por los acusados no tenía —de modo evidente— el objetivo de alterar el precio de las cosas (como es inherente al tipo penal cuya indebida inaplicación se denuncia), sino el de eludir la normativa vigente (RD 279/1984) que suponía un obstáculo insalvable para «la operación de recompra de las acciones de Prima» que era lo que, en último término, se perseguía con dicho plan; precisando, además, el Tribunal que «la caída del valor de las acciones de Prima, que se produce poco después de que Grupo Torras deje de comprar estas acciones, no puede estimarse acreditado que se debiese básicamente a este hecho, pues pudo deberse a la crisis que en ese momento padecieron las empresas inmobiliarias, y que después se ve arrastrada por la del propio Grupo Torras». En esta misma línea, el motivo ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal, en el trámite

de instrucción, por entender que, «en definitiva, la finalidad perseguida era eludir los controles legales, pero no alterar los precios resultantes de la libre concurrencia en el mercado bursátil».

Por las razones expuestas, es decir, tanto por no estimarse acreditada la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal cuestionado, como porque en el Código Penal vigente se han eliminado determinadas expresiones genéricas del Código de 1973, de tal modo que únicamente puede cometerse este delito «difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada», conductas que no consta concurren en el presente caso, procede la desestimación de este motivo, pues no cabe apreciar la infracción legal denunciada en el mismo...» (STS 600/2007, de 11 septiembre [RJ 20075374])²⁸.

* * *

«...Así mismo, a tenor del art. 81.1 LMV (Ley del Mercado de Valores), «Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación».

En la misma línea, el considerando 16 de la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero, del Parlamento Europeo establece que, «La información privilegiada, es toda información de carácter concreto, que no se haya hecho pública y que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros. La información que pueda tener un efecto significativo en la evolución y la formación de los precios de un mercado regulado como tal puede considerarse como información relacionada indirectamente con uno o más emisores de instrumentos financieros, o con uno o varios instrumentos financieros derivados con ellos relacionados.»

El propio artículo 1 de la Directiva 2003/124/CE de la comisión, de 22 de diciembre de 2003, dictada a efectos de la aplicación de la Directiva anteriormente citada sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado, establecía que «A efectos de la aplicación del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2003/6/CE, se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir en el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes».

Es decir, los elementos que definen a la información privilegiada son los siguientes:

1. Que se refiera directa o indirectamente a valores negociables o instrumentos financieros o sus emisores.
2. Que sea de carácter concreto (precisa).
3. Que no sea pública.

²⁸ Caso Grupo KIO.

4. Con capacidad de influencia apreciable sobre la cotización de los valores o instrumentos financieros a los que se refiera...» (SAN 1/2014, de 15 enero [ARP 2014\54]).

* * *

«...Por lo que respecta a tipo penal contemplado en el artículo 284 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, conforme ha señalado el Tribunal Supremo Sala 2.^a, S 11-5-2004, n.º 575/2004, ha de indicarse que, se trata de un delito de simple actividad cuyo bien jurídico protegido no es el patrimonio particular de una persona en concreto sino la libre formación de los precios según las leyes del mercado.

Definido por la Jurisprudencia como un delito complejo, integrado por otros delitos que constituyen los instrumentos para producir la alteración (STS 867/2002, 29-7), el bien jurídico que trata de proteger es el mercado y los consumidores (STS 867/2002, 29-7 y 549/1997, 26-4), en relación con la libre concurrencia como mecanismo para la fijación de los precios (STS 26-10-1988), así como el interés social derivado de la libre formación de los precios en el mercado (ATS 1080/1995, 28-6) y únicamente puede llevarse a cabo el intento de alteración de los precios ha de mediante las formas comisivas taxativamente expresadas (STS 549/1997, 26-4), siendo necesario dolo específico de alterar los precios (STS 867/2002, 29-7).

Ciertamente existe una legislación administrativa paralela que se ocupa de la competencia y que solapa en gran medida las previsiones del Código Penal (Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, Leyes 24/88 y 09/91 sobre el Mercado de Valores o Ley 03/91 de Competencia Desleal).

La doble incriminación penal y administrativa obliga a determinar cuándo se aplicará la primera, que en todo caso es preferente.

Con anterioridad a la citada reforma, el texto vigente del artículo 284 del Código Penal sancionaba «a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.»

En el citado art. 284, anterior a su redacción actual, el comportamiento consiste en intentar alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia siempre que tal intento se realice difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada.

Como primera modalidad típica se contempla la difusión de noticias falsas. La falsedad ha de entrañar una falta de veracidad en lo que se afirma, no habiendo correspondencia entre lo que se dice y la realidad.

La falsedad puede tener como objeto las cualidades de un producto, mercancía o servicio, como también ir referida a actuaciones emprendidas o que se vayan a emprender tanto por particulares como por instancias públicas en relación con productos mercancías o servicios.

La difusión de la noticia falsa entraña su propagación o divulgación a terceros. En la mayoría de las ocasiones las noticias falsas sólo tendrán impacto sobre los precios del mercado en la medida en que sean conocidas por una pluralidad de personas, lo que a su vez requerirá una difusión amplia, constituyendo los mecanismos más habituales su inserción en un medio de comunicación.

En lo que concierne al *modus operandi* violento, el TS había señalado que es el que se ejercita «sobre las personas o sobre las cosas» (STS de 23 de enero de 1978). Y en lo que se refiere a las amenazas la propia sentencia las define como «anuncio de un

mal futuro, posible, ilícito, determinado, dependiente de la voluntad de quien denuncia». Si bien ni la violencia ni la amenaza se muestran como los medios comisivos más idóneos para intentar alterar los precios del mercado, dichos medios resultarán relevantes en la medida que en que se desplieguen sobre una o varias personas con capacidad para alterar los precios que resultaría de la libre concurrencia.

El uso de engaño como modalidad típica se solapa, en cierta medida, con la difusión de noticias falsas, por cuanto engaño es la «falta de verdad en lo que se hace o se dice». Comprende la utilización de ardides, fraudes, astucias o lo que se denominaba como maquinaciones.

La referencia a la utilización de información privilegiada requiere determinar su alcance. En sentido normativo, ciertamente la expresión ostenta un significado preciso en el ámbito bursátil (art. 81.3 LMV).

La acción debe tener como finalidad el intento de alteración de los precios de los productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación.

La doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo, en relación con el Código Penal anterior, que el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de alterar los precios.

Conforme a su redacción actual, el número 2.º del artículo 284 del Código Penal, establece las pautas que han de concurrir para desplegar la actividad ilícita, es decir, llevar a cabo, bien por sí o a través de un medio de comunicación, la difusión de noticias o rumores, sobre personas o empresas, en que se ofrecieren a sabiendas datos económicos que, total o parcialmente, fueren falsos, ello con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero y siempre y cuando se obtenga, como consecuencia de ello, bien para sí o para un tercero, un beneficio económico superior a los 300.000 euros o se cause un perjuicio de idéntica cantidad.

Hay que precisar que, tras la reforma operada por la LO 5/2010, el delito ya no es de mera actividad al exigir ahora el tipo un resultado consistente en obtener para sí o para un tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o un perjuicio de idéntica cantidad, por lo que este límite opera como una barrera que impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio u ocasione el perjuicio. De cualquier manera, el tipo penal del artículo 284.2 exige que las noticias o rumores divulgados, sobre personas o empresas, «con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero» contengan, «a sabiendas», datos económicos «total o parcialmente falsos». Como hemos visto, nada aporta la querella sobre este capital elemento del delito...» (AJCI 30 agosto 2011 [ARP 2011\970])²⁹.

12.9. Abuso de información privilegiada en el mercado de valores o instrumentos negociados (Art. 285)

12.9.1. Casos Prácticos

CASO N.º 203

La mercantil «New Gp S.L.U.» accionista mayoritario de «Parquesol S.A.», decidió iniciar la venta de las acciones de «Parquesol S.A.». La mercantil «Grupo Remo»,

²⁹ Caso Archivo de la querella contra las principales agencias de calificación crediticia, Moody's España, Fitch Ratings España Standard and Poor's España.

interesada en la adquisición de las acciones de «Parquesol, S.A.» inició una serie de contactos con dicha entidad para llegar a un acuerdo sobre la compra. A la finalización del citado período, el presidente de «Grupo Remo», Feliciano ofreció a los representantes legales de «Parquesol, S.A.» adquirir sus acciones con un rango similar al que tenían al inicio de su cotización en Bolsa, esto es, 23 euros por acción. Aceptada la propuesta por «Parquesol, S.A.», «Grupo Remo» inició una serie de contactos con diversas entidades bancarias tendentes a financiar la operación. Entre otras, se reunió en la mañana del 19/07/06, con el acusado Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, a quien ya conocía del sector inmobiliario y nivel personal, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de «Parquesol S.A.» y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba Pablo financiara la operación de compra de las acciones de «Parquesol S.A.». En la reunión, se señaló que la operación de compra no podría ser inferior a la que la entidad ostentaba al inicio de su cotización en Bolsa, es decir, el rango del precio de la acción no podría ser inferior a los 23 euros. El 21/07/2006, «Grupo Remo» fijó definitivamente el precio de compra de las acciones de «Parquesol S.A.» en 23,10 euros por acción. Ese mismo día, Eurohypo comunicó a «Grupo Remo» que no podía financiar la operación de compra interesada que llevó a cabo la entidad Barclays. El 28/07/2006 se cerró el acuerdo definitivo entre «Grupo Remo» y «New Gp», accionista mayoritario de «Parquesol S.A.», por el que el primero se comprometía a presentar una oferta pública de adquisición (OPA) a un precio de 23,10 euros por acción que fue puesto en conocimiento de la CNMV ese mismo día y lo registró como hecho relevante. La cotización de las acciones de «Parquesol S.A.» se suspendió desde las 12,52 horas del día 28, cuando las acciones cotizaban a 21,85 euros, y se reanudaron a las 8,30 horas del 31/07/06, siendo el precio de su cotización 22,80 euros. Una vez que Pablo tuvo conocimiento, tras la reunión con Feliciano el 19/07/2006, de la OPA que «Grupo Remo» iba a llevar a cabo sobre las acciones de «Parquesol S.A.» y de los términos básicos de la operación de compra, informó por teléfono al acusado Alberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, con quien le unía una buena relación de amistad e intereses económicos. Tras contactar varias veces telefónicamente, el acusado Alberto, compró, a través de varias sociedades de su titularidad, acciones de «Parquesol S.A.», obteniendo tras varias compraventas un beneficio total de 882.323 euros. Igualmente, el acusado Pablo informó a partir del 19/07/2006, a su cuñado Jorge, de la OPA que iba a llevar a cabo «Grupo Remo» sobre «Parquesol S.A.», motivando que, la mercantil «Joturve», propiedad del citado, adquiriera un total de 9.000 acciones de la misma, a un precio de 19,69 euros la acción, lo que ascendió a 177.210 euros que fueron vendidas, por un precio de 23,02 euros por acción, por un precio total de 207.180 euros, obteniendo en ese periodo una ganancia de 29.970 euros.

CASO N.º 204

La entidad «Cartera S.A.» poseía el 57,9% del capital social de «Occidental BV». Desde el año 1997, «Cartera S.A.» había adoptado la decisión de desprenderse del accionariado de «Occidental BV». El 27/12/06, se informó al Comité Consultivo «Occidental BV» de la presentación de una oferta no vinculante por cinco sociedades diferentes, que pasan a ser denominadas a estos efectos como Grupo Inversor. El 29/12/06, en reunión del Comité Consultivo mencionado, los accionistas aceptaron una negociación en exclusiva durante 30 días con el Grupo Inversor, que había ofertado como precio de compra 434 millones de euros. El 18/01/07, el Consejo de Adminis-

tración de «Cartera S.A.» aprobó la comunicación, tanto a los accionistas como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), del otorgamiento a «Goldman Sachs» de un mandato de venta por el 100% de las acciones de «Occidental BV». El 13/02/07, Grupo Inversor remitió la oferta de compra que fue aceptada el 28 de febrero de ese año, y el 1 de marzo, se reunió el Consejo de Administración de «Cartera S.A.» aceptando la oferta; comunicándolo a la CNMV, tanto la aceptación de la oferta de adquisición como el precio fijado en 434 millones de euros. El comprador asumía la deuda financiera neta de la entidad vendedora que se estimaba en 272 millones de euros, considerando que el valor de la acción de «Cartera S.A.» llegaría a alcanzar 4,5 euros. Durante el año 2006 y los dos primeros meses de 2007, la cotización en bolsa de las acciones de «Cartera S.A.» fue muy superior al porcentaje indicado del valor de la acción en la venta, y en el mes de marzo, a partir del día 12, cuando se comunica la compraventa públicamente, la cotización bajó de los 4,5 euros por acción. Remigio, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue miembro del Consejo de Administración de «Cartera S.A.» desde el 23/06/94 hasta el 03/08/07, siendo su último nombramiento de fecha 26/06/02. Remigio asistió, en tal condición, a los Consejos de Administración de la sociedad celebrados el 01/03/06 y el 18/01/07. El día 15/02/07, Remigio, con conocimiento de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración, tanto en lo relativo a la decisión de venta, al precio por acción que aceptarían, y a las ofertas que se estaban recibiendo, ordenó la venta de la participación en «Occidental BV» que ostentaba la sociedad «Management S.A.» (sociedad de la que Remigio ostentaba un 1% del capital social). La orden incluía la mención expresa de que el precio de venta no podía ser inferior a 6 euros acción. Dicha venta fue intermediada por «Santander Investment SV» y tuvo lugar entre los días 16 y 17/02/07, al precio medio por acción de 7,71 euros, ascendiendo el importe total de la operación a 3.252.891,25 euros. Remigio no ha comunicado ningún hecho relevante a la CNMV. Las participaciones fueron reembolsadas en la cuenta de «Management S.A.», si bien después el importe fue a las cuentas de otras dos sociedades del grupo de Remigio.

CASO N.º 205

La empresa de titularidad pública, «Tabacalera, S.A.», de la que era Presidente el acusado Lázaro, planteó como objetivo liderar el mercado mundial de cigarros y puros. Para la referida expansión comercial, se constituyó la sociedad «Tabacalera Cigars». Esta sociedad adquirió «Tabacalera Honduras» y «Tabacalera Nicaragua», y se lo comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Lázaro señaló que para conseguir su propósito faltaba aún la adquisición de una compañía productora de tabaco, y se centró su interés en la adquisición de «Havatampa». Fruto de tales negociaciones, se firma el día 07/03/07, entre Lázaro y «Havatampa» el denominado «Confidential Agreement», con objeto de transferirse información mutua en absoluta discreción. Las reuniones continúan durante los meses, alcanzándose definitivamente un acuerdo para la compra de los activos correspondientes a la producción de cigarros de Havatampa, el día 10 de septiembre, un día después se comunicó a la CNMV. De manera simultánea a este proceso, el acusado Lázaro colocó a Ezequiel al frente de una sociedad que constituyó junto con su esposa, «Baluarte, S.A.», teniendo como objeto social la intervención de operaciones de bolsa. El día 02/06/07, Ezequiel adquirió la totalidad de las acciones de «Baluarte, S.A.», mediante operación intervenida por corredor de comercio. No obstante, la gestión de la cartera, se asignó a otra sociedad («Capital SV, S.A.»), vinculada a Lázaro, para la gestión de las inversiones y administración de valores. Una vez Ezequiel era propietario de «Baluarte S.A.», se acredita la

realidad de dos operaciones de compra de acciones de «Tabacalera». La primera, entre los días 10 y 12 de junio de 2007, 13.410 acciones, que se vendieron los días 8 y 10 de julio de 2007, y que reportaron unas ganancias de 84.141,69 euros. Previendo el impacto que habría de suponer en el mercado bursátil el anuncio de la compra de «Havatampa», entre el día 14 de agosto y el 5 de septiembre de 2007, se compraron 48.948 acciones de «Tabacalera» por un precio de 2.332.585 euros que se vendieron entre los días 21 de enero y 27 de febrero de 2008, por valor de 3.660.411 euros, generándose una ganancia de 1.327.826 euros.

CASO N.º 206

El 04/08/10 un equipo del Banco de Santander empezó a preparar un paquete de financiación a favor de la compañía minera australiana «BHP Billiton» ante una posible OPA sobre la compañía canadiense de fertilizantes «Potash». El total de la operación de financiación de la OPA alcanzaría los 45.000 millones de euros, tratándose para Banco Santander (que lideraría la financiación) de la operación más relevante de los dos últimos años, cuya gestión debía desarrollarse con la máxima confidencialidad, denominándose así la operación, proyecto «Porcupine», dándose la circunstancia de estar trabajando en aquel momento el acusado Alfonso como adjunto al consejero delegado del citado banco, Felipe. El acusado —pese a no figurar en la lista de concededores de la operación confeccionada por Banco Santander para garantizar su confidencialidad— conoció la existencia del proyecto. Durante el mes de agosto del año 2010, Alfonso realizó diferentes operaciones de compraventa de CFDs¹ (acuerdos en los que dos partes, un inversor y un intermediario financiero, acuerdan intercambiarse la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta de un determinado activo subyacente) sobre las acciones de «Potash» que cotizaban en la bolsa de Nueva York. En concreto, realizó varias transacciones a través de la cuenta en USD de Interna Bank SA de Luxemburgo n.º XX DER, obteniendo finalmente un beneficio de 827.357,57 euros. Asimismo, Lucio, amigo del acusado, invirtió la cantidad de 104.000 euros en acciones de «Potash» los días 10 y 11 de agosto de 2010, procediendo a su venta y obteniendo un beneficio de 4.925 euros. A raíz del proceso de investigación desarrollado en el Banco en el marco de las inversiones llevadas a cabo por el acusado Alfonso, el 13/10/10 la entidad bancaria suspendió de empleo (no de sueldo) al acusado, a quien finalmente, despidió el 20/01/11, pagándole una indemnización de 130.000 euros. No ha quedado acreditado que la obtención de financiación a través de un préstamo fuera un factor determinante a la hora de aprobar el lanzamiento o no de la OPA sobre «Potash», ni tampoco que la OPA influyera en la evolución del valor de «Potash». No ha quedado acreditado que Lucio recibiera información del acusado Alfonso sobre el proyecto «Porcupine».

12.9.2. *Jurisprudencia*

«En cuya consecuencia, aunque se trate de un delito especial, la cualificación exigida en el sujeto activo, resta cumplimentada, por quien obtiene la información directamente por una actividad empresarial o profesional. Dentro del ámbito de la actividad empresarial incluye todo sujeto que habitual u ocasionalmente, por actividad o función en una determinada empresa, tiene acceso a «información relevante», por tanto, restan incluidos administradores y directivos de la entidad emisora, cargos directivos, intermediarios, miembros del Consejo de Dirección,

determinados accionistas, entre otros. En el ámbito profesional se incluyen tanto aquellas personas que dedican de modo exclusivo o preferente su actividad profesional a este tipo de mercados (agentes de cambio y bolsa, operadores financieros...), como las que ocasionalmente acceden a la misma con ocasión de su profesión (abogados, economistas, asesores, auditores, contables, notarios, corredores de comercio...).

Extensión subjetiva, donde la doctrina se muestra pacífica; y solo muestra ligera controversia, la exclusión de profesiones frecuentes según diversa literatura comparada, en los ilícitos de esta índole, donde el conocimiento deriva de la actividad profesional, pero no es contenido sobre el que tenga que proyectar la actividad propia de su profesión, como es el caso de camareros, taxistas o psiquiatras.

Congruente, por otra parte con la propia normativa comunitaria, donde la Directiva 89/592/CEE (LCEur 1989, 1531) del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, establecía en su artículo 2.1:

Cada Estado miembro prohibirá a las personas que:

- por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor;
- por su participación en el capital del emisor, o
- por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones, dispongan de una información privilegiada, adquirir o ceder por cuenta propia o ajena, ya sea directa o indirectamente, los valores del emisor o de los emisores afectados por dicha información privilegiada explotándola con conocimiento de causa. (...)

la 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 (LCEur 2014, 1068), sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado), denominada como la anterior, por sus siglas en inglés: MAD, mantiene igualmente como insider o iniciado primario a quien como el recurrente en el caso de autos, tiene acceso a la información privilegiada en el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones. (...)

En el tipo que contemplamos la interpretación que aboga, aunque no sea pacífica, de entender por beneficio la ganancia neta, tiene su justificación en que la conducta sancionada es la negociación con ventaja cognoscitiva, donde sin existir ventaja, la acción sería lícita. (...)

ya hemos descartado consecuente con la consideración del límite de los seiscientos mil euros como condición objetiva de punibilidad, la viabilidad de imputar objetivamente al iniciado el resultado de los beneficios, no sólo por la dificultad de discernir cuantitativamente los orígenes y causas de las diversas fluctuaciones del mercado, como por mediar una ruptura del nexo de causalidad entre el suministro de la información y la obtención de ese beneficio por la voluntad autónoma e independiente del extraño a quien se suministra esa información, quien decide utilizarla o no, así como la fecha y el importe de la inversión cuando de adquisición de acciones se trata (...)

Habrà que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan,

a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real» (STS 491/2015, de 23 julio [RJ 2015\3705]).

* * *

«...la opinión doctrinal mayoritaria entiende que su razón de ser o el bien jurídico que se protege a través del referido precepto responde a la idea de proteger el normal funcionamiento del mercado y la igualdad de inversores y operadores en Bolsa, que se abrió paso en nuestra legislación tras la aprobación de la Ley 24/1988 de 28 de julio (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) del Mercado de Valores (...) ese bien jurídico que deduce la doctrina se encuentra ínsito y constituye el bien jurídico protegido del artículo 285 del Código Penal, encaja con las premisas que establece el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores cuando describe que el cometido de la C.N.M.V. es: «la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores». (...)»

Se podría decir que los elementos que exigidos en el tipo penal son los siguientes:

- 1.º Usar o suministrar información relevante para la cotización.
- 2.º Haber tenido acceso a la referida información de forma reservada, es decir, con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional.
- 3.º Afectación a valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido.
- 4.º Causación de un perjuicio o beneficio superior a 600.000 euros.
- 5.º Necesidad de dolo en tal actuación.

Ahora bien, los citados elementos requieren que el tipo penal tenga en cuenta otros datos normativos, lo que obliga a acudir a lo dispuesto sobre el particular bien en la Ley de Mercado de Valores o en la Directiva ya indicada.

Dicho lo anterior, se inicia el estudio de los elementos citados, para después concluir si concurren en el caso.

Con respecto al primer elemento, el Código Penal exige un comportamiento activo, a través de los términos usar, esto es, hacer las operaciones del tipo, por sí y para sí, o a través de otro, supuestos para los que utiliza el término suministrar.

Es decir, y dicho en otros términos, poniendo en relación el citado artículo con el 81.2 de la Ley del Mercado de Valores, el comportamiento abarca el deber de abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente.... cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros... a que la información se refiera.

El segundo elemento de este primer requisito es qué deba entenderse por «información relevante para la cotización». Información relevante, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 81 y 82 de la Ley del Mercado de valores y la Directiva indicada anteriormente puede entenderse como toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y, por tanto, pueda influir de forma sensible en la cotización, es decir, se trata de una información que de haberse conocido podría influir en la formación de los precios.

El segundo requisito del tipo exige haber tenido acceso a la información de forma reservada, es decir, con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional, con lo que parece aludir que se trata de un delito en el que el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino solo aquellos que sean profesionales del sector en el que se emiten los valores o instrumentos, o un empresario emisor.

El tercer elemento, esto es, que afecte a valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, no ofrece mayor dificultad de interpretación.

El cuarto requisito, es decir, la causación de un perjuicio o beneficio superior a 600.000 euros, indica que estamos ante un delito de resultado, en el que no parece posible apreciar la tentativa, pues en tales hipótesis estaríamos hablando de supuestos tales como preparar, recomendar o comunicar información, sin resultado alguno en relación a la cuantía exigida en el tipo penal que permite distinguirlo de la infracción administrativa.

El último elemento referido al dolo del autor tampoco necesita más añadidos toda vez que si se tiene en cuenta que es un tipo penal de aplicación a unos sujetos activos profesionales del sector del mercado, se hace difícil entender una conducta culposa cuando lo que se infringe es un deber específico y concreto de reserva sobre las operaciones que se cotizan en Bolsa» (SAN 44/2014, de 23 diciembre [JUR 2015\3103])³⁰.

* * *

«Así mismo, a tenor del art. 81.1 LMV (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) (Ley del Mercado de Valores), «Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación».

En la misma línea, el considerando 16 de la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero (LCEur 2003, 1009) del Parlamento Europeo establece que, «La información privilegiada, es toda información de carácter concreto, que no se haya hecho pública y que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros. La información que pueda tener un efecto significativo en la evolución y la formación de los precios de un mercado regulado como tal puede considerarse como información relacionada indirectamente con uno o más emisores de instrumentos financieros, o con uno o varios instrumentos financieros derivados con ellos relacionados.»

El propio artículo 1 de la Directiva 2003/124/CE (LCEur 2003, 4417) de la comisión de 22 de diciembre de 2003, dictada a efectos de la aplicación de la Directiva anteriormente citada sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado, establecía que «A efectos de la aplicación del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2003/6/CE, se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir en el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes» (SAN 1/2014, de 15 enero [ARP 2014\54])³¹.

³⁰ Actualmente, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, esta derogada; sí es de aplicación el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. El artículo 13 señalado en la Sentencia es corresponde con el actual 17.2; mientras que el art. 81 y 82, se corresponden en con el art. 226 y 227.1, respectivamente.

³¹ La Sentencia hace alusión a la LMV; no obstante, actualmente es de aplicación el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Mercado de

12.10. Vulneración de los sistemas de acceso a los servicios de radiodifusión o interactivos (Art. 286)

12.10.1. Casos Prácticos

CASO N.º 207

Queda probado y así se declara que el acusado Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, era titular del dominio en internet «Solution20.com», creado en el año 2012, bajo la identidad falsa de un tal «Marcelino», siendo así que, aprovechando sus conocimientos de informática y guiado por un ánimo de ilícito enriquecimiento, facilitó a diversos usuarios, mediante el pago de 5,90 euros, la descarga de una compilación de programas que permitían acceder al visionado a través de internet de una serie de eventos deportivos que estaban siendo emitidos en tiempo real a nivel mundial por distintas televisiones de pago, en este caso de Canal +, a la cual correspondía en exclusiva la distribución de dichos eventos en territorio nacional. Para ello y previo pago de la cantidad anteriormente reseñada, Felipe suministraba a los usuarios una clave que permitía la descarga de dichos programas para ver los partidos de fútbol. Los perjuicios ocasionados a «Canalplus S.L.» ascendieron a 128.441 euros.

CASO N.º 208

Javier en fecha 29/03/12 celebró con «Canal satélite digital S.L.» un contrato de suscripción, en cuya virtud dicha entidad se comprometía a facilitar a aquel el acceso a una señal de televisión codificada emitida por la plataforma Digital + a cambio de una cuota mensual de 25,47 euros. Para la efectividad de dicho contrato «Canal satélite digital S.L.» entregó a Javier un equipo consistente en un terminal digital descodificador número de serie XX y una tarjeta de abonado Smartcard número de identificación MMM; el material entregado era para uso familiar exclusivo del abonado en su domicilio. El mencionado material fue instalado en el domicilio de Javier, donde éste convivía con su esposa, la acusada Magdalena, mayor de edad y sin antecedentes penales. En fecha indeterminada, aproximadamente en el mes de enero-febrero de 2013, Magdalena, conociendo las estipulaciones del contrato vigente, y sin consentimiento de «Canal satélite digital S.L.», a fin de favorecer la difusión de la señal de televisión por su esposo contratada entre las viviendas de la Comunidad de Propietarios sita en los números 23 y 24, entregó directamente o a través de, una tercera persona, tanto el aparato descodificador como la tarjeta de abonado, a un técnico de una compañía, que se encargó de realizar la instalación del aparato, y, de los amplificadores necesarios para la distribución de dicha señal. La señal televisiva se distribuyó de esta forma no autorizada entre las 45 viviendas integrantes de la Comunidad de Propietarios de las viviendas 23 y 24 desde el 02/02/13 hasta el 21/12/15, fecha en la que el equipo fue intervenido por agentes de la policía nacional.

CASO N.º 209

Se declara probado que el acusado Justino, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha 27/01/11 contrató con la empresa «TV Digital S.L.» el suministro de determinados canales de televisión a su domicilio sito en Calle El Rocío, n.º 10, Sevilla.

Valores, que sustituye LMV correspondiéndose el art. 81.1 señalado en la Sentencia, con el 226.1 de la nueva Ley.

Que en fecha no determinada, próxima al 9 o 10 de octubre de 2011, el acusado, en el cuarto de los ascensores de dicho inmueble, hizo instalar un dispositivo que convertía la señal digital que le proporcionaba TV Digital en una señal analógica que, por estar conectada a la antena de la comunidad, permitía ver los contenidos que le proporcionaba Digital + en todas las televisiones del inmueble. No ha resultado acreditado que el acusado instalase dicho dispositivo con la intención de proporcionar los contenidos que Digital + le suministraba al resto de los vecinos a cambio de precio; ni que los vecinos tuviesen conocimiento de la posibilidad de acceder a dichos contenidos a través de su televisor; ni que éstos hayan visionado los contenidos proporcionados por TV Digital al acusado.

CASO N.º 210

El acusado Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, reside en La urbanización Mirasierra, n.º 2, de la localidad de Albolote, en Granada, siendo Hernan el presidente de la comunidad de propietarios. En fecha no precisada pero posterior al 04/10/14, todos las viviendas de la comunidad dispusieron de acceso a la señal descodificada de televisión digital de Canal + mediante el empleo de un descodificador alquilado al acusado Francisco (quien tenía acceso legítimo mediante contrato de suministro suscrito con Canal Plus el 04/09/14), que fue instalado por éste en zona comunitaria mediante su conexión a un módulo de amplificación de señal, conectado a su vez a la cabecera de la antena colectiva, permitiendo de esta forma la comunicación pública no autorizada a todas las viviendas del edificio a través del canal 9 de la banda de UHF. Dicha situación fue comprobada por técnicos de la empresa propietaria de la señal en inspección girada el 05/12/14 verificada nuevamente el 19/01/15, cuando fue realizada en presencia de la Policía Judicial. Hernan, Presidente de la Comunidad en fecha 19/01/15, participó en estos hechos ayudando a Francisco colocar la antena colectiva. Igualmente, lo hizo Manuel, propietario del piso 3.ºC del bloque de viviendas mencionado.

CASO N.º 211

Se declara probado que Ignacio, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha 19/12/10 formalizó con «Instalaciones Nueva Televisión, S.A.» contrato de suscripción para recepción de sus servicios de radio difusión televisiva con instalación individual y a cuyo fin le fue entregado un descodificador marca Echostar 600. A finales de enero del 2014 Ignacio, estando domiciliado en el inmueble sito en c/ El Palo, n.º 22, piso 3.ªA, de Madrid, pone al servicio de la comunidad de propietarios el descodificador digital, haciéndose ésta cargo a cambio de su cuota comunitaria. Así el descodificador digital que le fue confiado para uso individual a Ignacio, fue conectado a un equipo modulador que permitía la redistribución de la señal recibida del digital plus por la red de toda la instalación comunitaria, con lo que las doce viviendas que conforman la comunidad podían acceder a la programación codificada de Nueva Televisión.

12.10.2. *Jurisprudencia*

«...nos hallamos ante un delito permanente, que supone que el agente produce una sola acción y una sola consumación o resultado pero éste, en lugar de agotarse en la consumación, se prolonga por un tiempo determinado (SSTS de 30-12-2013 (RJ 2013, 7715) y 01 (RJ 2014, 2869) y 29-04-2014 (RJ 2014, 4206)) (...)

Desde el momento en que el hecho probado de la sentencia no determina la fecha de la actuación del sujeto manipulando el sistema de recepción de la señal para dar acceso a la misma a la totalidad de los comuneros, estableciendo como único marco temporal un periodo entre 2001 y 2008, la actuación del acusado tiene necesariamente que remontarse a la fecha más antigua, en la medida en que su actuación manipulando el sistema de recepción y difusión tuvo que estar necesariamente en el origen de la actividad defraudatoria llevada a cabo» (SAP de A Coruña 76/2015 de 9 febrero [ARP 2015\176]).

* * *

«...el tipo del art. 286.3 exige «facilitar a terceros el acceso descrito en el apartado 1» que se refiere a «facilitar el acceso inteligible a un servicio de.... o suministre el acceso condicional a los mismos...», acciones que implican la realización de todos los actos para conseguir tal resultado, sin perjuicio, claro está, de las formas de ejecución imperfectas» (SAP de Barcelona 33/2015, de 15 diciembre [ARP 2015\102]).

* * *

«El precepto que se analiza fue introducido en el Código Penal en la reforma producida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, y trata claramente de plasmar las obligaciones asumidas por el Estado español tras la publicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Se puede apreciar tal relación al examinar su art. 6, que impone a los Estados miembros cumplir una serie de obligaciones relativas a medidas tecnológicas, y coincide esa descripción de conductas en el apartado 2:

1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.
2. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

Estas tres últimas características del dispositivo, producto o componente no se recogieron en el precepto penal, que se limitó a referirse a cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso. Ahora bien, ello no significa que la traslación sea incorrecta por parte del legislador español, si se aprecia en la descripción más gráfica y amplia de la Directiva, que tales dispositivos se publiciten o comercialicen con la finalidad de eludir la protección, o que carezcan apenas de otro uso comercial que la elusión de la protección, o esté principalmente concebido para eludir la protección de otras medidas tecnológicas eficaces. Estaríamos hablando de medidas destinadas a controlar el acceso a las obras y otro material —por ejemplo sistemas de

encriptación, firmas digitales, etc.—, medidas destinadas a proteger los derechos de autor conocidos como sistemas anticopia, las destinadas a identificar o marcar obras y material para poder rastrear su uso —por ejemplo watermarking, fingerprinting—, o destinadas a permitir la gestión electrónica de los derechos sobre tales obras —por ejemplo ERMS, ECMS, metering systems— (descripción ofrecida por Raquel Xalabarder Plantada, «Infracciones de Propiedad Intelectual», en «Delincuencia Informática. Problemas de Responsabilidad», CGPJ, Madrid 2002)» (SAP de Pontevedra 175/2014, de 30 septiembre [JUR 2014\267510]).

* * *

«Con respecto de la posible comisión imprudente, será posible entonces mayor ponderación sobre si al acusado le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente (SSTS de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7312), 7 de marzo de 2007 y 24 de junio de 2005). No obstante, el tipo del artículo 286 sólo permite la comisión dolosa» (SAP de Almería 98/2014, de 25 marzo [ARP 2014\763]).

* * *

«El tipo del art. 286.3 C.P no se contenta con, una infracción a las reglas de libre mercado en el suministro de elementos que faciliten el acceso in consentido a un servicio de radiodifusión televisiva, sino que configura una tipología más benigna en la que la moderación de la reacción punitiva responde a que la conducta típica de difusión, no ha estado inspirada en el propósito de su autor de obtener un lucro, ventaja o beneficio económico» (SAP de Murcia 52/2014, de 3 febrero [JUR 2014\85389]).

* * *

«El artículo 286.1CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) contempla las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses para quien «sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante: 1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso». En el caso presente concurren todos y cada uno de los elementos del tipo del artículo 286.1 CP, tal y como se razona en los Fundamentos Jurídicos posteriores. (...).

La acción de «facilitar» consiste en hacer más viable y asequible el acceso ilícito de otra persona (usuario), dependiendo este acceso de la concurrencia de una conducta que ha de llevar a cabo éste último; en cambio, con el término «suministrar» se hace referencia a ofrecer directamente el acceso a ese usuario. (...).

Por otra parte, la acción típica exige la facilitación del acceso inteligible a un servicio de radiodifusión televisiva. Para conocer el alcance de esta expresión cabe partir de la definición contenida en el artículo 2 a) de la Directiva 98/84/CE, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso, que a su vez se remite a la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Según este último artículo, la «radiodifusión televisiva» se define como «la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada

o no, de programas televisados destinados al público. Comprenderá la comunicación de programas entre empresas con miras a la radiodifusión televisiva destinada al público....».

La referencia del artículo 286.1 CP al servicio de radiodifusión televisiva ha de ser interpretado de conformidad con una realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil) en la que el avance tecnológico permite también la emisión de programas de televisión en streaming a través internet, de tal forma que su difusión también se realiza a través de la web. De esta forma, la radiodifusión televisiva ha de referirse no solamente a la emisión y difusión de programas a través de las ondas; sino también a la emisión y difusión a través de internet.

En definitiva, se trata de un servicio consistente en la puesta a disposición del público de un programa de televisión emitido con dicha finalidad, independientemente de la vía que se utilice para dicha emisión. (...)

El acceso inteligible al programa de televisión se ha de facilitar a través de alguno de los medios enumerados en el propio artículo 286.1 CP, cuyos amplios términos vienen a incluir todas las distintas posibilidades de acceso. Téngase en cuenta que este precepto del Código Penal viene a recoger en este extremo los términos del artículo 4 de la Directiva 98/84/CE, que dispone que los Estados miembros prohibirán en su territorio la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos; la instalación, mantenimiento o sustitución con fines comerciales de un dispositivo ilícito; y el uso de comunicaciones comerciales para la promoción de dispositivos ilícitos. La definición de «dispositivo ilícito» se contiene en la letra e) del artículo 2 de la Directiva 98/84/CE como «cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor de servicio» (SAP de Madrid 421/2013, de 23 diciembre [ARP 2014\165]).

13.

EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

13.1. **Corrupción en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (Art. 286 bis)³²**

13.1.1. *Casos Prácticos*

CASO N.º 212

Raúl R., cuando ejercía funciones de Presidente de Banker, percibió a través de «Kora SAU», de la que era administrador único, una comisión irregular de al menos 835.000 euros de las centrales de medios ZXsmith y Publiciti a cambio de la adjudicación de los contratos publicitarios de Banker durante los años 2011 y 2012, valorados en unos 40 millones de euros. La supuesta mordida fue ingresada en las cuentas de «Kora SAU» por la sociedad Albisa SLU, mercantil creada por Raúl R., colocando al frente la misma, como administrador único, a su persona de confianza, Roberto P., que recibió de las centrales de medios audiovisuales un total de 2 millones de euros tras las firmas de los contratos de publicidad de Banker, cuyo fin era promocionar la salida a bolsa de la entidad. De esos 2 millones, Roberto P. en calidad de administrador único de Albisa SLU, transfirió a Kora SAU, la cantidad de 835.000 euros a razón de unos 40.000 euros mensuales durante dos años, sin que haya quedado acreditado que exista relación comercial entre las dos mercantiles.

CASO N.º 213

Ernesto G., máximo accionista y presidente del Zeus Club de Fútbol (de Maraceña), equipo que finalizó la temporada futbolística 2013-2014 en primera división, ante el riesgo de bajar de categoría, y con la intención de mantenerse en primera división, ofreció 100.000 euros a Sergio. C., portero del Huélago Club de Fútbol, —equipo con el que disputaría el último encuentro—, a cambio de que se dejara golear por el Zeus Club de fútbol, ya que de esta manera se aseguraría los tres puntos que necesitaba para garantizar su mantenimiento en primera división. En el minuto 15 del partido, cuando los marcadores iban 0-0, Sergio C., se lesionó, debiendo ser sustituido por Reyes M., el cual paró los cinco tiros que se hicieron a puerta y dos penaltis, ganando

³² La LO 1/2015 sustituye, en el número 1, la expresión «incumpliendo determinadas obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios profesionales» por incumpliendo determinadas obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales», con lo que, actualmente, se podrían incluir en el tipo los supuestos de contratación de servicios no prestados por profesionales.

por la mínima 0-1 el Huélago Club de Fútbol, descendiendo el Zeus Club de Fútbol a segunda división.

CASO N.º 214

Carlos C.C, mayor de edad, y sin antecedentes penales, proveedor de Cola-Soda en todos los establecimientos gastronómicos y de copas de la costa levantina, habiendo tenido conocimiento de que José D.D., empresario de hostelería iba a montar una cadena de Pubs en la citada zona, se puso en contacto con éste último para ofrecerle 3000 latas gratis de Cola-Soda, y un viaje a Río de Janeiro a cambio de que adquiere en exclusiva su producto durante dos años, y no los de la competencia.

CASO N.º 215

Luis R. es el dueño del Taller de reparación de cristales «Bellaluna», sito en Calle Obispo Hurtado, núm. 001, en Alicante, con reconocida experiencia en el sector de la reparación.

Sobre las 12:00 del día 5 de julio de 2015 Roberto S., trabajador de la empresa «Correduría de Seguros Aca» para la que prestaba los servicios de comercial de captación de clientes, llegó al taller de Luis R., y le planteó que la empresa «Correduría de Seguros Aca» le proporcionaría clientes asegurados en «Seguros Aca» si a cambio le abonaba un 5% de la facturación, y si eran asegurados de otras compañías de seguros el abono sería un 3% de la facturación. Roberto S. explicó a Luis R. las ventajas de la propuesta, cifradas en un aumento de clientes y de ganancias, indicándole a Luis R. que si él no lo hacía lo haría otro taller.

A partir del día 20 de julio de 2015, los asegurados de «Seguros Aca», cuando acudían a la Correduría para entregar el parte del siniestro de fractura de cristal, Roberto S. les indicaba que debían acudir a el taller de Luis R., pues tal imposición venía de la propia compañía de seguros, y que iban a obtener un trato preferente y calidad en la reparación.

Luis R. procedió a reparar los cristales a los automóviles de los asegurados enviados por Roberto S. facturando en tres meses 100.000 euros, entregando a Roberto S. el 2 de noviembre 5000 euros, en la creencia de que lo que estaba haciendo era algo común en el sector de la automoción.

13.1.2. *Jurisprudencia*³³

«En relación con el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP), introducido por LO 5/2010, de 22.06), en el caso de la corrupción activa la conducta típica consiste en que el sujeto activo por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Por su parte, en el caso de la corrupción pasiva, la conducta típica ha de consistir en recibir, solicitar

³³ Hasta la fecha de realización de este libro no se ha encontrado ninguna sentencia que se pronuncie sobre el delito de corrupción en los negocios.

o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, conductas establecidas en paralelo a las anteriores, ya que contemplan a la otra parte de la contratación.

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la libre competencia (justa y honesta, como indica la Exposición de Motivos de la LO 5/2010), que podría verse fuertemente influida de un modo negativo a través de la introducción, en el marco de las relaciones contractuales económicas, de elementos extraños a los propios del libre juego de los productos y servicios, provocando una distorsión de las reglas del buen funcionamiento del mercado.

Este delito es un delito de resultado cortado o de mera actividad, que se integra con la simple promesa, ofrecimiento o concesión (en la corrupción activa), o con la recepción, solicitud o aceptación (en la corrupción pasiva), de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, con la finalidad de conseguir un trato de favor para sí o para un tercero frente a otros (o favorecerlo, en el caso de la corrupción pasiva).

En este caso los sujetos activos de esta conducta en su modalidad activa serían de acuerdo con la querrela el FC Barcelona y sus representantes legales Camilo y Felix. Ellos, en el año 2011, abonaron a Lucio a través de la sociedad interpuesta por su padre (N&N) la suma de 10.000.000€, comprometiendo (y pagando más tarde) otros 30.000.000€, para que el jugador dejara de colaborar con la valorización, libre cotización y venta de los derechos federativos del SANTOS FC y de los derechos económicos derivados de los federativos (que eran del SANTOS FC en un 55%, de TEISA en un 5% y de DIS en un 40%), y se negara a fichar por cualquier otro club que no fuera el FC Barcelona. Todo ello con la finalidad de adquirir tales derechos fuera de la normal competencia con el resto de clubes interesados en su fichaje por valor inferior al de mercado, y sin pagar las cuantiosas cifras que otros clubes podrían estar dispuestos a pagar. El sujeto pasivo sería Lucio, a través de su padre y de su empresa N&N, pues el jugador era empleado del SANTOS FC y colaborador de DIS, con quienes estaba obligado a colaborar, dada su relación contractual con cada una de estas entidades, en la valorización de estos derechos y no interferencia en la venta de los mismos en el mercado de fichajes, dada su inexorable capacidad de influencia y poder de decisión en la transferencia de los mencionados derechos. Recuérdese, en este sentido, que en Brasil, de acuerdo con la denominada Ley Pelé, cualquier transferencia de un deportista profesional depende de su consentimiento formal y expreso. Su comportamiento, auspiciado por su padre, N&N y el FC Barcelona, implicó un incumplimiento de sus obligaciones, que impactó decidida y decisivamente en la libre competencia y en el mercado de contratación de jugadores.

De otro lado, la circunstancia de que el FC Barcelona incluyera en el contrato que suscribió con el jugador, con la sociedad N&N y con el agente del jugador, Valentín, una cláusula de penalización de 40 millones de euros revela la intención clara del FC Barcelona de quebrar la libre competencia en el mercado de fichajes, al amarrar definitivamente la voluntad del jugador, que debía negar su consentimiento a su transferencia a cualquier club distinto del FC Barcelona so pena de tener que pagar esta cuantiosa indemnización. De este modo, el FC Barcelona se convirtió de hecho en el titular de todos los derechos federativos y económicos del jugador, por cuanto si algún competidor quería adquirirlos necesariamente tenía que pasar por abonar al FC Barcelona la cantidad de 40 millones de euros.

En lo que se refiere ahora a su modalidad pasiva, el sujeto activo del delito es Lucio, en su condición de empleado de SANTOS FC y colaborador de DIS. El jugador aceptó y recibió del FC Barcelona, a través de N&N, un beneficio injustificado de 40

millones de euros por favorecer al FC Barcelona la adquisición de sus derechos federativos y económicos sin tener que competir con el resto de clubes interesados ni pagar a sus legítimos titulares la cláusula de rescisión de 45.000.000€ pactada. Al actuar así incumplió sus obligaciones como empleado del SANTOS FC al rechazar en su propio beneficio y, lo que es más relevante, por razones espurias, todas las ofertas de traspaso de los clubes de fútbol interesados en el jugador, y ello para favorecer al FC Barcelona y para favorecerse a sí mismo y retener los 40.000.000€ comprometidos. Y también incumplió sus obligaciones como colaborador de DIS, contenidas en el contrato suscrito en fecha 06.03.2009» (Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 17 de junio de 2015 [ARP 2015\622]).

13.2. Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Art. 286 ter)³⁴

13.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 216

Vidal, en su calidad de Presidente de la República, ha aceptado para sí y para sus hijos, Tomás y Carlos María, los bienes descritos en la investigación detalladamente, siendo éstos cinco villas y sus anexos, propiedad de Severino, cuyo valor alcanza los 39.759.500 de Libras Egipcias, conforme a contratos de venta ficticios elevados a escritura pública ante Notario, por parte del acusado Severino, a cambio de utilizar al ex Presidente de la República y sus influencias efectivas sobre una autoridad pública del Gobierno del Sur del Sinaí, para conseguir decretos de asignación de terrenos, cuyas delimitaciones y características están reflejadas en las investigaciones, y cuyas superficies alcanzan la cifra de dos millones de metros cuadrados, en la zona más exclusiva de la ciudad de Sharm Elsheikh, a favor de la sociedad «Neama Golf e Inversiones Turísticas», propiedad del acusado Severino.

Vidal, en su calidad de Presidente de la República, en participación mediante acuerdo y ayuda con un funcionario público, ha obtenido ilícitamente otros beneficios debido a su función, acordando con Ambrosio, ex Ministro de Petróleo en su época, asignar la venta y exportación de gas natural egipcio al Estado de Israel a la sociedad «East Mediterranean Gas-EMG», cuyas acciones de capital social en su mayoría son propiedad de Severino, aceptando la contratación mediante orden directa, sin seguir los procedimientos legales pertinentes y con un precio bajo, que no se ajusta a los precios vigentes mundialmente. Con ello se alcanzó el objetivo de enriquecer ilícitamente a Severino, mediante la conclusión de la contratación con las condiciones que favorecen sus intereses, por la diferencia entre el precio acordado y el precio vigente, en el tiempo de contratación, que alcanza la suma de 2.003.319.675 dólares USA, lo que provocó la subida del valor de las acciones de su sociedad. Este delito ha sido cometido conforme a este acuerdo, y tal ayuda está reflejada en las investigaciones.

El acusado Vidal, en su calidad de Presidente de la República, en participación mediante acuerdo y ayuda con un funcionario público, ha causado pérdidas en los Fondos Públicos y en los intereses del organismo donde trabajaba, acordando con el

³⁴ El art. 286 ter CP se corresponde con el art. 445 CP, antes de la entrada en vigor de la L.O 1/2015; no obstante a través de dicha Ley el precepto ha modificado parte de su contenido.

acusado Ambrosio, Ministro del Petróleo en su tiempo, cometer el delito objeto de la mencionada acusación y le ayudó en su ejecución, lo que causó pérdidas en los Fondos Públicos y en los intereses del sector del Petróleo que alcanzan la cantidad de 714.089.997 dólares USA, cuyo valor es la diferencia entre el precio de las cantidades de gas natural vendidas efectivamente conforme a la contratación y los precios vigentes mundialmente en su tiempo. El delito se ha cometido conforme a este acuerdo y esta ayuda está reflejada del modo detallado en las investigaciones.

Severino, ha sobornado a un funcionario público (el ex Presidente de la República), cediéndole un palacio y cuatro villas en la ciudad de Sharm Elsheikh, cuyo valor alcanza los treinta y siete millones de libras egipcias, a cambio de que el ex Presidente de la República utilizara sus influencias sobre una autoridad pública, que es el Gobernador del Sur del Sinaí, para decretar la asignación de enormes superficies que alcanzan los dos millones de metros cuadrados en la ciudad de Sharm Elsheikh, en la zona más exclusiva y por precios irrisorios, para las sociedades propiedad del acusado Severino.

Los acusados, Carlos María y Tomás han aceptado y tomaron para sí un bien, para que un funcionario público utilice sus influencias para obtener de una autoridad pública decretos de asignación. Ambos aceptaron del acusado Severino, en propiedad, dos villas y sus anexos, de las cuatro villas, cuyas delimitaciones, detalles y superficie se reflejan en las investigaciones, siendo que su valor alcanza los 14.039.500 Libras Egipcias, a cambio de que su padre —Vidal—, utilizara sus influencias frente al Gobierno del Sur del Sinaí, para decretar la asignación de terrenos, cuyas delimitaciones, características y superficie se refleja en las investigaciones, para la sociedad «Neama Golf e Inversiones Turísticas», propiedad de Severino, en la zona más exclusiva en la ciudad de Sharm Elsheikh, del modo que se refleja en las investigaciones.

CASO N.º 217

El acusado Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único de la sociedad «Caminos y ladrillos S.L.», cuyo objeto sociales la venta de ladrillos destinados a la construcción, decide operar en el comercio internacional con el objetivo de aumentar sus ventas importando ladrillos de China, para ello Manuel inicia los trámites necesarios para poder realizar dicha operación, así el 23/05/14, después de haber estudiado el coste que le supondría a la sociedad realizar la importación y con el fin de reducir gastos, llamó por teléfono a su amigo Eloy, que trabajaba como agente de aduanas desde el año 2009, ofreciéndole un coche Porsche Panamera de cuyo pago se haría cargo «Caminos y ladrillos S.L.» a cambio de que la sociedad no tuviese que pagar ningún arancel por realizar la importación de ladrillos, Eloy no aceptó dicha proposición. No obstante, Manuel llamó hasta en cinco ocasiones a Eloy para insistirle en que accediese. Durante el año 2015, concretamente en los meses de enero y noviembre, se llevó a cabo la importación de ladrillos de China, pagándose el arancel correspondiente.

13.2.2. *Jurisprudencia*

Hasta la fecha de realización de este libro no se ha encontrado ninguna sentencia que se pronuncie sobre el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

14.

SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA A UTILIDAD SOCIAL O CULTURAL (ART. 289)

14.1. Casos Prácticos

CASO N.º 218

D. Francisco José F. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, comerciante de jardinería, el día 30 de junio de 2004 compró una finca de 4.650 metros cuadrados de superficie, sita en la Partida rural de Algoda, en el polígono 19, parcela 131, en el término municipal de Elche, plantando, al menos 252 palmeras datileras. Posteriormente, entre el 16 de julio de 2004 y el 7 de octubre de 2005, sin obtener previa licencia del Patronato de El Palmeral de Elche, por delegación de su Junta Gestora, arrancó 252 palmeras vendiéndolas a terceras personas no identificadas, estando valoradas en 113.445 euros.

CASO N.º 219

D.^a Delia F. E. condesa de Febra, mayor de edad y sin antecedentes penales, es propietaria de un importante palacete del siglo XVI, en cuyo interior se alberga una valiosa colección de esculturas perteneciente a la escuela sevillana de la edad de oro. Dicho palacete está ubicado en el casco histórico de la Sevilla, en calle000, núm.001, y su conservación es anualmente subvencionada con fondos autonómicos destinados a la conservación del patrimonio histórico andaluz, a cambio de abrirse al público el último viernes de cada mes. El día 5 de mayo de 2012, D.^a Delia F. E., separó el friso que adornaba la fachada principal del citado palacete en el que vive habitualmente, para recolocararlo, como motivo de ornamentación, en el patio central de su residencia de verano sita en la finca rústica «Los Almendros» que estaba remodelando, a veinticinco kilómetros de la ciudad de Sevilla.

CASO N.º 220

Margarita F.C., mayor de edad y sin antecedentes penales, heredó de su tía María C.G., un «Carmen» con vistas a la Alhambra, en el granadino barrio del Albaicín, calle000, núm.001. La citada vivienda constaba 4 estancias en una de las cuales figuraba un retablo protobarroco que representaba la crucifixión, cuya autoría se atribuía, en un catálogo de obras de arte de valor histórico y artístico de la Ciudad de Granada, a Juan de Sevilla y cuyo valor era incalculable. La mañana del día 8 de noviembre de 2014, Margarita F.C., enfadada con la Directora de la Delegación del Instituto Nacional de Arte con sede esta capital, que se negó a concederle una subvención para la restauración del citado retablo aduciendo la falta de fondos, se dirigió a la droguería

de su barrio donde compró una lata de pintura permanente «Tintux», y con la intención rehabilitar personalmente la pintura, procedió a dar color justo encima de la representación pictórica deteriorando parte de las imágenes que contenía, de modo irreversible.

14.2. Jurisprudencia

«El artículo 562 CP tipifica la conducta del que intencionadamente y por cualquier medio destruyere (pérdida total), inutilizarre (perdida de su eficacia, productividad o rentabilidad) o dañarre (pérdida parcial del quantum, cualquiera que sea su representación), una cosa propia de utilidad social. Existen muy escasos pronunciamientos Jurisprudencias en aplicación de dicho precepto, pudiendo recordarse las SSTS de 11 de septiembre de 1942, 26 de noviembre de 1960, y 12 de mayo y 17 de octubre de 1969, entre las más significativas. Manifiesta la citada en tercer lugar que «El delito de daños en cosa propia realizado por el propietario, requiere para existir... que aquél destruya, inutilice o dañe intencionadamente, la cosa que prestase un servicio de utilidad social, digno de protección legal, por obrar antijurídicamente abusando del recto uso de su derecho no absoluto sino dirigido a beneficiar a la comunidad, y la vocación de culpabilidad de esta infracción se encuentra necesariamente, en la proyección final del deseo o propósito lesivo constituido por el —animus damnandi o nocendi—, que reduplica al dolo, pues se trata de una acción que tiene que ser teleológicamente dirigida...». Como razona el Juez a quo, no apreciamos en este caso la existencia de daños en el bien propio al limitarse la acción a un trasplante de palmeras, y en menor medida, una intención de perjudicar los bienes propios de utilidad social, circunstancias que determinan la desestimación del recurso» (SAP de Alicante 108/2002, de 7 de marzo [JUR 2002\132148]).

* * *

«(...) pareciendo oportuno recordar previamente que dicho tipo penal se configura por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º que se ejecute una conducta consistente, bien en destruir, inutilizar o dañar una cosa propia, bien en sustraerla al cumplimiento de deberes legalmente impuestos en interés de la comunidad, y 2.º que la cosa tenga una utilidad social o cultural.

Sentado lo anterior, la primera de las alegaciones del apelante no ha de tener favorable acogida por cuanto, primero, ninguna prueba se ha aportado de que el inmueble en cuestión haya sido declarado de utilidad social o cultural, segundo, habiendo de descartarse tres de las cuatro acciones rectoras del indicado tipo (destruir, inutilizar y sustraer al cumplimiento de deberes legalmente impuestos en interés de la comunidad), la otra modalidad comisiva prevista en el referido artículo 289 tampoco puede admitirse puesto que, en trance de indagar si el estado actual del edificio puede atribuirse a una conducta de la denunciada, no puede sino negarse tal hipótesis si se recuerda que, según se indica en el informe emitido por el arquitecto don Lucio, aquel estado obedece a un problema de cimentación, y, tercero, habida cuenta que la conducta típica descrita en dicho precepto es un delito especial propio que tan sólo puede ser cometido por el propietario de la cosa, parece claro que tal consideración no puede serle atribuida a la denunciada por el hecho de que sea presidenta de la comunidad de propietarios.

Tampoco cabe residenciar en el repetido artículo 289 la supuesta autorización de la denunciada a Paloma para que ésta ejecutara determinadas obras en la vivienda de

su propiedad puesto que, por una parte, la realización de obras sin la preceptiva licencia municipal es cuestión que ha de dilucidarse en el ámbito administrativo (no en el penal), y, por otra, las consecuencias que en el ámbito penal pudieran derivarse de una obra ejecutada por cualquier miembro de una comunidad de propietarios (en el supuesto de autos por Paloma) no pueden ponerse a cargo de quien como presidente de la comunidad «autoriza» dicha obra, y ello porque, con independencia de que el presidente tenga o no competencias para otorgar tal autorización, parece evidente que ésta no es bastante para atribuirle la responsabilidad de índole penal que pudiera derivarse de la ejecución de la obra (en la que no tendría intervención alguna), habiendo de concluirse por ello que, aun cuando a efectos dialécticos se admitiera que la denunciada, sin estar facultada para ello, hubiera autorizado a Paloma a realizar determinadas obras en su vivienda, el daño que tal obra hubiera podido causar al inmueble no le puede ser atribuido a la denunciada» (SAP de Valladolid 425/2006, de 19 de diciembre [JUR 2007\44982]).

* * *

«El art. 289 C.P. se encuentra dentro del Título XIII de la parte especial del Código que regula y sanciona los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y este tipo penal describe como una de las acciones típicas la destrucción, daños o inutilización de cosas propias de utilidad social. Es claro que cuando estos actos se proyectan sobre bienes especialmente protegidos por su alto valor ecológico, se está perjudicando el medio ambiente que sin duda alguna merece la condición de valor de utilidad pública o social.

Por eso mismo, en el caso presente, los bienes jurídicamente protegidos en el art. 319 y 289 C.P. quedan afectados negativamente por los actos ejecutados por el acusado, si bien y con acierto, el Tribunal aprecia el concurso de normas del art. 8.4 C.P. porque la conducta aquí enjuiciada se castiga por el artículo 319.1.º al afectar valores ecológicos; sin la lesión de ese valor, esta conducta no se castigaría por ese delito. Y, a la vez, de nuevo se castiga por el artículo 289 C.P. y se hace así porque se compromete ese valor medioambiental. Porque si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 289 en su vertiente de proteger la afectación de los bienes propios al equilibrio de los sistemas naturales, como bienes de interés social del que resulta beneficiaria la comunidad.

Razón por la cual se ha omitido sancionar el delito del art. 289 y únicamente se castiga el tipificado en el art. 319.1 C.P. que absorbe al anterior» (STS 54/2012, de 7 febrero [RJ 212\2348]).

15. LOS DELITOS SOCIETARIOS

15.1. Falsificación de cuentas anuales u otros documentos dentro de la sociedad (Art. 290)

15.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 221

Eduardo y Miguel eran administradores mancomunados de la mercantil «Promociones Mairena S.L.», ostentado Miguel el 50% del capital social, y el otro 50% la entidad «JCP S.A.». Eduardo y Miguel nombraron apoderado mancomunado a Celso, mayor de edad y sin antecedentes penales. Los acusados Eduardo y Celso eran a su vez administradores solidarios de la mercantil «JCP S.A.». En esta situación «Promociones Mairena S.L.» promovió la construcción de seis viviendas unifamiliares en terrenos de su propiedad. El arquitecto era Celso y la empresa constructora «Rux S.A.» de la que eran administradores solidarios, Mariano y Eduardo. El precio de la promoción ascendió a 480.809,68 euros más IVA. Todas las viviendas fueron vendidas en el año 2009. Los acusados, Eduardo y Celso, reclamaron de la Agencia Tributaria la devolución de 43.784,57 euros en concepto de saldo a favor de la entidad por IVA de los años 2008, 2009 y 2010. En junio de 2011 la Inspección de la Agencia Tributaria, con la finalidad de comprobar tales datos requirió a Eduardo, en su calidad de representante de la indicada sociedad mercantil a que entregara los libros y documentos de la misma referentes al IVA correspondiente a dichos años. Con tal documentación se pudo comprobar que en dichos libros se habían omitido ingresos, entre otros, 25.485,80 euros en 2009 y 37.747,77 euros en el año 2010, que no habían sido contabilizados por los acusados Eduardo —como administrador mancomunado— y su apoderado Celso, ambos de acuerdo. Así, dejó de incorporar los la Sociedad «Promociones Mairena, S.L.», con perjuicio del otro socio y administrador mancomunado Miguel, quien cuando supo lo anteriormente sucedido, solicitó información a Agencia Tributaria, tomando conocimiento de todo lo que se le había ocultado.

CASO N.º 222

En 1980 fue constituida la mercantil «Mueblesmadera S.L.» El capital social constituido por 100 participaciones correspondía el 70% a Isidro, quien tenía la condición de administrador, y el 10% a cada uno de sus hijos varones Cosme, Fermín y el acusado Diego mayor de edad y carente de antecedentes penales. En 1998 Isidro donó varias participaciones a cada una de sus hijas, entre ellas se encontraba la también acusada Emilia, mayor de edad y carente de antecedentes penales. Meses después, Isidro donó

a sus hijos las participaciones que le quedaban resultando el siguiente accionariado: 22% cada hijo varón (66%) y 17% para cada hija (34%). En la Junta Extraordinaria de 27/09/05, poco después del fallecimiento de Isidro, Diego fue nombrado administrador único de la sociedad. En ese cargo permaneció hasta el 28/02/07, en que por dimisión del referido Diego, fue sustituido por Fermín. En ese período de tiempo Emilia se encargaba de la llevanza de la contabilidad de la sociedad, y junto con su hermano Diego, estaba en la tienda. Emilia atendía a los clientes, realizaba las ventas y recibía distintos cobros en metálico. Los acusados, en la cualidad que ostentaban en la sociedad en un caso como administrador de derecho y en el otro de administrativa con funciones de llevar la contabilidad, efectuaron alteraciones contables y omisiones de ingresos en los libros de contabilidad de la empresa. En la documentación de la sociedad existían importantes diferencias por omisión de ventas, entre los ingresos declarados y los registrados, así como alteraciones patrimoniales muy significativas entre el cierre del ejercicio 2006 y la apertura del ejercicio 2007, que generaban un descuadre y un desfase contable por importe de 110.374,39 euros. Todo ello determinó que los estados financieros contables efectuados por los acusados no representaran la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad lo cual se manifestaba en la existencia de ventas de muebles no contabilizadas, así como en que no se documentaron dos préstamos realizados por Emilia en 2006 por importe de 6.010,12 euros cada uno. Asimismo, existían entre otras, varias partidas relevantes contabilizadas de forma inadecuada, en concreto: un préstamo correspondiente a una cuenta de crédito con la Caja de Ahorros del Círculo Católico que se refleja con un saldo a favor de la Caja por importe de 27.613,86 euros, cuando era de 15.050,61 euros; un saldo por retribuciones pendientes de 10.863,76 euros cuando era de 5.398,16 euros, y albaranes no contabilizados correspondientes a 2005 y 2006, por respectivos importes de 35.977,91 euros y de 3.606,73 euros. Estas alteraciones y omisiones contables determinaron un desbalance contable que afectó a la liquidación de la sociedad. No ha podido ser determinado el destino de los fondos producidos por las alteraciones y omisiones antes indicados y, en particular, no se ha acreditado que se hayan incorporado al patrimonio de los acusados.

CASO N.º 223

En 2011 los acusados Miguel y Ángel, mayores de edad y sin antecedentes penales, constituyeron, junto con Baldomero, la sociedad mercantil «Pacha, S.L.», cuyo objeto social era la explotación de un establecimiento nocturno, suscribiendo cada uno de los tres socios un 33,33% de las participaciones sociales, recayendo el nombramiento de administrador único en el acusado Miguel y actuando igualmente como administrador de hecho y secretario de la Junta General su hermano Ángel. Además, Baldomero, por indicación de ambos acusados, había efectuado una aportación al patrimonio social en concepto de préstamo ascendiente a 90.152,01 euros, cuya devolución se haría efectiva en sucesivos pagos con cargo a la recaudación semanal del negocio social.

Así, entre los años 2011 y 2015, los acusados gestionaron la contabilidad de la sociedad de forma absolutamente caótica y arteramente manipulada. Los asientos contables no correspondían a la verdadera realidad del tráfico de la empresa y carecían de todo soporte documental. Las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil nunca reflejaron fielmente la situación de la sociedad al ser fruto de un ficticio ensamblaje de la realidad contable. Además, los acusados no dudaron en prescindir de convocar las Juntas Generales que hubiera correspondido celebrar en los ejercicios 2012

a 2015, limitándose a redactar y suscribir anualmente sucesivas certificaciones en las que, falsamente, se hacía constar la celebración de la Junta General así como la aprobación de las cuentas anuales con el voto unánime de los partícipes de la sociedad, certificaciones que posteriormente eran presentadas en el Registro Mercantil en perjuicio del partícipe minoritario a quien, por otra parte, nunca le fueron repartidos dividendos pese a que, entre los años 2012 a 2015, la sociedad obtuviera unos beneficios estimados de 22.153,32 euros.

CASO N.º 224

En el mes de diciembre de 2013 y el de junio de 2015 los acusados, Demetrio, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Benita, mayor de edad y sin antecedentes penales, puestos de acuerdo, en perjuicio de los demás socios de la entidad, y aprovechándose el primero de los amplios poderes de administración que en fecha 22/10/10 le habían sido otorgados en la mercantil «Mecalux Canarias S.A.», y la segunda de su condición de auxiliar administrativa encargada de la llevanza de la contabilidad de la empresa, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial, destinaron a usos propios, fondos de la mencionada sociedad por importe de 54.366,78 euros, para lo cual procedían a contabilizar como gastos, en repetidas ocasiones, la misma factura, modificando en los documentos contables su número o fecha, o reflejaban en la contabilidad de la sociedad pagos a proveedores por cantidades mayores que las que realmente aparecían en las facturas y habían sido pagadas.

CASO N.º 225

La entidad mercantil «Forjas S.L.», fue inscrita en el Registro Mercantil en 1980 por los socios: Alfredo, Norberto, Carlos, todos como administradores solidarios con capital de 36.060,73 euros. En 1998 se produce el cese de los administradores solidarios y el nombramiento de administradores mancomunados. El socio y administrador de la sociedad Carlos, y titular de 200 participaciones, con fecha de 2001 ingresa hospitalariamente por motivos cardiacos, tras varias recaídas fallece el 23/05/04. La viuda e hijas de Carlos adquieren en pro-indiviso las participaciones sociales, y acuerdan con todos los socios realizar a través de auditoría contable la valoración de las participaciones sociales. Se confecciona informe con fecha de 27/09/05 por «RCB Auditores», para la confección del cual los administradores de la sociedad han aportado cada una de las partidas del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, además de las cifras del 2004, las correspondientes al ejercicio anterior. La auditoría informa solo acerca del año 2004, y concluye en dicho informe lo siguiente: «que no hemos podido determinar un valor para cada una de las 600 participaciones sociales, como consecuencia de las conclusiones del informe de auditoría que presenta opinión desfavorable, debido a las salvedades contenidas en los párrafos 15 al 27, de los que se deriva de forma directa que las partidas del balance se desvelan claramente alteradas, además de las limitaciones al alcance en nuestro trabajo, explicadas en los párrafos 3 al 14 de dicho informe, que impiden llegar a conclusiones suficientemente fiables sobre el objeto de nuestro trabajo que es la valoración de cada una de las 600 participaciones sociales». Con fecha de 20/09/12, se dicta auto por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, en el que se declara en concurso necesario al deudor «Forjas, S.L.», apreciándose por el administrador concursal que la entidad ha cometido irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la misma.

15.1.2. *Jurisprudencia*

«...cuando la falsedad en documentos sociales deviene medio de ocultación de una administración fraudulenta, efectivamente se produce un concurso real de delitos.

Pero en el acontecer histórico de autos, la falsedad efectivamente sirve para ocultar la concreta disposición realizada; pero a su vez deviene instrumento necesario para realizar las sucesivas disposiciones; si se hubiera plasmado en la contabilidad las transferencias injustificadas a favor del acusado, el libramiento y cobro de cheques al portador para fines propios y la indebida utilización de la tarjeta bancaria con cargo a la sociedad para gastos propios, la disponibilidad que tenía de los fondos sociales se habría suprimido, la continuidad delictiva no se habría permitido. Por tanto deben calificarse los hechos declarados probados como un delito continuado de falsedad en documentos sociales del artículo 290 inciso final, en concurso medial con un delito continuado de administración desleal del artículo 295 CP» (STS 464/2014, de 3 junio [RJ 2014\4219]).

* * *

«Con este precepto se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros mediante la conminación penal dirigida a los responsables de la elaboración de la cuentas anuales de las respectivas sociedades que operan en aquellos mercados. El «núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010 (RJ 2010, 7340), “falsear” en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal», (STS n.º 194/2013 (RJ 2013, 3279)). La jurisprudencia (STS n.º 259/2013 (RJ 2013, 3508)) ha entendido que el componente esencial de este delito es faltar a la verdad en la narración de los hechos, y que la acción típica «... consiste en falsear las cuentas anuales, esto es, adulterarlas, simular o tergiversar la verdadera situación contable de la entidad de que se trate». En el mismo sentido, se decía en la STS n.º 259/2013, de 19 de marzo (RJ 2013, 3508), que «... faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, 10 de diciembre (RJ 2005, 1084))», siempre, naturalmente, que se cumplan las demás exigencias típicas contenidas en ese precepto.

También en la STS n.º 1117/2004, de 11 octubre (RJ 2004, 8003), se consideró que la inclusión de una cuantía inexacta en un balance solo tendría encaje en el n.º 4 del artículo 390.1 y que por lo tanto, se trataba de una conducta despenalizada, señalando que «... estas conductas se encuentran ahora tipificadas en el capítulo de los delitos societarios, concretamente en su art. 290 «sin perjuicio de que no resultara aplicable en aquella ocasión» (STS 211/2014, de 18 marzo [RJ 2014\2408]).

* * *

«Se trata de un delito «especial propio» o «de propia mano» porque el autor o autores han de ser precisamente «los administradores de hecho o de derecho de la sociedad». (...)

Para la STS 1458/2003 de 7 de noviembre (RJ 2003, 7661), el objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un «*numerus apertus*» en el que solo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 C.P. se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado.

El delito se comete en el párrafo 1.º, cuando se falsean las cuentas... «de forma idónea» para causar «un perjuicio económico»; no parece que esta frase permita excluir el dolo de perjudicar que caracteriza este delito y que deberá ser probado y directo, no eventual.

En todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (párr. 1.º) y otra de resultado, cuando se ha producido (párr. 2.º).

Según la STS 1217/2004 de 2 de noviembre (RJ 2004, 8091), el bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. En este sentido y en lo que se refiere a la acción falsaria, el art. 290 se configura como un delito de lesión. (...) en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el derecho penal, a través de semejantes tipos, protege». (...)

El art. 290 del C. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) resultará de aplicación si se dan los requisitos exigidos por el mismo, tanto sustantivos (que el sujeto sea administrador de una sociedad; que la conducta recaiga sobre las cuentas anuales u otros documentos que reflejan la situación económica o jurídica de la sociedad; que la alteración de tales documentos sea idónea para causar un perjuicio a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero) como procesales (que medie la denuncia exigida en el art. 296 del C. Penal) (STS 696/2012, de 26 de septiembre [RJ 2012\9453]).

* * *

«Es claro que la figura del administrador de derecho no resiste dificultad alguna por tratarse de un concepto claramente delimitado por la legislación y la doctrina. El administrador de derecho es aquél que ha sido nombrado de acuerdo con la normativa correspondiente societaria, constanding así, pública y registralmente en toda la actividad de la sociedad concernida.

Sin embargo en relación a la figura del administrador de hecho su relevancia penal es clara en la medida que el legislador, en estos delitos societarios ha ampliado el círculo de los posibles autores para incluir también a los administradores de hecho como ocurre en el caso del delito que se comenta (que se reitera en los arts. 293, 294 ó 295, aplicándose en este último incluso a los socios).

En sede doctrinal, se han dado hasta tres concepciones del administrador de hecho.

En una primera posición se puede estimar al administrador inicialmente de derecho pero cuyo nombramiento adolece de alguna irregularidad, como serían los supuestos de nombramiento no aceptado, defectuoso, no inscrito o caducado, no obstante se objeta que las funciones del administrador pueden ser ejercidas de facto no solo por el administrador irregular, sino por un tercero que utiliza como testaferro a quien formalmente aparece como administrador.

Una segunda posición estima, precisamente como administradores de hecho a aquéllos que, de hecho, ejercen realmente las funciones de administración, tanto frente a los administradores de derecho como frente a los administradores irregulares, se trataría de la persona que «está detrás» del aparente administrador y que, de hecho, controla la sociedad a través del administrador aparente que sería una mera pantalla.

Una tercera solución, parte de la consideración de que el concepto de delito especial no está vinculado con la delimitación del autor sino con la fundamentación instrumental de la posición de garante.

Como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos, el que nos ocupa del art. 290 CP, son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento.

La STS 59/2007 de 26 de enero (RJ 2007, 1586), estima como administrador de hecho «...quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa...», y por su parte, en el mismo sentido la STS 816/2006 de 26 de junio, nos dice que «...se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales...» (STS 286/2012, de 19 de abril [RJ 2012\9034]).

* * *

«En este sentido la STS. 552/2005 de 9.5 (RJ 2005, 4402), recuerda que el tipo del art. 290 CP es un delito especial realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, sitien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del «extramus» a título de inductor, cooperador necesario o cómplice. (...)

Así las cosas, la conducta falsaria no sólo puede ejecutarse en positivo, sino también por omisión cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos en los casos en los que el sujeto activo oculte elementos o datos esenciales que debieran figurar en el documento, teniendo la obligación de consignar los mismos, resultando de esa conducta omisiva una real perturbación del tráfico jurídico» (STS 625/2009, de 17 de junio [RJ 2009\5973]).

* * *

«El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando

irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento» (STS 796/2006, de 14 julio [RJ 2006\6088]).

* * *

«Los elementos de tal delito son: a) la acción típica consiste en el falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Por cuentas anuales, se entiende el balance, la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) y la memoria anual. Pero al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la «situación jurídica», lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término «situación jurídica». Por si fuera poco, el propio concepto de lo que entiende por documento en el art. 26 del Código Penal (a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica) extiende aún más la interpretación; b) como resultado, el precepto exige que tal acción típica sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad, a alguno de sus socios o a un tercero. El tipo básico no requiere perjuicio económico alguno, simplemente que sea idóneo para causarlo; pero sin duda las falsedades que puedan incluirse tendrán vocación económica. Por el contrario, si se llegare a causar el perjuicio económico, surge un tipo agravado, y la penas se impondrán en su mitad superior; c) la relación de este tipo penal con las falsedades documentales, conductas falsarias incluidas en los arts. 390 y siguientes del Código Penal son complejas. A título interpretativo, la Consulta 15/1997 de la Fiscalía General del Estado, llega a las siguientes conclusiones: 1.º en el delito falsario societario del art. 290 del Código Penal, la conducta típica expresada en el verbo falsearen comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 (incluida la falsedad ideológica del número 4, que para los documentos privados se encuentra destipificada actualmente); 2.º si se dieren todos los requisitos de tipicidad de los arts. 290 y 392 del Código Penal, el concurso de Leyes debe ser resuelto a favor del 290 en virtud del principio de especialidad; 3.º la falta de requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario del art. 290, determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392, siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 del Código Penal de 1995 (no la ideológica)» (STS 865/2005, de 24 de junio [RJ 2005/6896]).

* * *

«...cuando se habla de falsedades contables, inevitablemente nos encontramos ya de por sí, dentro de una pluralidad de acciones con una unidad de propósito.

Ahora bien, se plantea la cuestión de si esta unidad y pluralidad respectivamente, se agota en la fecha del cierre del ejercicio y se renueva en el ejercicio siguiente, con objeto de, a través de sucesivas alteraciones de los balances anuales conseguir un beneficio final que consistiría en la suma de lo defraudado en cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, es evidente que no cabría la continuidad delictiva si nos refiriésemos a las diversas conductas falsarias cometidas dentro de cada ejercicio anual. Ahora bien, nos encontramos ante un delito continuado cuando de forma persistente y

con un plan de acción único produce modificaciones en los balances correspondientes a cada uno de los años. En consecuencia estimamos correctamente aplicada la tesis del delito continuado» (STS 1256/2004, de 10 diciembre [RJ 2005\1084]).

15.2. Prevalerse de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración para imponer acuerdos abusivos (Art. 291)

15.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 226

«Sugrima S.A.» es una sociedad en la que Sonia era titular del 51,57% de las acciones siéndolo del resto los hermanos Agustín y Pelayo. A fin de discutir determinados problemas sobre el desenvolvimiento de la empresa, se procedió a convocar a los socios a una Junta Universal que se celebró el día 22/11/11. Tal Junta habría de contener el siguiente orden del día: «... estudio y discusión sobre la posibilidad de constituir una hipoteca por 210.354,24 euros con el fin de efectuar un préstamo por dicho importe a Sonia, así como de una póliza de crédito con garantía hipotecaria por importe de 150.252,99 euros, a favor de Caja de Caminos, con el objeto de afrontar pagos por parte de «Sugrima S.A.». La mencionada convocatoria fue firmada por todos los socios. Realizada dicha Junta el día 22 se firmó acta en la que se plantearon los siguientes acuerdos: «... Autorizar la constitución de una hipoteca sobre la finca de propiedad de «Sugrima S.A.» (finca registral n.º 7.498) por importe mínimo de 210.354,24 euros, cuya suma le será entregada a Caja Caminos para la amortización parcial de la deuda que actualmente mantiene «Dedalo S.A.» (Sociedad con el 100% del accionariado de Sonia) con dicha entidad de crédito. Respecto a la formalización de una Póliza de Crédito con garantía Hipotecaria, por importe de 150.253,03 euros, la Junta General, con el voto en contra de los accionistas Pelayo y Agustín, por mayoría de votos acuerda: Aprobar la constitución de una Póliza de Crédito con Garantía Hipotecaria, por importe de 150.253,03 euros con la entidad Caja Caminos, que se llevará a efecto sobre el inmueble de propiedad de «Sugrima S.A.» (finca Registral n.º 7.498). En cualquier caso, en relación con la Junta celebrada y los acuerdos adoptados se ejercitó por parte de los hermanos Agustín y Pelayo, una acción de impugnación de acuerdos sociales. En febrero de 2012 se constituyó con la entidad Caja de Caminos un crédito hipotecario por importe de 180.300 euros a fin de salir de la situación de estrechez económica que se encontraba la empresa. No consta que, por motivo del desenvolvimiento del mencionado crédito, dejara de satisfacer, como deudora, cantidad ninguna Sonia.

CASO N.º 227

La sociedad «Cupela S.L.» tenía arrendados para el desarrollo de su actividad dos locales, propiedad de Humberto. Debido al balance negativo que arrojaban las cuentas de la sociedad se acordó por los socios, en junta general celebrada, incrementar el capital de la sociedad mediante la creación de 54.500 participaciones, de las que 27.500 fueron suscritas por la mercantil «Corporane S.L.», representada por el acusado Lorenzo, mayor de edad y sin antecedentes penales; 21.500 por «Pelen S.L.», representada por Enrique, y 5.500 por Rodolfo. En dicha junta, se acordó que el sistema de administración de la sociedad se realizara a través de un consejo de administración

formado por tres consejeros, de los cuales el acusado fue nombrado presidente del consejo de administración y consejero delegado de la sociedad, con todas las facultades que legal y estatutariamente correspondiesen al consejo de administración, excepto las indelegables. Mediante escritura pública de fecha 09/02/01, la mercantil «Pelen, S.L.», a través de su representante legal Enrique, constituyó sobre 8.000 participaciones de las 21.500 de que era titular en la sociedad «Cupela, S.L.», valoradas en 48.080,97 euros, un derecho real de usufructo a favor de la entidad «Puch, S.L.», de la que era administrador único el acusado. Con la ampliación de capital y tras liquidar las deudas de «Cupela, S.L.», quedó en el activo de la sociedad un total de 165.278,32 euros, sin que el acusado llegase a presentar a los restantes socios las cuentas de la sociedad durante el año 2001, pese a ser requerido al efecto. En la junta general, celebrada el 28/12/01 el acusado, tras informar de la mala situación de «Cupela, S.L.», propuso el traspaso de los locales de negocios por un mínimo de 90.151,82 euros y, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta, dada su condición de representante legal y administrador de las sociedades «Corporane, S.L.» y «Puch, S.L.», logró que fuese aprobada la propuesta, pese a que suponía un perjuicio para los restantes socios y no aportaba beneficios para la sociedad. Formuló voto en contra Enrique, considerando que tal acuerdo perjudicaba los intereses de la mercantil y ofreció a «Cupela, S.L.», a título particular, abonar por el traspaso 132.222,66 euros. A su vez, Domingo al conocer a través de terceros la propuesta del acusado, ofreció por el traspaso la suma de 156.263,15 euros. Ninguna de las dos ofertas fue considerada por el acusado, pese a ser las dos más favorables para la mercantil. El día 14/01/02, sin comunicárselo a los restantes socios y sin la autorización del propietario de los locales, el acusado firmó con la entidad «Progex, S.L.», representada por Leonardo, un contrato de señal para la cesión de los derechos de arrendamiento sobre los locales, acordándose como precio 114.192,29 euros, de los que recibió en concepto de señal a la firma del contrato la cantidad de 4.808,10 euros y, como anticipo sobre la totalidad del precio fijado, la de 13.662 euros. Las cantidades que le fueron entregadas al acusado en concepto de señal por la cesión de los locales no fueron ingresadas en el patrimonio de la mercantil «Cupela S.L.».

CASO N.º 228

La sociedad «Jardines S.L.», con una capital social de 24.000 euros constituida por Lorenzo, Juan, Germán y José. Los administradores mancomunados son Germán y José. El día 05/02/14 se celebró Junta General de «Jardines S.L.», que atravesaba una delicada situación económica. A la referida Junta no fue convocado el socio Juan, aunque el día 14 de enero se le remitió carta certificada a un domicilio de Guadix (Granada) que no fue recibida. Sí estaban presentes en la Junta Germán y José, que representaban el 65% de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Por este motivo, se declaró válidamente constituida y estos dos socios aprobaron una ampliación de capital por 24.000 euros, que fue suscrita enteramente por «Alacuas S.L.» (dicha sociedad tenía a su constitución un capital dividido en 500 participaciones repartidas entre sus socios Germán y José, de los que el primero fue designado administrador), con el compromiso de ingresar en metálico antes de las catorce horas del día 8 de febrero el referido importe en la entidad Bankinter. Asimismo, se suprimió el derecho de adquisición preferente de los socios. Todo ello, a pesar de que en el balance de enero de 2014 de «Jardines S.L.» figura una deuda de «Alacuas S.L.» por importe de 36.000 euros, que no ha sido satisfecha. Sin embargo, en el libro diario de «Jardines S.L.» no figura el mencionado acuerdo de ampliación

de capital ni el ingreso, ni consta en el libro de balances la modificación del capital social, aunque sí se llevó el acuerdo al Registro Mercantil. De otro lado, con fecha de 06/02/14, en la referida cuenta de «Jardines S.L.», abierta en Bankinter, fue ingresada por «Alacuas S.L.» la cantidad de 24.000 euros. Por esta razón, la entidad bancaria emitió el oportuno certificado, sin indicar el concepto del depósito. Ese mismo día, Germán obtuvo el reintegro por caja de la idéntica cantidad a cargo de la cuenta de «Jardines S.L.». Posteriormente, el 09/07/14, hubo otro ingreso en esa cuenta bancaria por la misma cantidad, sin hacer constar el ordenante del ingreso en el justificante bancario. Sin embargo, Bankinter libró un segundo certificado en el que se hacía constar que «Alacuas S.L.» había efectuado el ingreso «con cargo a aumento de capital». También el día mencionado, Germán obtuvo diversos reintegros por caja a cargo de la misma cuenta bancaria por importe total de 24.000 euros. Ninguno de los dos certificados se reflejó en la contabilidad de «Jardines S.L.».

CASO N.º 229

Probado, y así se declara, que los acusados Gabriel y Carlos, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, eran titulares junto con Gregorio, por terceras e iguales partes, de la sociedad mercantil «Autoescuela Bolonia, S.L.». Los dos primeros acusados trabajaban como monitores en la citada autoescuela, mientras que Gregorio, tenía el título de director de la misma. En Junta General Extraordinaria celebrada el día 15/05/12, los socios acusados acordaron por mayoría la disolución de la mercantil «Autoescuela Bolonia, S.L.», manifestando su oposición a dicho acuerdo el tercero de los socios Gregorio, quien se opuso asimismo a su nombramiento como liquidador de la sociedad. El valor económico de la sociedad en el momento de su disolución era de 57.972,75 euros; a finales de septiembre del mismo año era de 52.449,55 euros; valores éstos calculados pericialmente y en los que no se contempla el «fondo de comercio» de dicha sociedad dada su situación de liquidación. En fecha de 15/04/12 las acusadas Raquel y Antonia, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, aconsejadas por sus respectivos maridos, los acusados Gabriel y Carlos, habían constituido la sociedad mercantil «Bolonia Escuela de Conductores, S.L.», en la que estos últimos figuraban como trabajadores. Dicha autoescuela inició su actividad en fechas inmediatamente posteriores a la disolución de «Autoescuela Bolonia, S.L.». El día anterior a la reunión en que se acordaría la disolución de la sociedad «Autoescuela Bolonia, S.L.» los acusados Gabriel y Carlos habían transferido mediante compraventa y al precio normal de mercado, a la sociedad «Bolonia Escuela de Conductores, S.L.» dos vehículos pertenecientes a la primera, concretamente aquellos en que ambos monitores realizaban las prácticas con los alumnos, ingresando el importe de dicha venta en la cuenta de la sociedad vendedora. Asimismo, en fechas inmediatamente anteriores a aquella disolución los acusados anteriores ofrecieron a los alumnos de la sociedad «Autoescuela Bolonia, S.L.» la posibilidad de cambiarse a la nueva autoescuela, lo que aceptaron la mayoría de los existentes en aquel momento; las cantidades abonadas por aquellos alumnos que estaban matriculados en la autoescuela antigua fueron ingresadas por los acusados en la cuenta de ésta. En fecha de veinte de mayo de dicho año los acusados Gabriel y su esposa Raquel, junto con Carlos y su esposa Antonia, arrendaron a la sociedad «Bolonia Escuela de Conductores, S.L.» los inmuebles que hasta la fecha de su disolución había utilizado «Autoescuela Bolonia, S.L.», por el precio de 360,61 euros mensuales, ostentando dichos arrendadores las dos terceras partes proindiviso de la propiedad de tales bienes, correspondiendo la tercera parte a Gregorio y su esposa quienes no intervinieron en dicho contrato.

CASO N.º 230

Los acusados Marco y Mariano, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, que a su vez y de manera respectiva se encuentran casados con las también acusadas Blanca y Ana, igualmente mayores de edad y sin antecedentes penales, ostentaban entre ellos el 66% del capital social de la mercantil «Proexcám S.A.», ostentando el resto de las acciones, un 16,66% cada uno, Donato y su esposa Catalina. Dicha sociedad explotaba un camping (finca n.º 1) que en el año 2002 contaba con diversas edificaciones destinadas a bungalows, cafetería-bar, restaurante, etc. Los dos acusados eran gerentes de la entidad y sus esposas administradoras de la misma. Conocedores los acusados de la inminente calificación como suelo urbano de parte de dichos terrenos, urdieron un plan para apropiarse de los bienes de la entidad. Así, las administradoras, cónyuges y socias de «Proexcám, SA», de común acuerdo con sus esposos acusados, procedieron al despido de los mismos en el mes de septiembre de 2002, y días más tarde, ante el UMAC, conciliaron el despido fijando el día 4 de septiembre para Marco la cantidad de 42.638,52 euros como indemnización, y el día 24 de septiembre la cantidad de 44.902,69 euros para Mariano. Para el pago de las mentadas sumas el día 03/12/02 los cuatro acusados otorgaron escritura de dación en pago de deudas salariales de la totalidad de la finca n.º 1. Advertidos los acusados de que dicha actuación precisaba de una mayor transparencia procedieron a convocar Junta General Extraordinaria para el día 31/01/03, figurando en el orden del día «dación en pago de deudas». Enterados los accionistas minoritarios de la convocatoria, anunciaron por burofax su oposición al acuerdo. Se procedió a celebrar la Junta General, y en la misma, en la que estaba representada todo el capital social, los acusados, aprovechándose de su mayoría, y con la misma intención de hacerse con todo el capital de la sociedad, y con la aparente finalidad de saldar la deuda contraída por el despido, otorgaron a favor de Marco y Mariano, escritura de dación en pago de deudas salariales, asignándoles a ambos y por mitad la mentada finca con todo lo que le sea inherente y accesorio, si bien en dicho acto se introdujo una importante variante ya que se otorgaron dos escrituras más: una, de opción de compra por dos años y precio de 72.000 euros; y otra, de cesión gratuita de la explotación durante la cual la sociedad ejerciera su actividad de camping. En ningún momento se comunicó a los accionistas minoritarios de la escritura notarial otorgada el día 03/12/02 y que por tanto la finca ya había sido entregada a Marco y Mariano. La finca registral n.º 1 ha sido tasada pericialmente en 684.653,38 euros y las construcciones inherentes en 1.236.472,26 euros. Tras la ejecución del PGOU, unos 8.517 metros cuadrados de la finca se sitúan en suelo urbano no consolidado. La Inspección de Trabajo de Badajoz ha declarado nulos los despidos de Marco y Mariano al quedar acreditado el fraude de ley.

15.2.2. Jurisprudencia

«En todo caso, el acuerdo debe realizarse con ánimo de lucro propio o ajeno, y en perjuicio de los demás socios. Como causa de exclusión de cualquier maniobra prevalente o abusiva, el legislador condiciona la tipicidad al hecho de que este no reporte beneficios a la misma, por lo que en sentido contrario, cualquier decisión que, examinada a la luz de los intereses sociales, pueda ser considerada como beneficiosa para la sociedad, excluye la tipicidad» (STS 150/2011, de 18 febrero [RJ 2011\2374]).

«Como hemos dicho en nuestra jurisprudencia, por todas STS 654/2002, de 17 de abril (RJ 2002, 6323) el delito del artículo 291 se caracteriza por constituir una criminalización de determinadas conductas societarias cuando los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieran acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la sociedad, lo que equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 C.C. (LEG 1889, 27). Concretamente, la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), artículo 115.1, señala que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas... que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Por otra parte, también debemos tener en cuenta los tipos previstos en los artículos 293 y 295, ambos del C.P, que tipifican las conductas más graves de los administradores o socios en perjuicio de los derechos de los demás. El artículo 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo. [...] En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo. El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo. La interdicción del abuso se endereza a sancionar aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (artículo 7.2 C.C.)» (STS 172/2010, de 4 marzo [RJ 2010\4052])³⁵.

* * *

«La jurisprudencia ha destacado que la distinción entre el abuso que debe ser sancionado en la vía civil o mercantil y el comprendido en el art. 291 CP sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último, ya señalados anteriormente. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales (STS de 17 de abril de 2002 [RJ 2002, 6323])» (STS 796/2006, de 14 julio [RJ 2006\6088]).

15.3. Imposición de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia (Art. 292)

15.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 231

Los acusados, Faustino y Manuela, mayores de edad, y sin antecedentes penales, ambos socios y administradores solidarios de la mercantil «Culturales, S.A.», procedieron en 2003, el primero actuando en su propio nombre y derecho como adquirente

³⁵ En la Sentencia citada alude al art. 295 CP actualmente derogado a través de la L.O 1/2015. La nueva redacción del mismo, se encuentra recogida en el art. 252 CP. De otro lado, la Sentencia señalada alude al art. 115.1 LSA; no obstante, dicha Ley ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. El precepto mencionado se corresponde con el art. 204 LSC.

y la segunda como transmitente en su calidad de administradora solidaria y representante de la entidad «Core S.A.L.», a otorgar Póliza de Compraventa de acciones en virtud de la cual, Faustino adquiriría 170 acciones nominativas de las 340 que pertenecían a la autocartera de la sociedad, representativas de un 4,255% del capital social, todo ello con el propósito de asumir indebidamente el control societario y sin comunicar tal operación a los restantes socios y administradores solidarios. Tal adquisición, que conscientemente contravenía las previsiones del art. 8 de los Estatutos sociales, conocido por los acusados, que establece que «la participación de los socios trabajadores en el capital social no podrá ser inferior al 50%, ni cada socio podrá ostentar más del 25% del capital social», alteró, sin consentimiento ni conocimiento de los otros dos socios titulares del capital social y también administradores solidarios, las proporciones de titularidad de acciones, pasando el acusado Faustino, a aumentar su participación del 25% al 29,25% de los derechos de voto de la sociedad, obteniendo así los acusados, la posición mayoritaria en los órganos de decisión de «Core S.A.», que precisaban para llevar a cabo el plan previamente concebido de asumir las riendas de la sociedad. Así las cosas, los acusados, utilizando la nueva ilegítima mayoría, y con la adición del capital social de la coacusada Manuela (20,75% del capital social, constitutivas del 21,67% de los derechos de voto), procedieron a la celebración de Junta General Extraordinaria en fecha 04/12/03, convocada por el método de su publicación en el BORME en fecha 29/09/03, y comunicada al socio y administrador solidario Gabriel el día anterior a su celebración, 03/12/03, vía fax en la que con abuso de su posición dominante adoptaron la trascendente decisión de suprimir el carácter laboral de la sociedad, la modificación radical de los Estatutos Sociales y el cese de Gabriel y Magdalena como administradores solidarios, pasando los acusados con su mayoría a convertirse en administradores solidarios exclusivos de la sociedad así transformada. Pese a la advertencia cursada en la misma mañana de celebración de la Junta por parte del socio Gabriel, solicitando su retraso para asistir, la Junta siguió su curso sin presencia de éste y de Magdalena, En fecha 03/12/03, los acusados, sin comunicarlo tampoco a sus socios, desembolsaron dividendos pasivos pendientes con la finalidad de llegar a la Junta con el capital social íntegramente desembolsado y poder votar sin restricciones. En fecha 30/12/04, los acusados acordaron el reparto de cantidades en concepto de bonus, por el importe de 26.000 euros, de las que ellos mismos participaron en su provechos, elevándose el sueldo, unilateralmente en 1000 euros.

CASO N.º 232

En fecha 06/11/02 la entidad «Baltanxa S.A.» adquirió la propiedad de la discoteca Privilege. Dicha entidad, estaba integrada por «Bahía S.A.» (45% del capital social) y Prudencio (con 55%). «Baltanxa S.A.», con el conocimiento, autorización y voluntad de sus dos accionistas arrendó en 2003 la explotación de la mencionada discoteca Privilege, por un periodo de cinco años y una renta anual de 60.101,20 euros y el pago del 10% de los beneficios que de la explotación se obtuvieran a «Trix S.L.», sociedad cuyo capital social en un 95% pertenecía a Prudencio. En 2005, de igual forma y con el conocimiento, autorización y voluntad de los dos accionistas de «Baltanxa S.A.», «Trix S.A.» fue sustituida por la entidad «Cafecer S.L.», —dicha sustitución lo era en idénticos términos que la explotación concedida a «Trix S.L.», con la única salvedad de no recogerse la estipulación de entrega a la propiedad del 10% de los beneficios—. En «Cafecer S.L.», el 55% del capital social pertenecía a Prudencio y el resto a Lorena. «Cafecer S.L.», ante los propios accionistas de «Baltanxa S.A.» y ante terceros aparecía siempre como explotadora de la discoteca Privilege, asumiendo gastos, compras y obligaciones en general, y

haciendo suyos los beneficios o pérdidas de la explotación. El Sr. Prudencio ha hecho valer en «Baltanxa S.A.» su posición mayoritaria en la misma, fundamentalmente en cuanto al mantenimiento de arrendamiento verbal de la discoteca Privilege a la entidad «Cafecer S.L.» Por su parte, «Bahía S.A.» no reconocía la existencia de dicho contrato verbal en tanto solicitó su resolución en la Junta Universal de la sociedad «Baltanxa S.A.».

CASO N.º 233

En 2000, se constituyó la sociedad «Esturla S.L.» con un capital de 12.020,24 euros, satisfecho en efectivo por los socios, con la siguiente participación: «Acabados S.L.» con una participación del 21%; «Arráez S.L.», con otro 21% y Mario con un 2%, Aureliano, 3%; «J.J. Naves S.L.» sociedad integrada por Aureliano, esposa e hijos, de la que aquel era administrador, el 25%; Luis, el 14% e «Hijos de Segura S.L.», otro 14%. Posteriormente, Luis dividió sus participaciones con «CYS S.L.», sociedad administrada por él. En febrero del año 2000, la sociedad, teniendo como propósito la urbanización del Polígono Rone, adquirió varias fincas. Los socios aportaban diversas cantidades que Aureliano gestionaba supuestamente conforme a los intereses de la sociedad. Para que Aureliano pudiese realizar sus gestiones con mayor rapidez, todos los socios excepto Luis y «CYS S.L.», otorgaron ante notario un poder con las más amplias facultades para disponer de sus participaciones sociales, incluso con posibilidad de autocontratación, al objeto de que en las transmisiones y redistribución de las participaciones no tuvieran que intervenir personalmente los vendedores de las fincas y los restantes socios. En mayo de 2002, Aureliano pidió a «Acabados S.L.» y a «Arráez S.L.», que aportaran 14.424,29 euros cada una, y como a sus representantes legales les pareciera que ya habían hecho suficientes aportaciones, sin que el administrador social realmente les facilitara datos concretos sobre los precios de las compraventas efectuadas y demás gestiones realizadas, se negaron a hacer nuevas contribuciones hasta que les rindiera cuenta de las operaciones. Por ello, el 20/09/02, «Arráez S.L.» y Luis requirieron notarialmente a Aureliano, para que convocara Junta General extraordinaria, que este convocó para el 25 de octubre siguiente. En dicha Junta Aureliano presentó el Libro Registro de socios, que había cumplimentado después del requerimiento para su celebración, en el que aparecían los socios con las siguientes participaciones sociales; Aureliano, 57,653%; «J.J. Naves S.L.», 25%; Luis, 0,337%; «Hijos de Segura S.L.», 14% Mario, 2%; «Arráez S.L.» 0,505% y «Acabados S.L.», 0,505%. Las diferencias con las participaciones que anteriormente tenían los socios procedía de las autoadjudicaciones que había realizado Aureliano a su favor, sirviéndose del poder otorgado por los socios, en el que se le facultaba para realizar operaciones de autocontratación, sin que conste soporte documental, público o privado de las mismas. Entre las participaciones de las que dispuso a su favor, figuraban las de «CYS S.L.», que también se auto adjudicó, aún sin contar con poder de dicha sociedad a tales efectos. En el transcurso de la Junta, Aureliano tampoco facilitó información sobre las operaciones de compraventa que había realizado, ni sobre las cuentas de la sociedad. Esa nueva atribución de porcentajes de participaciones sociales no fue aceptada por los socios perjudicados, que habían visto reducida su participación. A consecuencia de los nuevos porcentajes de participaciones sociales surgida de las autoadjudicaciones del acusado, éste continuó desempeñando las funciones de Administrador único de la sociedad, cargo, del que pretendían desposeerlo los socios opuestos a su gestión. En tal concepto celebró la Junta General de 30 de junio, en la que los socios discrepantes volvieron a oponerse a

la distribución de porcentajes efectuada por el acusado, que seguía utilizándose para determinar el régimen de mayorías de las mismas.

15.3.2. *Jurisprudencia*

«El art. 292 CP sanciona a los que «impusieron o se aprovecharon para sí o para un tercero en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la ley o por cualquier otro medio o procedimiento semejante».

La Audiencia realiza una sintética glosa del tipo. Entiende que el inciso «por cualquier otro medio o procedimiento semejante» ha de ser interpretado restrictivamente. No podría asimilarse a las conductas ejemplificativamente enumeradas en el precepto la llevada a cabo por el acusado. Además considera que en todo caso, el principio de absorción haría que el delito del art. 295 embebiera el injusto del art. 292. Acaba concluyendo apodícticamente que no concurren los elementos típicos.

Es correcta esta última afirmación, aunque parece necesario centrar cuál es el elemento típico que se echa de menos. Es uno básico. Si no está presente carece de utilidad tanto sumergirse en la cuestión de cómo interpretar esa locución abierta con la que se cierra el precepto, como tratar de indagar las relaciones concursales entre los delitos de los arts. 292 y 295.

La literalidad del precepto es clara en ese extremo: el acuerdo ha de ser perjudicial para la propia sociedad o para alguno de sus socios. (...) el elemento fundamental del art. 292 es un acuerdo lesivo para la propia sociedad en cuyo seno se adopta o para uno de sus socios. Quedan extramuros del tipo acuerdos lesivos para terceros, sean personas físicas o jurídicas» (STS 1032/2013, de 19 diciembre [RJ 2013\8222])³⁶.

* * *

«Este precepto tipifica la imposición o aprovechamiento de un acuerdo lesivo, adoptado con alguna de las irregularidades previstas (art. 292).

Este carácter ilícito o fraudulento del acuerdo distingue a esta figura del tipo anterior (art. 291).

En este caso, las irregularidades en la obtención del acuerdo justifican la figura penal (ya reclamada por la doctrina científica), bien sea por ser ficticia la mayoría que lo ha tomado, bien por haberse obtenido con abuso de firma en blanco, por atribución indebida del voto, negación ilícita del mismo a quienes les corresponda legalmente, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante. Esta última frase, sin embargo, al abrir el tipo deberá ser interpretada restrictivamente.

«La atribución indebida del voto» es un tipo penal en blanco, a completar, en su caso, con los arts. 105 a 107 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206).

Es dudoso quiénes pueden ser autores del delito (porque el precepto se refiere tanto a los que impusieron el acuerdo como a los que se aprovecharon de él).

³⁶ El referido art. 295 CP se corresponde actualmente con el art. 252 CP.

Pero parece que el delito sigue siendo «especial» y por tanto sólo referido a los socios o administradores pero no a los extraños, dado el tenor literal y sistemático del precepto» (SAP de León 99/2004, de 19 noviembre [ARP 2004\685]).

* * *

«...el acuerdo lesivo debe haber sido adoptado por los órganos de la sociedad con capacidad para adoptarlo, puesto que el bien protegido en cualquier caso es el respeto a la buena fe mercantil» (SAP de Islas Baleares 88/2004 de 5 mayo. JUR 2004\190068).

15.4. Obstaculizar a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes (Art. 293 CP)

15.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 234

Los acusados, Javier y Alberto, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, constituyeron con la entidad «Hunosa S.A.», la sociedad «Eganorsa S.A.», con un capital social de 480.809,68 euros, de los cuales los acusados aportaban el 51% y la empresa «Hunosa S.A.» el restante. En la escritura de constitución se nombra el Consejo de Administración de la sociedad, integrado por los dos acusados y por Francisco y Alejo (administradores solidarios de «Hunosa S.A.»), nombrándose como presidente del Consejo de Administración al acusado Javier y como consejero delegado a Alberto. Desde el mismo momento de su constitución, los acusados no aportaron ninguna información a los administradores la entidad «Hunosa S.A.», pese a los numerosos requerimientos realizados por éstos. Así, el 28/02/10, se requiere por vía notarial al Presidente del Consejo de Administración, el acusado Javier para la convocatoria de Junta Extraordinaria, con la finalidad de solicitar información sobre la situación actual de la sociedad, sobre los motivos de la no convocatoria por el Presidente del consejo de Administración, y el nombramiento de auditores de cuentas. Tras el requerimiento notarial anterior, se celebra consejo de Administración en fecha 21/03/10, en el que se vuelve a exigir por los administradores de «Hunosa S.A.» la aportación de información y la convocatoria de Junta de Accionistas. Dado que los acusados hicieron caso omiso a dicho requerimiento, la mercantil «Hunosa S.A.», en septiembre del año 2010, solicita convocatoria judicial de la Junta de Accionistas, extremo que es atendido por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Langreo, que por Auto de fecha 30/01/11, acuerda la convocatoria de dicha Junta a celebrar en fecha 23 de abril en la sede social de «Hunosa S.A.», reunión celebrada sin la asistencia de los acusados, en la cual se adoptan una serie de acuerdos y un nuevo requerimiento a los acusados a fin de que informaran sobre la marcha de la sociedad. Por requerimiento notarial de fecha 29/05/11, se remite a los acusados copia del acta de la Junta celebrada en fecha 23 de abril, de los acuerdos en ella adoptados y de la necesidad nuevamente de informar de la marcha de la sociedad. Sin embargo, ninguna información se facilita por los acusados, presentándose por el acusado Alberto renuncia a su cargo de consejero delegado de la mercantil «Eganorsa S.A.», mediante escritura notarial de fecha 02/05/11, notificándose dicha renuncia al secretario del consejo de administración.

CASO N.º 235

El acusado Valentín, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de administrador único de la mercantil «Multisystem S.L.», de la que poseía el 99% de las participaciones sociales, convocó, mediante telegrama, a su esposa Mariana, que poseía el 1% restante de participaciones de dicha sociedad, a la Junta General Ordinaria de socios señalada para el día 28/06/15, indicándose en el telegrama de convocatoria que se le llamaba, en primera convocatoria a las 9,00 de la mañana y en segunda convocatoria a las 9,30 horas de ese mismo día. Sobre las 9,00 horas del día 28/06/15, Mariana se presentó en el domicilio social, con la intención de asistir a la Junta a la que había sido convocada, haciéndolo acompañada de sus abogadas Inmaculada y Edurne. Se inició la Junta, y Mariana solicitó la exhibición de ciertos documentos contables, tras advertir que la sociedad presentaba pérdidas; el acusado les pidió tiempo para buscarlos, solicitándoles que salieran, entre tanto, a tomar café, haciéndolo así Mariana y sus acompañantes, que acudieron a un bar cercano, en el que permanecieron diez minutos. Al regresar al domicilio social, el acusado no les dejaba volver a acceder al mismo, comunicándoles por el telefonillo que la Junta ya se había celebrado, en ausencia de Mariana, impidiéndole, con ello, sin causa legal, el ejercicio de los derechos de asistencia y voto que le correspondían como socia de la citada mercantil.

CASO N.º 236

La acusada, Catalina, mayor de edad y sin antecedentes penales, tenía la totalidad de las participaciones sociales de «PremiàRústic», cuyo capital era de 3.005,06 euros, dividido en 500 participaciones sociales, de 6,01 euros de valor nominal cada una, siendo la acusada socia y administradora única. En junio de 2009 la acusada vendió a Ana 250 participaciones sociales con un valor nominal de 6,01 euros cada una de ellas y por las que pagó Ana la suma de 1.502,53 euros y continuó ejerciendo el cargo de administrador único de la sociedad. Durante el período comprendido entre los años 2009 y 2011 la acusada ocultó a Ana cualquier información sobre la marcha de la sociedad, dedicándose a gestionar el negocio por su cuenta, hasta que el día 08/05/11, Catalina, convocó a Ana a una Junta General para tratar la disolución de la sociedad, ya que las pérdidas habían reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social. Ante la mencionada convocatoria, Ana requirió en fecha 31/05/11 a la acusada para que entregara: el Balance de situación y el Balance de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2009, 2010 y 2011; el Balance de sumas y saldos a 30/04/11; el informe del administrador sobre la causa de disolución, liquidación y gestión; y para que exhibiera los libros contables necesarios para la comprobación de los balances. También le solicitó que requiriera la presencia de Notario para que levantara acta de la Junta General que había sido convocada para el día 07/06/11, pero la acusada no entregó ni exhibió ninguno de los documentos solicitados, por lo que se decidió de mutuo acuerdo no celebrar la Junta General mencionada. Así, la acusada dificultó con su actitud el conocimiento de la situación económica de la entidad y el efectivo control de la misma, reiterando su conducta obstruccionista tras ser requerida notarialmente en fecha 25/10/11 y el 11/02/12 para que entregara la documentación contable y convocara una Junta General para conocer la situación económica de la empresa. Mientras Ana esperaba contestación de la acusada a sus solicitudes reiteradas, ésta, a sus espaldas e invocando como causa legal que la sociedad tenía pérdidas, interpuso el día 30/07/11 ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona una demanda por la que solicitaba la disolución de la entidad «PremiàRústic, S.L.», demanda que dio lugar a la efectiva disolución de la sociedad por

sentencia dictada el día 15/04/12, habiendo ocultado en todo momento a Ana la existencia del procedimiento judicial instado por la acusada, así como la disolución de la sociedad, ya que la sociedad fue declarada en rebeldía procesal habida cuenta de que era la propia acusada la que fue emplazada en nombre de la sociedad. De este modo, la acusada optó por no contestar a la demanda que ella misma interpuso, dejando pasar los plazos y sin dar traslado a las partes interesadas, actuando en interés propio.

CASO N.º 237

Los acusados Eustaquio y Lucía, mayores de edad y carentes de antecedentes penales, constituyeron la sociedad «Hergon, S.L.», con Mateo y Jorge, perteneciendo a Mateo el 33,33% de las participaciones sociales, a Jorge otro 33,33% de las participaciones sociales, y el otro 33,33% restante a los acusados, que formaban el órgano de administración de la sociedad como administradores solidarios. Gracias a los conocimientos en este tipo de negocios de Mateo y Jorge y a sus contactos, en muy breve periodo de tiempo la sociedad pasa a configurarse por su elevada cifra de negocio y por su número de empleados como una «Gran Empresa» a los efectos previstos en el Plan General Contable. Desde la fecha de la venta de las acciones hasta su cese como administradores, los acusados vinieron realizando la gestión económica de la sociedad, de la que mantuvieron al margen a los otros socios, impidiéndoles el acceso a las cuentas de la misma, así como la toma de decisiones respecto al reparto de dividendos. Tampoco les convocaron a las Juntas Generales para la aprobación de las cuentas de la sociedad correspondientes a los ejercicios 2005, 2006 y 2007. A pesar de ello, los dos acusados firmaron el 27/06/06 una certificación, en su calidad de administradores solidarios de «Hergon, S.L.», en la que hacían constar que en el acta de la Junta General Ordinaria de socios, celebrada el día 27/06/06, con asistencia de los socios titulares de las participaciones que representaban el 100% del capital social, se había procedido a la aprobación de las cuentas anuales y la memoria correspondiente al ejercicio de 2005, cuando lo cierto es que dicha Junta no consta que fuera celebrada, y en todo caso no lo fue con la asistencia de los socios Mateo y Jorge. Dicha certificación fue presentada por los acusados en el Registro Mercantil. El 30/06/07 los acusados obraron de la misma manera. Toda esta actuación se debió a que los acusados se dieron cuenta de que la mercantil «Hergon S.L.» habían pasado de registrar una cifra de beneficios en el ejercicio 2004 de 34.801 euros, a los 551.705 euros que registraron en el ejercicio 2005, a los 588.115 euros que obtuvieron en el ejercicio 2006, y a los 1.165.199 euros que se contabilizaron en el ejercicio de 2007, y por ello decidieron mantenerse como administradores de la sociedad, y compartir en la menor medida de lo posible los resultados de tan rentable negocio con los socios querellantes. Para ello, y para conseguir la opacidad en sus actuaciones como administradores, es por lo que impidieron el acceso de los socios a la gestión social en la forma antes indicada, negándoles la información, no sometiendo a junta general de socios la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2005, 2006 y 2007, y confeccionando documentos que no se ajustaban a la realidad. Los socios Mateo y Jorge, una vez que se dieron cuenta de la actitud que mantenían los acusados, promovieron ante el Juzgado de lo Mercantil de Valladolid expediente para la convocatoria judicial de la Junta de la mercantil, expediente que culminó por Auto en el que, estimando íntegramente la demanda planteada por los dos socios querellantes, acordaba convocar la Junta solicitada por éstos para el día 13/01/09. En dicha Junta, entre otros puntos del orden del día, se acordó el cese de los acusados como administradores de la mercantil «Hergon, S.L.», y el nombramiento de nuevo administrador.

CASO N.º 238

«Letag, S.A.» es una entidad, de la que son socios Gregorio y Pilar, esposa del anterior, con una participación total del 55% y Francisco, con una participación social del 45%. Con la asistencia de todos los consejeros se acordó la designación dentro del Consejo de Administración de Rogelio como presidente y como secretaria a Silvia. Durante los años 2012, 2013 y 2014 se procedió por parte de «Letag, S.A.», a la venta de diversa maquinaria y motores fabricados por la misma por un importe de 12.108.056 euros, sin que las ventas se consignaran en la contabilidad de la empresa. Asimismo no se procedió a convocar la Junta General de accionistas de «Letag, S.A.», correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, a pesar de que los socios enviaron tres burofax con fechas 27/05/13, 06/06/14 y 26/05/15 requiriéndole al Presidente del Consejo de Administración convocar Junta General para aprobar las cuentas de los años señalados.

15.4.2. *Jurisprudencia*

«El tipo aplicado introducido en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la legislación mercantil, además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante. Se ha afirmado que falta un plus de antijuricidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento de obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro. (...)

el delito de referencia —art 293 CP— constituye una infracción de mera inactividad o bien obstativa, frente a los socios siendo de efecto permanente, lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil» (STS 284/2015, de 12 mayo [RJ 2015\1737]).

* * *

«...el Código penal, en su artículo 293, no precisa cuales sean los concretos actos de denegación de información que puedan resultar típicos penalmente, el artículo referido cita simplemente «... el ejercicio de los derechos de información...», ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de «última ratio» que tiene la sanción penal y unido a ello, el principio de mínima intervención que tiende a reservar al sistema de justicia penal la retaguardia en la defensa de los bienes jurídicos atacados por el infractor, ha de concluirse que no toda negativa de información puede constituir sic et simpliciter la acción típica del delito del art. 293 Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), por ello solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal.

Es pacífico en la doctrina científica y en la Jurisprudencia de la Sala estimar que los derechos mínimos de información del socio tienen una doble naturaleza: a) económico patrimonial y b) político-personal. Pertenecen al primer grupo el derecho a participar en los beneficios, en la cuota de liquidación y en el derecho de suscripción

preferente, son derechos del segundo grupo los de información y asistencia y voto en las Juntas Generales.

En relación al derecho de información es evidente su naturaleza de derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Ello supone que los accionistas pueden solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que, correlativamente los administradores están obligados a proporcionárselos. En definitiva, como actos típicos que integran el delito del art. 293 Cpenal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) son los indicados en los arts. 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), es decir, derecho de los socios a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de obtener cualquier documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta —STS 9 de mayo de 2003 (RJ 2003, 7143)—. Igualmente tiene declarado esta Sala que debe tratarse de una negativa clara y rotunda por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada. Por ello tampoco se exige que la negativa sea reiterada, el tipo no lo exige pero qué duda cabe que la reiteración en la negativa facilita la acreditación de la conculcación del derecho —SSTS de 26 de noviembre 2002 (RJ 2002, 10513) ó, más recientemente, 532/2012 de 26 de junio (RJ 2012, 8389)—. Por otra parte el tipo penal que se comenta no exige perjuicio patrimonial alguno pues el legislador no lo exige pero sí se exige una idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido» (STS 330/2013, de 26 marzo [RJ 2013\3182]).

* * *

«En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)(derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). En el ámbito de la conducta típica ha de considerarse que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito mercantil. Se requiere expresamente «negar», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta (...) (STS 650/2003, 9 de mayo (RJ 2003, 7143), 796/2006, 14 de julio (RJ 2006, 6088), 1351/2009, 22 de diciembre (RJ 2010, 316)). Y también hemos dicho que la conducta delictiva debe restringirse sólo a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito del derecho mercantil, habiendo destacado como conducta típica la obstruccionista frente al derecho de los socios,

siendo esta cualidad de persistencia en el abuso, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal (STS 1351/2009, 22 de diciembre)» (STS 91/2013, de 1 febrero [RJ 2013\1847])

* * *

«...decíamos en la STS 1953/2002, 26 de noviembre, que la negativa o el impedimento a un socio del ejercicio de sus derechos no puede fundamentarse en otra causa que no sea de las reconocidas legalmente, pues el art. 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (ley 2/1995, 23 de marzo (RCL 1995, 953)) no contiene restricción alguna al derecho de cualquier accionista de obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas, sin que quepan otras excusas o negativas que las prevenidas en aquélla» (STS 933/2010, de 22 octubre [RJ 2010\8163])³⁷.

* * *

«Cuando los Administradores no desconocen el derecho ni impiden su ejercicio, y únicamente lo limitan amparándose en una causa expresamente reconocida en la ley, los supuestos en los que resulta jurídicamente dudoso el ámbito de concurrencia de la causa legal deben quedar al margen del ámbito penal. Y ello es así porque el comportamiento típico exige que se actúe sin causa legal, por lo que el tipo se limita a supuestos en los que los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, a aquellos en que alegan una causa legalmente inexistente o a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva» (STS 650/2003, de 9 de mayo [RJ 2003/7143]).

15.5. Obstaculizar la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras (Art. 294)

15.5.1. Casos Prácticos

CASO N.º 239

La sociedad «Gomis», dedicada a la fabricación y tratamiento del cemento, hormigón y otros materiales de construcción, con una altísima cifra de negocio y exportaciones de sus productos por todo el mundo realizó, el día 08/03/14 como consecuencia de una ampliación de capital para hacer frente a su presencia en nuevos mercados asiáticos, una oferta pública de suscripción de valores. Cumpliendo todos los requisitos (idoneidad de valores, información, etc) para llevar a cabo la operación, «Gomis» publicó un folleto informativo con los datos financieros y económicos de la entidad que pudieran interesar a los posibles inversores. La información contenida en el folleto, sin llegar a constatarse su veracidad o falsedad, llama la atención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que inicia una investigación y haciendo uso de sus potestades requiere por escrito a «Gomis» una serie de documentos entre los que figuran el balance de la sociedad en los últimos tres años, las cuentas anuales y otros indicadores económicos. Además, se notifica la realización de una inspección física en la sede de «Gomis», sita en Madrid, el día 21/11/14. Cuando los técnicos de la Comi-

³⁷ El art. 212.2 LSA señalado en la sentencia, se corresponde con el art. 212.1 LSC.

sión Nacional del Mercado de Valores llegan a la sede de la sociedad no se les permite la entrada a la misma, siendo increpados por Gabriel, representante del órgano de administración y acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, que les niega tanto la entrada a las dependencias como los documentos requeridos.

CASO N.º 240

El Banco de Granada, como entidad de crédito nacional sujeta a supervisión por parte del Banco de España, recibió por escrito determinados requerimientos por parte de éste el día 05/02/15. Presentándose de manera claramente incompleta la información que solicitaba el Banco de España, el organismo supervisor vuelve a pedir al Banco de Granada, con fecha de 11/05/15, ciertos documentos que según Antonio, acusado y administrador de la entidad, no debe proporcionar por estar protegidos por la Ley de Protección de Datos; a pesar de que dicha norma ampara las facultades de inspección del Banco de España. Además, el requerimiento de explicaciones verbales y escritas sobre algunos de los datos económicos aportados a la acusada, en virtud del artículo 50.2.c) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, no fue atendido por ésta ni por ningún otro responsable del Banco de Granada.

CASO N.º 241

Tras salir de una situación de concurso, la entidad aseguradora «Arial» y sobre todo su situación económica preocupaba a la Inspección de Seguros que decidió, de acuerdo con las facultades que otorga el artículo 72 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, realizar una inspección, lo que es notificado a la entidad el 25 de abril de 2015 sin que conste oposición alguna por parte de la misma. La duración de dicha labor de supervisión duró 4 meses a pesar de que la previsión era de 6, ya que a al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado le resultó imposible desarrollar su trabajo en condiciones normales. En las actas de inspección se refleja como el acusado Cayetano (representante del órgano de administración de la sociedad), no permitía a dichos inspectores llevar a cabo ninguna de sus labores de comprobación, obstaculizando la inspección en todo aquello que pudiera comprometer a «Arial».

15.5.2. *Jurisprudencia*

No se ha encontrado jurisprudencia al respecto.

15.6. Perseguibilidad de los delitos societarios (Art. 296)³⁸

15.6.1. *Jurisprudencia*

«No ha de atenderse a las formalidades de las transmisiones de acciones en el ámbito mercantil para la seguridad del tráfico y del mercado de valores para integrar

³⁸ La redacción del art. 296 CP ha sido modificada a través de la L.O 1/2015, mediante dicha norma se ha sustituido el término «incapaz» que anteriormente formaba parte del apartado primero del art. 296 CP, por «persona con discapacidad necesitada de especial protección». El apartado segundo de precepto mencionado se ha mantenido intacto.

el concepto de «agraviado» por el delito societario, sino a la consideración de quien ostenta un interés propio y real por la sociedad» (SAP de Toledo 21/2012, de 3 julio [JUR 2012\280419]).

* * *

«En este tipo de delitos, en los que se exige denuncia previa del agraviado para su incoación, también llamados por la doctrina delitos «semi-públicos», dicha denuncia es el requisito previo para la iniciación del procedimiento penal. Ahora bien, una vez formulada la denuncia e iniciado el procedimiento, su naturaleza y por tanto las reglas procesales que le atañen, son las mismas que el resto de los delitos públicos» (AAP de Madrid 434/2011, de 27 junio [JUR 2011\288686]).

* * *

«La Sentencia 624/2004, de 21 de julio (JUR 2005, 19009), de la Sección 3.^a, parece compartir la opinión patrocinada por la de 12 de noviembre del 2001, de la Audiencia Provincial de Soria: «...aunque nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo un número alto de víctimas en referencia a los preceptos en los que se incluye la expresión «múltiples perjudicados»... no hay razones para sustentar una interpretación restrictiva al tratarse de la eliminación de una condición de perseguibilidad.

A ello cabe añadir que el vocablo «pluralidad» empleado por el legislador penal debe ser interpretado tal y como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es decir, como «calidad de ser más de uno»; de modo que debe optarse aquí por una interpretación similar a la que la propia jurisprudencia atribuye a otros preceptos en los que se exige una «pluralidad de sujetos», aunque se trate de normas de diferente naturaleza a la que centra el debate del presente recurso de apelación (por ejemplo, las que se refieren a las asociaciones ilícitas.

Por tanto, bastaría con que estuvieran afectados tres o más sujetos titulares... para que fuese posible prescindir de la denuncia del agraviado a los efectos de la persecución del delito...»

En cambio, la Sentencia 323/2001, de 3 de septiembre (JUR 2001, 325737), de la Sección 2.^a, razona que «... el delito imputado... es privado, pues no afecta a intereses generales, ni a pluralidad de personas, sino únicamente a los otros tres socios, que paradójicamente tal y como reiteradamente pone de relieve el recurrente, son la madre y los dos hermanos del acusado, cuya legitimación procesal es más que discutible, extremo que no vamos a analizar, al ser inoperante en este momento...».

Esta sentencia es de especial interés porque (aunque también se trate sólo de una consideración incidental u «obiter dicta») parece sostener el mismo criterio que este tribunal en cuanto a la legitimación de socios que se encuentran, respecto del imputado, unidos por una relación de parentesco que les inhabilita para intervenir como acusadores particulares...» (SAP de Badajoz 25/2010, de 4 marzo [JUR 2010\144297]).

* * *

«Se trata de un «delito semipúblico» (otros ejemplos: artículos 191, 226, 267, 278 a 286, 301-3.º del Código Penal), que, una vez cumplida la condición de perseguibilidad establecida por la Ley en cada caso, en éste la del artículo 296 del Código Penal, sólo pueden ser perseguidos ejercitando la acción penal —no cabiendo la «acción popular»— por el Ministerio Fiscal y como «acusación particular» por los ofendidos o perjudicados delimitados por la Ley en cada caso, en este caso los socios o los demás

incluidos en el artículo 295 del Código Penal» (SAP de Asturias, de 6 mayo 2009 [JUR 2012\138787]).

* * *

«A la vista del contenido de este artículo, un importante sector doctrinal (con Martín P., a la cabeza) entiende que, en la persecución de los delitos societarios, el legislador ha relegado al Ministerio Fiscal a un segundo plano quedando a la expectativa y supeditado a la iniciativa de los perjudicados, estableciendo una actividad supletoria del Ministerio Fiscal en los casos de incapaces, menores o personas desvalidas cuando sus representantes legales permanezcan inactivos. Nuestro sistema cuando quiere conceder eventualmente al Ministerio Fiscal la posibilidad de ejercitar la acción penal debe hacerlo en forma de querrela y en defecto de la actuación de los representantes legales, como sucede para los delitos de agresión sexual, acoso o abusos sexuales (art. 191-1 Código Penal) y así lo establece expresamente; luego a la conclusión a la que se ha de llegar en los delitos societarios es que se trata de delitos privados cuando el perjuicio se produce solamente para los perjudicados (no afecta a intereses generales) debiendo decidir éstos o sus representantes legales si inician el procedimiento (bastando para ello la denuncia), o si se apartan de él.

El Ministerio Fiscal, en este tipo de delitos, sólo está llamado a iniciar el procedimiento en los casos de inactividad de los representantes legales de los incapacitados, siempre que se estime que existe un peligro para éstos, o cuando se aprecie peligro, además, para los intereses generales. Si sólo existe perjuicio privado el delito se convierte en una cuestión a dilucidar entre las partes, sin que el Ministerio Fiscal deba intervenir porque no existen intereses generales que defender, y aun en el caso de que se estimase que podría actuar en defensa de la pureza del procedimiento, no estaría legitimado para formular acusación y en todo caso, el desistimiento o perdón de los perjudicados extinguiría la acción sin que el Ministerio Fiscal pueda recogerla y esgrimirla» (SAP de Málaga 47/2002, de 22 julio [ARP 2002\676]).

16.

LOS DELITOS DE RECEPCIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALES

16.1. El delito de recepción

16.1.1. Tipo básico (Art. 298.1)

16.1.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 242

Isaac, con NIE núm, nacido el día 001 de 1976, en situación irregular en España conforme a la certificación de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de 16 de abril de 2010, tuvo en su poder, con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, una serie de joyas, relojes y teléfonos móviles, a sabiendas de que las mismas habían sido sustraída previamente por personas desconocidas de varios domicilios.

En concreto, el acusado tenía en su domicilio sito en la 0/ Dirección000 núm.002, portal núm.003, núm.003 del municipio de Galapagar, un teléfono móvil de la marca Motorola modelo V3 de color negro, procedente de la sustracción acaecida en fecha 30 de enero de 2007 en la vivienda sita en la 0/Parcela núm004 de la Urbanización000 del municipio de El Escorial, propiedad de la Sra. Loreto, la cual reconoció el efecto como propio.

Igualmente, el acusado tenía en su domicilio un cordón de oro amarillo y un teléfono móvil de la marca Samsung modelo SGH-D820 de color negro, procedente de la sustracción acaecida en fecha 15 de marzo de 2007 en la vivienda sita en la 0/Urogallo núm.005 de la Urbanización001 del municipio de las Rozas, propiedad de el Sr. Constantino, el cual reconoció los efectos como propios.

Por último, el acusado tenía en su domicilio una moneda de oro con águila en el anverso e indio en el reverso, procedente de la sustracción acaecida en fecha 10 de abril de 2007 en la vivienda sita en la C/001 núm.006 de la colonia Avenida del municipio de Collado Villalba, propiedad de Miguel y su esposa, la Sra. Frida los cuales reconocieron el efecto como propio.

El acusado, actuando con ánimo de lucro y a sabiendas de su procedencia ilícita, vendió en el establecimiento de compra-venta de oro, propiedad del Sr. Adolfo, un reloj de la marca Rolex modelo Day-Date de oro macizo, unos gemelos de oro modelo botón payes, un bolígrafo de oro de la marca Parquer, una pulsera de oro blanco con diamantes, una sortija de oro blanco con una esmeralda engarzada orlada de brillantes, una sortija gruesa de oro blanco con tres brillantes, una sortija con brillantes y zafiros, unos pendientes baratos rodeados de circonitas y una pulsera de oro blanco

con diamantes, todo ello procedente de la sustracción acaecida en fecha 10 de abril de 2007 en la vivienda sita en la C/001 núm.006 de la colonia Avenida del municipio de Collado Villalba, propiedad de Miguel y su esposa, Doña. Frida, los cuales reconocieron los efectos como propios.

El acusado no ha aportado documentación alguna que le permita permanecer en España. Tampoco consta la existencia de alguna razón que justifique su permanencia en territorio nacional.

CASO N.º 243

Cándido realizó los siguientes hechos: En hora no precisada, entre el 23 y 24.4.2010, en el hotel Iberostar, sito en avenida Albufera sin número de playa de Muro, tras violentar la puerta de acceso a la habitación núm.003 en la que se encontraban alojadas Santiago y Socorro, súbditas suizas, penetró en su interior, y tras arrancar la caja fuerte de su ubicación, se apoderó de 1.465 francos suizos, un collar de perlas, un collar de oro, un anillo de oro blanco con piedra de aguamarina, valorando las propietarias las citadas joyas en 5.035 €, amén de una cartera de piel marca Molleras. No han sido recuperados 1.465 francos suizos y objetos sustraídos por valor de 695 €.

Cándido con posterioridad a estos hechos procedió a vender en un solo acto a Camilo y a Aurora los efectos procedentes de la sustracción antes señalados. Estos los adquirieron a sabiendas de su ilícita procedencia y con intención de obtener un beneficio económico.

Los acusados Camilo y Aurora encargaron al también acusado Agapito, a sabiendas todos de su ilícita procedencia, el cambio a euros de los 1.465 francos suizos, con ánimo de obtener un beneficio económico. Este último procedió a realizarlo en una oficina del aeropuerto con el objeto de obtener moneda de curso legal.

Camilo y Aurora juntamente con el también acusado Gustavo, se venían dedicando en los primeros meses de 2010, a la venta de sustancias estupefacientes, concretamente cocaína, a terceras personas, contactando telefónicamente con los compradores interesados en adquirir la sustancia y desplazándose a un lugar prefijado para efectuar la entrega a cambio de precio de 50 ó 60 € el gramo.

En el momento de la detención se intervino a la acusada Aurora una bolsita de plástico que contenía una sustancia que, analizada por sanidad, resultó ser cocaína con un peso de 0,792 gramos y 29,68% de pureza que la acusada juntamente con Camilo poseían con fines de ulterior distribución y venta a terceros. Asimismo en el domicilio sito en Calle000, núm.001, de Palma, donde habitaban ambos, se ocupó, en virtud de registro judicialmente autorizado, entre otros efectos, dos botes de lactofilus que los acusados poseían con el fin de mezclar la expresada sustancia previamente a su puesta en el mercado.

En el domicilio sito en la Calle001 núm.002, de Palma donde habitaba el acusado Gustavo, en virtud de registro judicialmente autorizado, se ocupó una bolsita con una sustancia que, analizada por sanidad, resultó ser cocaína, con un peso de 3,721 gramos y 22,95% de pureza, que el acusado poseía, de común acuerdo con los anteriores, con fines de ulterior distribución y venta a terceras personas, amén de 1.100 € procedentes de la ilícita actividad así como un bote de Lactofilus que el acusado poseía con el fin de mezclar la expresada sustancia previamente a su puesta en el mercado. La sustancia intervenida a los acusados tiene un valor en el mercado clandestino de 240 €.

Todos los acusados eran consumidores habituales de cocaína en el momento de cometer los hechos, lo que les provocaba una leve alteración de sus facultades intelectivas y volitivas.

CASO N.º 244

En fecha 7 de marzo de 2014, sobre las 19 horas, Eliseo, tras colocar un «post it» en la mirilla de la puerta de la vivienda propiedad de Julia, sita en la calle.000, núm.000 - núm.001 de Palma, comenzó a manipular la cerradura con la intención de acceder a la misma, siendo sorprendido en ese momento por la titular del inmueble, abandonando precipitadamente el lugar y dirigiéndose al piso núm.002 del mismo inmueble y bloque, propiedad de Noelia, en donde tocó en numerosas ocasiones al timbre y, una vez que Noelia abrió la puerta, se abalanzó sobre ésta con intención de acceder al interior de dicho domicilio, iniciando un forcejeo hasta que logró la perjudicada cerrar la puerta, lanzando el acusado, en ese momento, con un objeto puntiagudo, varias estocadas contra la puerta, logrando atravesar la misma y abandonando posteriormente el lugar. La perjudicada no reclama por los desperfectos ocasionados.

Acto seguido, Eliseo abordó a Santiago en el momento en que ésta iba a acceder a su domicilio, sito en la Calle001, núm.003 de Palma, empujándola hacia el interior del portal e impidiéndole que saliera, al tiempo que le decía «dame el dinero o te quito la vida», mientras se llevaba la mano al bolsillo como si portase en él algún objeto. De esta forma, consiguió apoderarse de un reloj Hublot, propiedad de la Sra. Santiago, valorado pericialmente en 1.350 euros, un Iphone, 200 euros en efectivo y una pulsera de oro blanco, valorada pericialmente en 550 euros. La perjudicada reclama por los efectos y el dinero, sustraídos salvo por el Iphone.

Más tarde, Eliseo procedió a vender el teléfono Iphone a un tercero no identificado, que no se acreditó que fuese Aquilino. Asimismo, Eliseo acudió, en compañía de Cesáreo, el cual conocía el origen de los efectos sustraídos por Eliseo, al establecimiento de compra y venta de oro «Gram a Gram», sito en la calle X de Palma, propiedad de Enma, que se interesó por la compra del reloj Hublot, conocía el origen ilícito del mismo, e intermedió en la venta del mismo en otra tienda de compra venta de relojes, sita en la calle Y, tienda con la que trabajaba habitualmente para la venta de relojes. Enma mandó a Guillermo, —entonces compañero sentimental de aquélla y que ayudaba a Enma en las compra ventas de efectos en dicha tienda—, junto con Eliseo, a dicho local de la calle Velázquez, obteniendo con su venta la cantidad de 400 euros, quedándose Enma y Guillermo una parte y el resto del dinero lo entregaron a Eliseo, que se los repartió con Cesáreo. Guillermo también era conocedor del origen ilícito del reloj.

Eliseo tiene antecedentes penales no computables en la presente causa. Asimismo, cometió los anteriores hechos como consecuencia de su adicción a las sustancias estupefacentes, que disminuían sus capacidades volitivas e intelectivas sin llegar a anularlas.

Aquilino está en posesión de permisos de trabajo y residencia en España, en donde vive desde hace unos diez años.

CASO N.º 245

Balbino, en fecha sin determinar, pero, en todo caso, próxima al 7 de abril de 2014, adquirió de una persona apodada como «Sardina», y que resultó ser Íñigo, una carabina de aire comprimido, marca Norica, modelo 61, calibre 45, valorada en 60 euros, por un precio de 30 euros y al margen de la entrega, junto con ese arma, de cualquier documentación relativa a la misma y, en concreto, de su correspondiente tarjeta; y todo ello, con pleno conocimiento y constancia del origen ilícito de la misma, como efectivamente sucede, habida cuenta del seguimiento por la sustracción de dicha carabina, perteneciente a Pablo, de un procedimiento penal, en concreto las

Diligencias Previas n.º 592/14 del Juzgado de Instrucción n.º3 de esta ciudad. El arma en cuestión fue recuperada por una patrulla de la Guardia Civil que interceptó al acusado mientras la portaba a bordo del vehículo que conducía y puesta a disposición de su propietario.

CASO N.º 246

Sobre las 18,45 horas del día 1 de noviembre de 2013, cuando Macarena se encontraba en el Pabellón de Casetas sito en la Avda.000, personas desconocidas, propinándole un fuerte empujón, le sustrajeron el teléfono móvil que portaba en un bolsillo del pantalón. La víctima presentó la correspondiente denuncia. El teléfono móvil era de marca HTC ONE con número IMEI núm.000 con n.º de asociado núm001, había sido adquirido por la Sra. Macarena en fecha 4/09/2013, y ha sido valorado pericialmente en 615,59 Euros. El acusado, Jesús María, mayor de edad y sin antecedentes penales, que no consta que tuviera participación en los hechos denunciados, adquirió de un hombre —al que conocía de vista— que no ha resultado identificado, el teléfono sustraído a la Sra. Macarena, constando que hizo uso de mismo desde mayo de 2014. El acusado manifestó haber adquirido el teléfono de un individuo al que conoció pescando, por un precio de 250 Euros, comprometiéndose a pagarle 50 Euros más si le entregaba el cargador y la caja al día siguiente, lo que no hizo el vendedor.

16.1.1.2. Jurisprudencia

«...En relación a la comisión del delito de receptación, la STS 57/2009 de 2-2, indica los requisitos típicos que concurren en el delito de receptación del art. 298 del Código Penal: 1.º) ha de existir la comisión de un delito contra los bienes; 2.º) ha de concurrir una actuación de tercero de aprovechamiento para sí de los efectos del delito, lo que constituye el núcleo de esta infracción y determina el momento de la consumación; 3.º) ha de darse un elemento básico de carácter normativo y cognoscitivo, consistente en el conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de tal delito contra los bienes, conocimiento que no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura. Pues bien, en el caso que nos ocupa, concurren cada uno de estos requisitos, ya que el acusado conoce sobradamente que la adquisición del vehículo se ha hecho de forma ilícita y pretende beneficiarse de la venta del mismo una vez modificada la matrícula y el número de bastidor del mismo...» (ATS 1402/2015, de 24 septiembre [JUR 2015\255999]).

* * *

«...En el desarrollo del motivo se argumenta que existe falta de competencia territorial de la Audiencia Provincial de Zamora dado que los hechos que se imputan al recurrente, calificados como delito de receptación, tuvieron lugar en la provincia de León, siendo competente el Juzgado de lo Penal de León para el enjuiciamiento de los hechos. Se invoca el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, así como lo dispuesto en el art. 238.1 de la LOPJ, negando que exista la «conexividad» —sic— a que alude la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la LECrim.

La propia naturaleza de esa materia revela su muy relativa trascendencia, resalta por la jurisprudencia. Tan es así que las reglas de conexidad difieren según el tipo de procedimiento (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; competencia de los Juzgados

de Violencia sobre la mujer) excluyéndose precisamente en ocasiones el art. 17.5.º LECrim. lo que pone de manifiesto que esa norma está al servicio de la agilidad y no es una garantía de defensa o de enjuiciamiento irrenunciable. De hecho nada aducen los recurrentes en relación a la posible indefensión que pudiera haberse derivado de ello. La relación de supuestos de conexidad del art. 17 LECrim., es determinante pero está necesitada de aclaraciones que han venido de la mano de la jurisprudencia. Adviértase por ejemplo, que en una interpretación rígida no encajaría en tal norma el enjuiciamiento conjunto de los delitos de receptación y robo previo (supuesto en que el tipo de vínculo entre ambas infracciones guarda analogía con el aquí examinado, dejando a un lado el problema del auto blanqueo). Ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que corregir esa consecuencia estableciendo la posibilidad —más que imperatividad— del enjuiciamiento conjunto (STS 26-06-12).

Las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley. Las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio o al comienzo del mismo, según la clase de procedimiento (declinatoria de jurisdicción, art. 666 de la L.E. Criminal y concordantes) y su propio sistema de recursos. Las cuestiones de competencia reconducibles al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional. El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad. Cuando, como sucede en el caso actual, lo que se plantea es una cuestión interpretativa de las reglas atributivas de la competencia entre dos órganos jurisdiccionales ordinarios que ha sido resuelta razonablemente en favor de uno de ellos, la cuestión suscitada carece de rango constitucional, y el motivo interpuesto al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J debe ser desestimado (STS 21-09-11).

En efecto, desechada la trascendencia constitucional de la cuestión, en tanto no existe vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ni tampoco indefensión, la cuestión atinente al enjuiciamiento conjunto del delito de receptación atribuido al recurrente y del delito de estafa, por el que han sido condenados los coacusados, ha sido resuelta en la sentencia recurrida de modo motivado, razonable y carente de arbitrariedad. Dice la Sala de instancia, en definitiva, que es aplicable el criterio mantenido en la aludida sentencia de esta Sala de 21-9-87, en la que se estudiaba el supuesto de un robo con una receptación ulterior, señalando que dicho supuesto no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 17 de la L.E.Cr., «pero que razones de conexidad material entre los delitos a los efectos de determinación de la competencia, puede no agotarse con las previsiones expresa de dicho precepto legal y que además la fórmula utilizada permite la posibilidad de que otros delitos puedan ser conexos al margen de tal consideración explícita. Se mantiene en esta sentencia que la conexidad entre el delito contra los bienes y la receptación descansa en la estructura de los tipos penales y señala como fuero preferente el del Tribunal competente para conocer del robo. Esta doctrina y Jurisprudencia tienen como consecuencia necesaria la desestimación de la cuestión previa planteada, puesto que esta Audiencia Provincial es la competente territorialmente para conocer de la causa relativa al delito de estafa y, por tanto y por conexidad material, la del delito de receptación «. Ningún argumento material o de fondo, relevante, más allá de reiterar su denuncia formulada en la

instancia, se esgrime en el motivo para desvirtuar la motivada denegación de la cuestión que se lleva a cabo por el Tribunal de instancia, acorde a la doctrina aplicable en la materia, máxime en el caso concreto en que existió una tramitación instructora conjunta de los delitos objeto del procedimiento, no cuestionada en sede sumarial, y se ha conocido del asunto, que se dice correspondiente al Juzgado de lo Penal, en sede de plenario por la Audiencia Provincial, y no a la inversa...» (ATS 1327/2015, de 10 septiembre [JUR 2015\245762]).

* * *

«...La representación procesal de Bienvenido por una parte de Adrian y de Aquilino por otra, formulan sendos motivos por infracción de ley al amparo del artículo 849.1, por indebida aplicación del artículo 298.1 CP. Argumentan que de la narración de hechos probados, no resultan los elementos que integran tal conducta delictiva. Únicamente se afirma que dos de los vehículos utilizados en la concreta operación de alijo y transporte del 11 de junio de 2009, por la que son condenados, se utilizaron dos vehículos que habían sido previamente sustraídos, uno en Manilva, el 21 de febrero de 2009 y otro en San Roque, el 29 de diciembre de 2008. En la fundamentación exclusivamente se indica que los cuatro acusados por este alijo y transporte son responsables penalmente de un delito de receptación del artículo 298.1 CP, al haber quedado debidamente acreditado en autos que los dos vehículos utilizados en la carga de la droga, habían sido sustraídos con carácter previo a su utilización con tal finalidad, práctica habitual en los transportes de droga por la doble finalidad de evitar la pérdida de vehículo propio y su posible identificación en caso de intervención policial. Esta tipología básica de receptación, exige tres requisitos: a) Un elemento cognoscitivo normativo, consistente en obrar con conocimiento de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, b) un elemento comisivo formulado en manera alternativa y que se predica de quien ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos de ese delito o de quien reciba, adquiera u oculte tales efectos, que implica a su vez un elemento subjetivo del injusto: actuar con ánimo de lucro, y c) un elemento negativo, integrado por la circunstancia de que el sujeto activo no haya intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito previo. Elementos que ni se describen en la narración fáctica, ni resultan acreditados. Pese a la afirmación de la resolución recurrida, ya de manera impropia en la fundamentación jurídica, de que fueron sustraídos con la finalidad de servir al transporte de droga, no existe ni una sola prueba, ni un indico al margen de su utilización en la noche de autos, que lo acredite. Pero además, si la predeterminación de la sustracción fue la del transporte del hachís, deviene aún más cuestionado e improbable el tercer elemento, la falta de intervención en la sustracción por parte de los recurrentes. La afirmada receptación no es sostenible, pues es el resultado de una inferencia donde se colma la existencia de todos los requisitos del tipo sin su acreditación fáctica; en modo alguno, la mera utilización de los vehículos sustraídos en un alijo y transporte de hachís, única cuestión declarada probada, colma las exigencias de esta tipología...» (STS 394/2015, de 17 junio [JUR 2015\177244]).

* * *

«...Por lo que se refiere a los hechos «C-16», «C-18», «C-19» y «C-21», el recurrente censura que la condena lo haya sido por la ocupación en su domicilio de diversos efectos sustraídos en otras tantas viviendas o almacenes, manifestando que en todo caso se estaría ante un delito de receptación del art. 278-1.º del CP, lo que así alega en el motivo décimo, tesis que ya propuso el Ministerio Fiscal como tesis alternativa al robo en casa habitada. Con ocasión del recurso formalizado por el recurrente, esta

Sala Casacional, en su función propia y exclusiva de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, ha comprobado un evidente error jurídico cometido en la sentencia a la vista de la doble calificación efectuada en la misma en relación a dicho recurrente Miguel. En concreto, Miguel lo ha sido como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada. Tal calificación no es correcta jurídicamente, porque se ha obviado que tratándose de delito continuado, como lo es en efecto, y ello no ha sido objeto de debate, la estructura de la continuidad delictiva absorbe e integra a todos los hechos que «...infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza...», como expresamente se acuerda en el art. 74-1 del CP, castigándose tal situación como delito —en singular— continuado con la pena señalada a la infracción más gravemente penada «...que se impondrá en su mitad superior...». Resulta obvio que los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con fuerza en casa habitada son semejantes en su estructura y naturaleza, por lo que en obediencia al precepto indicado deben acumularse todos los hechos en un único delito continuado que será castigado con una pena única correspondiente al delito más grave—en este caso el delito de robo con fuerza en casa habitada— con pena que se impondrá en la mitad superior. Pues bien, el delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada previsto en los arts. 237, 238-1.º y 2.º y 241 del CP está castigado con pena situada entre los dos a cinco años de prisión. Al tratarse de delito continuado, el art. 74-1 prevé la imposición de la pena en la mitad superior de manera vinculante «...se impondrá...», en claro término vinculante, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado. Posibilidad legal de lo que el Tribunal de instancia no ha hecho uso, ni por supuesto lo va a efectuar esta Sala Casacional. En conclusión, todas las infracciones de las que ha sido condenado el recurrente, deben ser calificadas como constitutivas de un único delito continuado del art. 74 CP a sancionar con la pena del delito más grave —el robo con fuerza en casa habitada—, impuesta en su mitad superior, esto es abanico comprendido entre los tres años y seis meses y un día hasta los cinco años de prisión, debiéndose efectuar la correspondiente individualización penal en la segunda sentencia. Por tanto, y por esta vía de la rectificación de la calificación jurídica efectuada en la instancia, lo que corresponde a esta Sala, como ya se ha dicho, por ser ese control de legalidad del derecho aplicado donde encuentra su razón de ser la casación penal, admitimos el recurso de casación formalizado, careciendo de todo interés casacional verificar si en relación a alguno de los hechos imputados al recurrente, concretamente los casos «C-16», —como subsidiariamente los calificó el Ministerio Fiscal— por dos razones: a) primero porque de estimarse de igual naturaleza tales hechos la conclusión sería la misma de estimarlos incluidos en el delito continuado de robo, y b) en todo caso, porque de no estimarse la receptación y el robo con fuerza de la misma naturaleza —lo que es más acorde con los hechos que integran una y otra infracción—, resultaría perjudicado el recurrente al tener que sancionarse separadamente tales receptaciones.

Según la teoría de la determinación optativa del hecho, que se refiere a la situación en la que existen dos posibilidades fácticas ambas delictivas y se declara probado que la persona concernida ha intervenido indudablemente en una o en otra, por el principio «favor rei» hay que estar a la hipótesis que le sea más favorable, es decir, a la que suponga una menor penalidad, lo que en el caso actual equivale a estimar la tesis del robo en todos los hechos, porque ello permite la construcción del delito continuado que abarcaría todos los casos, en tanto que de estimarse la tesis de la receptación, los hechos deberían ser castigados como constitutivos de un delito de robo continuado en casa habitada que incluiría los casos «C-1», «C-3», «C-4», «C-6», «C-9», los cuatro primeros robos con fuerza en las cosas y el «C-9» robo con fuerza en casa

habitada, a sancionar con la pena de este último delito en su mitad superior, y un delito de receptación continuado en relación a los casos «C-16», «C-18», «C-19» y «C-21» y teniendo en cuenta la individualización judicial de las penas a imponer como ya se ha anticipado, sería más gravoso la doble punición que la imposición solo de un delito continuado que englobase a todos los casos, ya que en relación al delito de robo continuado en casa habitada, el «C-9» a sancionar junto con los casos «C-1», «C-3», «C-4» y «C-6», el mínimo a imponer sería el de tres años, seis meses y un día, y a ello habría de sumársele la pena del delito de receptación —art. 298 CP—, también continuado, que al estar sancionado con pena situada entre los seis meses a dos años de prisión teniendo en cuenta la continuidad delictiva, la pena debería ser la mitad superior, lo que situaría la pena en un año, tres meses y un día, es claro la suma de las dos penas a imponer que teniendo en cuenta el grado de culpabilidad, no debería ser los mínimos legales, sino que se superarían estos, ello nos arrojaría unas penas superiores a las imponibles por un solo delito continuado de robo en casa habitada, como se concretará en la segunda sentencia. Con este alcance y por esta vía que es más propia de una manifestación del principio de voluntad impugnativa que de la estimación material de los motivos formalizados, procede la estimación parcial...» (STS128/2015, de 25 febrero [RJ 2015\1075]).

* * *

«...Como primer motivo del recurso se alega la aplicación indebida del Art. 298 del C. Penal, pues del relato de hechos probados no se desprende la comisión de tal delito, pues el mismo exige el ánimo de lucro y el conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, elementos del tipo que no se recogen en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida. El motivo debe ser estimado. Ello es así porque en el relato de hechos probados se recoge el acusado fue sorprendido en la estación del ferrocarril metropolitano de Puente de Vallecas por un Jefe de Sector habiendo hecho uso de un cupón anual de la zona C2 del año 2011, con número de serie núm.000 y sin número de abonado el cual, en su día, fue sustraído, junto a otros títulos de transporte y objetos, de las dependencias de Metro de Madrid SA, pero no aparece relatado el ánimo de lucro, y muy especialmente el necesario conocimiento que el acusado debe tener de que el efecto que tenía en su poder procedía de un delito contra el patrimonio, requisito esencial del delito de receptación regulado en el Art. 298 del C. Penal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2008 establece: «Se plantea por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso la posibilidad de complementar los hechos probados con las afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica. La cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia. Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por último, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación. Posturas que se han mantenido son las tres siguientes. A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende

que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS. 1.7.92, 24.12.94, 21.12.95, 15.2.96, 12.12.96, 987/98 de 20.7, 1453/98 de 17.11, 1899/2002 de 15.11, 990/2004 de 15.4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim, bien por la del art.24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ. B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia. Postura mantenida en las SSTS. 788/98 de 9.6 y 769/2003 de 31.5, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica. Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos, —fácticos y jurídicos—, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores. C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico. Postura recogida en SSTS. 945/2004 de 23.7, 1369/2003 de 23.7, 302/2003 de 27.2, 209/2003 de 12.2, 1905/2002 de 19.11, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS. 22.10.2003), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan sus hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que en definitiva, ha estimado el tribunal que daban probados, lo que impide consiguientemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS. 23.7.2004)»...— Postura esta que ha sido recogida en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que el 28.3.2006 adoptó el siguiente acuerdo: «los elementos del tipo objetivo del delito incluidos los relativos a las circunstancias modificativas deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica». Por lo que debe afirmarse que los hechos que concreta y expresamente se declaran probados en la sentencia recurrida no admiten su subsunción en el delito del Art. 298 del Código Penal, al no resultar del relato de hechos probados la existencia del necesario conocimiento que el acusado debe tener de que el efecto que tenía en su

poder procedía de un delito contra el patrimonio, por lo que no cabe la calificación de tales hechos como constitutivos del delito de receptación por el que el acusado viene condenado en la sentencia recurrida. Sin que sea procedente que este Tribunal de apelación acuda a las afirmaciones de hechos que se pudieran contener en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida sobre tal conocimiento para complementar con tales afirmaciones, en su caso, el apartado de hechos probados, pues la doctrina jurisprudencial antes expuesta no lo permite. En consecuencia, de todo lo expuesto se deduce la procedencia de estimar el recurso de apelación interpuesto, y revocar la sentencia recurrida en su integridad, sin necesidad de entrar en el análisis del resto de los motivos, para absolver al acusado Juan Carlos del delito de receptación de que era acusado...» (SAP de Madrid 570/2015, de 15 julio [JUR 2015\201928]).

16.1.2. Agravaciones específicas (Art.298.1. a), b) y c)

16.1.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 247

En los primeros meses del año 2008, los acusados, Cosme, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, y Fidela, igualmente mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, de común acuerdo con el hijo de ambos, el acusado Constantino, mayor de edad, decidieron crear ficticiamente un negocio de joyería, con objeto de hacerse con la propiedad de joyas de gran valor, procurándose así un ilícito enriquecimiento a costa de terceras personas. Para ello, deciden la creación de sociedades ficticias, y el alquiler de un local que sería la sede de una de ellas, y que abrirían al público de forma temporal, el tiempo imprescindible para llevar a cabo sus intenciones.

Así, para llevar a cabo dicho plan, Cosme contactó con el acusado José Francisco, mayor de edad, en aquellos momentos residente en Plasencia y carente de recursos económicos absolutamente, y con la acusada Fermina, mayor de edad y con antecedentes penales, no computables a efectos de reincidencia, también residente en Plasencia, a los que ofreció participar, de distintas formas, en el plan que iban a ejecutar.

Cosme, en febrero del 2008, negoció con Genaro el alquiler de un local en la C/ R n.º 0 de Valladolid, contrato de arrendamiento de fecha 7.3.2008, en el que, como arrendatario, figuraba José Francisco, contrato en el que se fijaba un plazo de alquiler de 5 años, fijándose una renta de 950 € mensuales, y que José Francisco firmó en Plasencia, donde Cosme se desplazó para llevarle el mismo.

Posteriormente, el 4.4.08, Cosme acudió, con José Francisco, a un Notario de Valladolid, en el que se formalizó la escritura pública de constitución de la Sociedad Joyerías Placentinas S.L., de carácter unipersonal, con sede social en la C/ R n.º 0, y en la que figuraba como socio y administrador único el acusado José Francisco. Asimismo, se procedió a abrir una cuenta corriente en la entidad Caja Círculo Católico, en la que también figuraba como titular José Francisco, operaciones todas ellas destinadas a crear apariencias de legalidad y seriedad y a generar confianza en los joyeros de los que pensaban obtener las joyas. Por sus firmas en dichos documentos, José Francisco, insolvente total, obtuvo una cantidad de dinero en torno a los 1000 €, que le abonó Cosme. Firmó también pagarés y cheques en blanco sin conocer el destino y la cantidad que figuraría en los mismos, que él nunca rellenó.

Con idéntico fin, se constituyó la Sociedad «Joyería Renedo S.L.», nombrando como administradora única a Fermina, y abriendo, también, una c/c en el Banco de Castilla, en la que ella figuraba como titular, para girar contra la misma los pagarés y documentos de pago generados en sus transacciones comerciales, pero manteniendo dicha cuenta sin fondos suficientes.

Para acondicionar el local de la C/ R, y ofrecer, frente a terceros, una apariencia de negocio con actividad, los acusados Cosme, Constantino y Fidela encargaron la realización de las oportunas obras de acondicionamiento, que nunca tuvieron intención de pagar. Solo hicieron efectivas las cantidades imprescindibles para garantizar la realización de los trabajos por parte de empresas contratadas.

Mientras se llevaban a cabo las obras por las Empresas descritas anteriormente, Fermina se hallaba presente en el local, aparentemente supervisándolas, aunque era el acusado Constantino quien daba las órdenes. Dado que Fermina no daba apariencia de ser conocedora del negocio de joyería, con la previa intervención de Constantino, que fue quien la seleccionó, Fermina contrató a Debora, como dependienta, trabajando ésta en el local de la C/ R hasta el 23.12.08, y recibiendo por su salario un cheque, firmado por Fermina de 600 €, que no cobró por falta de fondos. Mientras se llevaban a cabo las obras de acondicionamiento del local, en la C/ R, los acusados Fidela, conocida como «Perla», Constantino, conocido como «Fernando», y Fermina acudieron a la Exposición de Iberjoya, en Madrid, entre septiembre y octubre del 2008.

Allí, se presentaron a numerosas joyeros que exponían su mercancía, mostrándoles su interés en adquirir mercancía para una joyería que proyectaban abrir, entregando las correspondientes tarjetas de visita que habían encargado, dando apariencia de seriedad y solvencia. Solicitaron, también, la visita en su establecimiento de comerciales de varias firmas, visitas que se llevaron a cabo, realizando los acusados compras importantes entre septiembre y diciembre del 2008, todas ellas abonadas mediante pagarés que estaban firmados por Fermina, contra la cuenta bancaria en la que ella figuraba como titular, pero que no disponía de fondos, y con un vencimiento, tales pagarés, de 27 de diciembre y fechas posteriores. En virtud de la confianza así generada, se apropiaron de joyas por valor total de más de 2.000.000 €.

Tras cerrar el establecimiento, los acusados Cosme, Fidela y Constantino, procedieron a la venta de aquellas joyas que no se han recuperado. En concreto, Cosme vendió uno de los anillos del botín, haciéndose pasar por joyero, a Salvador, quien posteriormente devolvió el anillo, sin recuperar los 300 € que pagó a Cosme. En estas operaciones fueron ayudados por los también acusados Isidoro, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, María Purificación, mayor de edad, sin antecedentes penales, la esposa de Constantino, la acusada Trinidad, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, y Dulce, mayor de edad, sin antecedentes penales.

Todos ellos eran conocedores de la procedencia ilícita de la mercancía, no constando que participaran en la trama urdida previamente para engañar a los joyeros. Así, Isidoro, pignoró en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, dos relojes y dos diamantes, procedentes del botín antes detallado, que le había dado Fidela, entre marzo y junio del 2009.

CASO N.º 248

Desde, aproximadamente, el mes de septiembre de 2005 al mes de octubre de 2006, el acusado D. David, ya reseñado, contactaba en Sevilla con varias personas, que luego se dirán, ante las que, para ganar su confianza, se presentaba como fiscal y

como abogado de un prestigioso bufete, logrando así obtener diversas cantidades de dinero que le entregaban bien para imaginarias inversiones, bien para participar en supuestas subastas judiciales en las que, según el acusado, con su intermediación conseguirían viviendas en condiciones muy ventajosas de precio.

De este modo y con esa supuesta finalidad, el acusado recibió:

En octubre de 2006, de D.^a Pilar y el hijo de ésta, D. Vicente, la cantidad de 72.000 euros en efectivo y otros 72.000 euros en un cheque del Deutsche Bank con fecha 3-10-06 respectivamente. Esta operación quedó reflejada en dos documentos (f. 23 y 24) firmados por el acusado, en uno de los cuales, fechado el 10-10-06, se afirmaba que una procuradora de los Tribunales de Justicia imaginaria, D.^a Marisol, dirigida por el letrado D. David, incursos en el juicio ejecutivo de remate 80/03 del Juzgado de 1.^a instancia n.º 6 de los de Sevilla había recibido de dichos señores la suma total de 144.000 euros, que habían sido puestas a disposición de dicho Juzgado, para la adjudicación de las fincas urbanas incursas en las diligencias de referencia, situadas en Sevilla, calle000, manzanas num005 y num006.D.^a Pilar y D. Vicente pretendían hacer una inversión con la compra de esos pisos.

De D. Alfonso 48.000 euros en junio y de su hijo, D. Luis Alberto 39.000 euros para la adquisición de una casa con la que pretendían hacer una inversión. Esta operación la reflejaron en dos documentos (f. 37 y 38) firmados por el acusado. Padre e hijo conocían al acusado mencionado como «el Fiscal». De D.^a Amanda la cantidad de 30.000 euros en fecha no determinada. Esta entrega se formalizó en documento sin fecha, con timbre de la Mutualidad General de la Abogacía, dice recibir «de D.^a Amanda la cantidad de 60.000 euros (diez millones), en concepto de depósito para retirar el día 30 de marzo de 2007». De D. Simón, en el mes de septiembre de 2005, la cantidad de 12.000 euros. El acusado firmó un documento (f. 169) con fecha de 15-9-05 en que reconocía recibir del Sr. Simón la cantidad de 24.000 euros. De D.^a Elvira, el día 6 de marzo de 2006, entregó al acusado la cantidad de 18.000 euros, éste firmó, en dicha fecha, un documento reconociendo recibir la cantidad de 60.000 euros. De D. Isidro y de su esposa, D.^a Inmaculada, entregaron al acusado, el día 31 de octubre de 2005 la cantidad de 60.000 euros, para la adquisición de un piso, lo que el acusado reconoció en documento firmado por él en dicha fecha. Para entregar al acusado esa cantidad hipotecaron su vivienda habitual, y pretendían comprar la vivienda ofrecida por el acusado indicado para que constituyera el domicilio de uno de sus hijos.

Los señores D.^a Pilar, D. Vicente, D. Alfonso, D. Luis Alberto, D. Isidro y D.^a Inmaculada no han adquirido las viviendas imaginarias ofrecidas por el acusado, no recuperado el dinero entregado al mismo.

Los señores D.^a Amanda, D. Simón y D.^a Elvira no han recibido del acusado el dinero invertido, ni los réditos que les prometía el acusado.

D. David no realizó gestión alguna para la adquisición de dichos pisos o para invertir el dinero recibido por las personas mencionadas, sino que ha dispuesto de todo el dinero entregado por aquellos en su propio beneficio. Al ser detenido se le intervinieron 695 euros en metálico.

Los acusados comenzaron a convivir en marzo de 2008. El acusado dio a primeros de octubre de 2006 a la acusada D.^a Lorenza, ya reseñada, con la que convivía en aquella época en la calle001, manzana num007, num008, num009 de Sevilla el cheque que recibió de D.^a Pilar.

D.^a Lorenza, que desconocía la irregular forma en que David obtenía esas importantes cantidades de dinero, recibió ese cheque por importe de 72.000 euros en un cheque y lo ingresó en su cuenta de la Caja San Fernando el día 4-10-06, y, luego, en

los días 10 y 13 siguientes sacó 16.907,08 euros, para cancelar un crédito que ella tenía, y 54.000 euros que reintegró en metálico y se los entregó al Sr. David.

Con anterioridad, el 21 de junio de 2005 la acusada pidió un préstamo de 21.000 euros a la Caja de San Fernando, a amortizar en 120 meses a razón de 260 euros mensuales, de los que entregó el 27 de junio de ese año al acusado 18.500 euros. El indicado 10 de octubre de 2006 canceló dicho crédito.

CASO N.º 249

El día 13 de enero de 1997, el procesado José Ramón V. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, celebró un contrato de arrendamiento de la nave núm. 82, sita en la calle Móstoles del Polígono Industrial El Naranjo, de la localidad de Fuenlabrada, propiedad de Carlos S. A., por un año y una renta mensual de 65.000 pesetas, entregando a la firma del contrato 150.000 pesetas. Ante éste, y durante la negociación mantenida, el procesado se identificó como Miguel Ángel L. B., figurando así en el contrato, exhibiendo el DNI núm...., con su fotografía, que había facilitado en fechas anteriores a fin de colocarla en el expresado documento de identidad, extendido a nombre de otra persona.

Al tener sospechas en la Brigada Provincial de la Policía Judicial de la posible dedicación del procesado a diversas actividades ilícitas, entre ellas a la fabricación de pastillas de éxtasis, se montó un servicio de vigilancia sobre él, comprobando que tenía frecuentes contactos con el procesado Marius M. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, permaneciendo ambos durante bastantes horas del día en la nave antes mencionada, que se mantenía cerrada al exterior.

Así, en la mañana del día 12 de julio de 1997, los policías que estaban vigilando el exterior de la nave, observaron cómo salía de ella Marius R. dirigiéndose al vehículo Citroën BX-...-FU, con el que intentó huir al percatarse de la presencia policial, por lo que fue interceptado por dos vehículos policiales. Al registrar el vehículo, hallaron en él dos bolsas que contenían 509 y 505 comprimidos de color azul que, una vez analizados, pesaban 91,6 y 91 gramos, y eran de anfetamina, con una riqueza del 11 y 10,50 por 100, respectivamente. Al ser cacheado Marius le ocuparon otras cinco bolsas, de menor tamaño, con comprimidos de color blanco, de anfetamina, en total 27, con una riqueza entre el 8 y el 13,3 por 100. Todos estos comprimidos los habían cogido del interior de la nave, entregándoselos Juan Ramón V. M., que estaba en ella, para destinarlos a terceras personas, traficando con ellos, también se le intervino un teléfono móvil marca Motorola.

En el maletero del vehículo se le ocuparon diversos DNI a nombre de diferentes personas, algunos manipulados, un DNI con su fotografía núm...., modelo antiguo, a nombre de Antonio L. A.; diversos anversos y reversos de DNI, fotocopia del DNI..., plastificada, del también procesado Juan Carlos G. G., fotocopia del DNI antiguo a nombre de Francisco José C. L. A. núm.... con un papelito con anotación N-3 diversos documentos de identidad extranjeros y libretas bancarias a nombre de distintas personas, una plancha metálica en la que figuraban grabados los dibujos de seguridad de los DNI modernos, tampones de tinta, juegos de letras, una imprenta marca Printing Kit, y otros efectos relacionados con los anteriores.

Una vez detenido Marius R., la Policía llamó a la puerta de la nave, abriéndoles José Ramón V., que tenía restos de polvo blanco en el cuerpo, procediéndose a su detención. Cuando esperaban en el lugar varios policías a que se autorizase por el Juez competente la entrada y registro de la nave, llegó allí, en unión de otra persona, no acusada en esta causa, el procesado Juan Carlos G. G., mayor de edad y con antece-

dentes penales, conocido de los dos anteriores, que fue detenido por la Policía al intentar darse a la fuga, en el vehículo que ocupaba, Renault Chamade M-...-LV de su propiedad. En el parasol del vehículo le intervino la Policía cuatro DNI falsos, con su fotografía, a nombre de cuatro personas distintas, que se los había confeccionado Marius, a quien le facilitó su fotografía a tal fin. También se le ocupó un teléfono móvil, marca Motorola, y una bolsa con 10 comprimidos azules, con un peso de 1,82 gramos, de anfetamina, con una riqueza del 9,3 por 100.

Concedidas por los Jueces de instrucción competentes territorialmente las preceptivas autorizaciones judiciales, se practicaron en las horas siguientes las entradas y registros que se expresan a continuación los resultados que constan en las actas levantadas por los fedatarios judiciales públicos.

Sobre las 19.30 horas del citado día, se inició el registro del piso en que habitaba Marius R., sito en la Avda. de la Albufera núm.... de Madrid, en su presencia y la de su letrado, interviniéndose diversos efectos, documentos, instrumentos relacionados con la alteración de éstos, un DNI a nombre de Miguel Ángel L. B., dos bafles de ordenador marca Screen Beat-3, un ladrón de tres cavidades, un transformador marca Impel, un receptor marca Logitech, un ratón sin marca aparente, cinco disquetes de CD Room, un ratón sin marca aparente, siete CD Room con estuche, una lupa con luz, un teclado de ordenador dividido en dos mitades, un escáner Hewlett Packard, una carpeta de arrendamiento de la nave industrial del grupo de asesores de empresa, una controladora de disco marca Winbond, un lector de escáner marca Genius, dos teclados de ordenador, una impresora marca Epson una impresora Hewlettpackard, una pantalla de ordenador EMC y una CPU marca North.

A las 20 horas del mismo día se procedió al registro de la nave, en el que se hallaron diversos instrumentos relacionados con la actividad que en ella se desarrollaba, de fabricación de pastillas, con una máquina instalada, en un habitáculo interior, separado con unas paredes de contrachapado, construido por el procesado Marius. Esta máquina que había sido adquirida por el procesado José Ramón, era de la marca Manesty Machines Ltd. Liverpool. Type D5-500, núm. 10.708-61, fabricada en Inglaterra. Entre otros efectos se intervinieron los siguientes: dos botellas de éter etílico, un espejo pequeño con aparentes huellas dactilares, un molinillo con restos de polvos y con huellas digitales, un molinillo Moulinex, multiusos, un secador de pelo, marca Levene 1600 P, un molinillo marca Braum, una balanza de precisión marca Laica, electrónica, un peso Soehnle, otra balanza, marca Ikea, un sellador eléctrico marca Ufesa, una caja de cartón conteniendo 3 botes de éter etílico y de acetona, una mascarilla de plástico, un sellador de plástico, marca KF 200 HC, otra balanza, con bandeja, marca Cobos, una bolsa color naranja, con inscripción Desiccant Silica Gel, Bunoteat, una bandeja, seis botes blancos transparentes, un teléfono móvil Nokia, con restos de polvos, dos cajas de Maloniva y Owoco Lasu una bolsa con polvo blanco, una bolsa de plástico transparente de cafeína pura anhidra, cinco botes de plástico conteniendo polvo blanco, y otros dos vacíos, con restos, una bolsita de plástico con polvo blanco, una caja con 54 pastillas color azuladas, una criba o tamiz redondo, tres bolsas, conteniendo bolsas herméticas, un fardo de plásticos, una gran cantidad de troqueles de acero, once bolsas de papel conteniendo lactosa 99 KP (en una bolsa de Cortefiel una balanza de baño, marca Kilan, un bote de plástico con una cuchara y restos sustancia marrón, una estufa eléctrica marca Haverland, una batidora metálica, un bidón pequeño, 250 ml de aceite lubricante, dos cribas redondas, una bandeja de plástico con sustancia y pastillas, una plancha de plástico duro, color blanco, y cuatro cajas de troqueles de acero.

Dentro del expresado habitáculo se hallaron: una mesa borriqueta con 4 vasos de plástico, una plataforma de plástico con restos, tres cucharas, un cuchillo Taurus y sus

componentes, dos coladores, una bandeja, otra bolsa de papel conteniendo lactosa KP, otra palancana de plástico color blanco, una bolsita de plástico conteniendo una pequeña cantidad de polvo otra bolsa rectangular, conteniendo polvo color hueso, otra bolsita conteniendo polvo color rosáceo o añilado, otra rectangular conteniendo nueve pastillas de color marrón, un embudo de gran tamaño metálico, una cubeta o contenedor y su tapa correspondiente, un ventilador eléctrico impregnado de polvo blanco y una bolsa de plástico con sustancia de color azul.

La mayoría de los efectos y bolsas, intervenidos tenían restos de sustancias, sobre todo de color blanco.

El día siguiente, sobre las 23 horas, se procedió a la entrada y registro del piso sito en la calle Conde de Serrallo núm...., que tenía alquilado el procesado José Ramón V., pagando una renta mensual de 40.000 pesetas y al que acudía con alguna frecuencia, en su presencia y de la letrada de oficio. En el armario del salón tenía 5 cuadros, con motivos religiosos, del siglo XVII, que habían sido sustraídos, con el empleo de la fuerza en las cosas, el 29 de junio de 1995, en la iglesia de Nuestra Señora de la Asunción de la localidad de Zafra de Záncara (Cuenca). Debajo y detrás del sillón del salón tenía, respectivamente, una tabla de madera policromada de la Adoración del Niño por los Reyes Magos, en el interior de una caja de cartón protegiéndola, y un trozo de retablo con la Matanza de los Santos Inocentes, del siglo XVI, que habían sido robados el 17-6-1995 en la iglesia parroquial de Torremojón (Palencia). Los expresados cuadros y tablas, de indudable valor histórico-artístico, manifestó el procesado que los había adquirido por ochocientas mil pesetas en la carretera de Riaza (Segovia) a unas personas que los vendían en una furgoneta.

16.1.2.2. Jurisprudencia

«...En relación con el número 1.º de esta modalidad agravada, no puede entenderse, que el coche, como pretende el Ministerio Fiscal, sea un bien de primera necesidad cuando muchos ciudadanos ni lo poseen ni lo usan. No cubre ninguna esencial y es perfectamente sustituible por otro medio de transporte, menos lo es de utilidad social, ya que el automóvil particular sólo sirve a intereses individuales, sea para el ocio o el trabajo.

Tampoco puede estimarse la modalidad agravada del número 8 del artículo 529. El Tribunal Supremo, tiene reiteradamente declarado [SS. 22-4, 6 y 15-6-1988 (RJ 1988\2845, (RJ 1988\4480 y (RJ 1988\4922), 1-6-1990 (RJ 1990\4966), 14-12-1990 (RJ 1990\9515)] que el concepto, múltiples perjudicados, es algo más que la simple pluralidad de sujetos pasivos y encierra la idea de un número amplio de personas no determinadas. Cuando las acciones son ejecutadas cada una de ellas contra un sujeto pasivo determinado, teniendo que repetir el artificio engañoso en cada caso —como ocurrió aquí— no es de aplicación esta agravante, pues no hubo una multiplicidad en cuanto colectividad no individualmente determinada.

Sí incurrió sin embargo la Sala en error, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, al no aplicar como muy cualificada la circunstancia séptima del artículo 529 del Código Penal. La cantidad a partir del millón de pesetas, que reiterada jurisprudencia viene señalando para cualificar la gravedad de la estafa [SS. 23-2 y 28-12-1987, 30-9-1988, 8-6-1990, 31-10-1990] ha sido ampliamente superada. En este aspecto, el motivo debe ser estimado...» (STS de 25 noviembre 1991[RJ 1991\8549]).

«...Pero sucede que, de una parte, la categoría «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquéllas «de las que no se puede prescindir», según el Diccionario de la Real Academia. Esto es a los productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas, lo que efectivamente no es el caso. Y tampoco cabe hablar aquí de «cosas de utilidad social» en sentido propio, puesto que el concepto tiene como referente las directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos. De otro lado, es cierto que el trabajo como objeto de derecho merece y tiene la consideración que dice el recurrente, pero también lo es que su protección en tal sentido se produce mediante previsiones específicas, que en el Código aquí aplicable eran las del art. 499 bis. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado...» (STS 981/2001, de 30 mayo [RJ 2001\5612]).

* * *

«...Los anteriores hechos, analizando las pruebas practicadas ex arts. 741 y concordantes de la L.E.Criminal, constituyen un delito de estafa continuada, arts. 248.1, 250.1 y 6.º, y 74. 1 del C.P y un delito de receptación, art. 298 del C.P. En el acto del Juicio Oral, varios de los acusados, en concreto Fidela, Constantino, María Purificación, Trinidad y Dulce, reconocieron los hechos que se les imputaban por las acusaciones, no declarando, en consecuencia, sobre los mismos, al no considerarse ello necesario por el Ministerio Fiscal, ni por las demás partes personadas. Sí declaró Isidoro, que vino a reconocer su participación en la venta posterior de algunas de las joyas objeto de estos autos. A la vista de tal reconocimiento, las acusaciones efectuaron una renuncia masiva de testigos, reduciendo dichas pruebas a aquellas que consideraron más relevantes, y que esta Sala considera que, valorada su declaración conjuntamente con el reconocimiento de hechos mencionados y con las declaraciones de los acusados Cosme, José Francisco y Fermina, y el resto de la prueba aportada, constituyen elementos de pruebas suficientes para entender acreditados fehacientemente los hechos antes dados por probados y la concurrencia en las mismas de los tipos penales reseñados de inicio.

El tipo de la estafa, art. 248 C.P., requiere, para su vivencia, en su apartado 1, el ánimo de lucro en el sujeto activo, la utilización de engaño bastante para producir error en otro, y que el sujeto pasivo lleve a cabo un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. Añade el art. 250.1-6.º, la circunstancia de que el delito revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación o entidad del perjuicio. Alguna de las defensas, a pesar de que su defendido reconoce los hechos, considera que estos deben calificarse como delito de apropiación indebida, no de estafa, porque no ha existido engaño.

El engaño supone la creación de un artificio, con objeto de hacer pasar por cierto una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro, que aceptando tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece así ilícitamente, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo.

En este caso, todos los perjudicados que declaran como testigos en Juicio Oral, afirman que, en el negocio de la joyería, el principio de la confianza es esencial, y afirman que, cuando venden y entregan las joyas a los acusados, es porque éstos han aparentado solvencia, han efectuado gestiones previas, incluso pagos parciales, que les han dado a entender que, en efecto, se trataba de personas que pretendían actuar en el negocio de la joyería legalmente. Y en esa confianza, entregan, como es el modo habitual y general de actuar, las joyas, y reciben los pagarés, firmados por Fermina contra una cuenta corriente de su titularidad, que, a su vencimiento, resultarían impagados. Es cierto que, alguno de ellos, manifiesta que el local de la C/ R, no le parece el

lugar más adecuado para la venta de joyas digamos de «alta gama», pero los propios acusados, cuando acuden a Iberjoya, que es donde contactan con la mayoría de proveedores, se encargan de justificarlo, alegando que lo que pretenden es vender a través de comerciales, básicamente, no en la propia tienda. Así, es muy significativo el testimonio de la Sra. Macarena, cuando declara que, inicialmente, le hacen un pedido que pagaron puntualmente, de 1.847.788 € con un pagaré que resultó efectivo, pero luego le hacen un pedido que ya no pudo cobrar, porque los pagarés no pudieron descontarse, considerando la testigo que el primer pago se lo hicieron para afianzar la relación, y que ella considerara que trataba con personas serias, y consiguieron así que les volviera a servir género que, posteriormente, ya no abonaron. Y esto es lo que sucede en todos los casos, que los acusados ponen en marcha un artificio a tenor del cual hacen creer a los proveedores que van a introducirse en el negocio y a vender los productos a través de sus comerciales, destinando el local a exhibición de las joyas, prácticamente, comprando vehículos para los supuestos comerciales, y haciendo algunos pagos iniciales. La testigo Celsa, manifiesta que ella, como comercial a quien contactan en Iberjoya, podía dejar joyas hasta un límite de 6.000 €, no permitiéndosele por su empresa entregar joyas por 18.000 €, como pretendían los acusados, Constantino y Fermina, con quien ella contactó. En efecto, entregó joyas hasta el límite permitido y los pagarés que le entregan los acusados resultan impagados. Esta es la dinámica que siguen los acusados con todos los proveedores, ellos declaran que hacen un pedido inicial, que, en algunos casos, pagan, pero que el siguiente ya no, les entregan unos pagarés que vencen, todos ellos, en diciembre y fechas posteriores, cuando los acusados ya habían desaparecido con todo el botín...» (SAP Valladolid 426/2010, de 21 octubre[ARP 2011\133]).

16.1.3. Subtipo agravado: uso de establecimiento o local (Art. 298.2)

16.1.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 250

En la media tarde del 23 de enero de 1997, el imputado Acof Badaico P. P., de 16 años de edad, como nacido el 22 de octubre de 1980, sin antecedentes penales, penetró en la vivienda de C.R.C.T., a través de la ventana trasera del inmueble, la cual hubo de forzar, y que dista del suelo aproximadamente dos metros y medio, pues la citada vivienda ocupa la primera planta del edificio M sito en el Parque R de Ofra, y una vez en su interior tomó 96.000 ptas. en metálico, y diversas joyas que fueron tasadas en 225.000 ptas., sin que conste probado, que en tal hecho hubieran participado los inculpados Modesto Jacobo G. S., y Gustavo Daniel A. S., ambos sin antecedentes penales, y de dieciséis años de edad al momento de la comisión de los hechos, Modesto Jacobo.

Sin embargo, sí ha resultado probado, y así se declara, que parte de las joyas tomadas de la vivienda antes descrita, se vendieron, el día 24 de julio de 1997, en establecimiento Concordia, sita en el Centro Comercial «Concorde» ubicado en Taco, por el hoy acusado, Carlos H. C., mayor de edad, y sin antecedentes penales, quien las había recibido del acusado Acof, aunque sólo percibiría un tanto del precio obtenido, lo que así hizo, aunque era conocedor que las joyas ni le pertenecían ni había duda razonable que fuera de cualquier familiar o allegado del primero. Se constata igualmente que ni el dinero, ni la totalidad de las joyas fueron recuperados.

CASO N.º 251

Como hechos probados en la presente causa se declaran los siguientes: los acusados Juan Ramón y Mauricio, puesto de común acuerdo y con ánimo de obtener un beneficio patrimonial, actuando en unidad de concierto con el otro acusado, Antonio (éste sólo a efectos de suministro de vehículos), decidieron establecer un negocio de compraventa de vehículos que denominarían Autocasión-Elche, sito en la carretera de Crevillente, para lo que los dos primeros, a este fin, alquilaron un terreno a Rodrigo, con el fin de establecer el referido negocio, estando en la fecha de incautación de los vehículos, que después se dirá, en trámites de apertura, pero en pleno y aparente funcionamiento.

Con el fin de lucrarse con la venta de vehículos y conscientes de la procedencia ilícita de los mismos por cuanto eran suministrados directamente por el reseñado como «Antonio», quien presuntamente los traía a España o eran los propios acusados quienes tras ponerse en contacto con el mismo se desplazaban a Italia, Bélgica o país de las C.E.E., desde donde amparados en documentación falsa o en la auténtica que había sido sustraída con el vehículo, importaban vehículos de gran cilindrada, especialmente apreciados en el mercado (preferentemente de las marcas Mercedes y BMW), los cuales vendían inmediatamente a terceros en la forma que se dirá, gestionando la tramitación de la matriculación en España (I.T.V., y posterior obtención del Permiso de Circulación española, para circular con matrícula española). Los acusados Juan Ramón y Mauricio llevaban a efecto tales trámites amparados en la documentación que era confeccionada por terceros no identificados, pero utilizada por éstos con conocimiento de su falsedad, trámites reseñados que eran necesarios para la matriculación de los vehículos. Los hechos fueron detectados en el mes de mayo de 1999, como consecuencia de la solicitud de pasar el trámite de I.T.V. de uno de los vehículos, que levantó las sospechas de la empresa al observar irregularidades. Las solicitudes de I.T.V. de los vehículos incautados fueron gestionadas por Juan Ramón, salvo respecto del vehículo E—HG, que fue gestionada por Mauricio, quien también estaba al corriente de todos los hechos, puesto que ambos acusados eran socios de la mercantil Autocasión-Elche, y ambos se beneficiaban económicamente de las operaciones de compra y venta que realizaban.

CASO N.º 252

Blancanieves P. B. y Rodrigo P. B., ciudadanos colombianos de 30 y 28 años de edad respectivamente y sin antecedentes penales, el segundo de ellos no residente en España, obrando de común acuerdo y movidos con ánimo de obtener beneficio ilícito de lo ajeno adquirirían de personas no identificadas de raza gitana joyas y objetos procedentes de sustracciones realizadas mediante escalamiento y rompimiento de puertas y ventanas en viviendas y chalets ubicadas en la localidad de La Cañada que posteriormente, y a sabiendas de su ilícita procedencia vendían en distintos establecimientos de compraventa de oro, joyas y metales preciosos de Valencia, incorporando a su haber el dinero obtenido en estas operación. Así, Blancanieves P. B. en compañía del acusado se dirigió el 5 de enero de 1999 al establecimiento de compraventa denominada «Mayte» sito en C/San V número..... de Valencia donde, tras exhibir su pasaporte y facilitar como domicilio el de... número... de Valencia que no se correspondía con el suyo propio, vendió por el precio de 31.000 ptas una cadena de bolitas, otra de eslabón tipo arco, una gargantilla fina con colgante y forma de corona, una pulsera 6/3 con eslabón de corazón, una milanese con placa «.....» con colgantes de letra «.....» con chispa blanca y una sortija con perla y chispa. Asimismo, el día 8 del mismo mes y año ambos acusados se dirigieron al establecimiento denominado «El Peso» situado en

C/P de Valencia, y con la exhibición del pasaporte de la acusada, pero consignando como domicilio el número 6 de la C/M de Valencia procedieron a la venta de un juego de gargantilla, anillo y pendientes con brillantes y una esmeralda por el precio conjunto de 7.000 ptas. Las joyas vendidas en ambos establecimientos procedían de la sustracción de personas desconocidas llevaron a cabo mediante escalo y vulneración de puertas y ventanas el 30 de diciembre de 1999 en la vivienda habitual de Milagros B. P. y Juan Carlos D. A. en la C/... número..... bajo de La Cañada.

Los días 9, 14, 20 y 22 de abril, 4 y 5 de mayo el acusado se dirigió a los establecimientos denominados «Oro Gema» (C/ L número... de Valencia), «casal de l'or» (c/ j número..... de valencia), «cash conventers» (c/ t número... de Valencia) y vendió distintos lotes por un precio total de 60.500 ptas., facilitando domicilios diversos y a sabiendas de su ilícita procedencia de numerosas joyas.

A la vista de los hechos precedentes, a la 1:00 horas del 15 de junio de 1999 se practicó una entrada y registro en el domicilio habitual de la acusada y se encontraron gran cantidad de objetos que habían adquirido los acusados, a pesar de conocer su ilícita procedencia y de los que disponían para su ulterior venta, guiados por ilícito ánimo de beneficiarse de los ajeno.

16.1.3.2. Jurisprudencia

«...En el cuarto motivo se cuestiona la aplicación del art. 298.2 CP, sosteniendo que el recurrente no era propietario del establecimiento en el que se realizaban la ventas.El motivo debe ser desestimado.

El tipo agravado del art. 298.2 CP no se refiere al titular del establecimiento, sino a la utilización del mismo para los fines del delito. Se trata de un elemento concerniente a la ejecución material del hecho, pues opera como el medio para hacer llegar los coches receptados a los clientes que, por lo tanto, su aplicación se extiende a todos los partícipes que hayan tenido conocimiento del mismo, según lo dispuesto en el art. 65.2 CP. La Sala es consciente de que en la doctrina haya opiniones que consideran que este artículo, dado que su posición sistemática en la parte general del Código, sólo rige respecto de las agravantes y atenuantes de los arts. 21 y 22 CP. Sin embargo, es claro que es una norma de la parte general que determina el régimen de la participación y que rige con carácter general. Por lo tanto, por esa razón es aplicable a todas las circunstancias agravante específicas de la parte especial, lo mismo que a las de la parte general...» (STS 862/2006, de 21 septiembre[RJ 2006\7456]).

* * *

«...No se considera que el delito de receptación sea continuado, por cuanto no se puede descartar la hipótesis favorable al acusado conforme adquiriera todos los bienes, que de acuerdo con los hechos probados poseía y habían sido sustraídos —de las letras A) a F), ambos inclusive—, en hechos constitutivos de delito contra el patrimonio, en un solo acto de la misma persona (STS 22.3.99). En este sentido cabe decir que las joyas finalmente recuperadas, relativas al hecho probado consignado en el apartado A), tampoco descartaría esta hipótesis, pues la devolución no excluye la existencia de la entrega de los restantes bienes en un solo acto en condiciones económicas que se desconocen.

Se considera que el acusado adquirió los bienes para traficar con ellos, con el consiguiente ánimo de lucro, ya que —al referirse a las joyas— de la propia declaración efectuada en el plenario resulta que parte de las joyas adquiridas —según alega

lícitamente— lo eran con el propósito de comerciar con ellas, pues se hallaba próxima la apertura al público del establecimiento comercial, después de fundir los metales y elaborar otras.

No obstante, no se entiende concurrente la circunstancia prevista también en el apartado segundo del artículo 298 del Código Penal, «Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial», pues aunque el propósito de la adquisición sea para traficar, no se encuentra probado que el tráfico se hubiera iniciado o que éste precisamente se realizara finalmente utilizando el establecimiento de próxima apertura, pues la circunstancia de que no estuviera abierto al público —en el escrito de acusación se consigna que aún no se hallaba abierto al público— inicialmente es un indicio favorable al acusado con respecto a tal circunstancia agravatoria del reproche penal. En ningún caso se puede concluir que el acusado hiciera su «modus vivendi» como receptor a través del establecimiento...» (SAP Barcelona de 9 abril 2002[JUR 2002\176494]).

* * *

«...Se ha probado la realización por la recurrente, de acuerdo con su hermano, de concretos actos de venta en establecimientos abiertos al público, de joyas procedentes de robos a particulares, según el coacusado, recibidas previamente de personas de raza gitana, y la consiguiente obtención por los hermanos de un aprovechamiento económico del fruto de dichos robos y se ha ocupado en poder de aquellos diversos efectos más igualmente robados, por lo que la sentencia acierta plenamente en su condena. Ciertamente que, conforme al art. 464 del Código Civil, la posesión de los bienes muebles, equivale al título, por lo que no se necesita factura para acreditar su titularidad, presumiéndose que quien los posee es su legítimo titular. Pero también es cierto que ha de tratarse de una posesión adquirida de buena fe, y esta cualidad ha quedado desvirtuada por los hechos probados, sin que quepa admitir el parangón que efectúa la recurrente de no poder valer la palabra de los perjudicados más que la suya en la alegación de su propiedad sobre las joyas. No valen igual sus declaraciones, efectuadas las de los perjudicados, como testigos, bajo juramento o promesa de decir verdad con advertencia de incurrir en delito de falso testimonio, mientras que Blancanieves P. declara como imputada, sin juramento o promesa, y con derecho expresamente informado de guardar silencio, de no confesarse culpable y de no contestar a cualquiera de las preguntas que se le puedan formular. Todo ello, sin olvidar que la inmensa mayoría de las joyas intervenidas fueron previamente denunciadas como robadas y descritas por sus legítimos titulares, y posteriormente identificadas como las vendidas o ilegítimamente poseídas por la recurrente y su hermano, y no por casualidad.

No procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto, en cuanto correcta la valoración de las pruebas y la interpretación de los hechos efectuada por el juzgador a quo, y correcta la aplicación de los preceptos legales invocados, no siendo igualmente de recibo la segunda de las consideraciones efectuadas por la recurrente, según la cual, los hechos tan sólo podrían ser calificados y penados por el art. 299 del Código Penal, y en cuanto ausente la habitualidad en Blancanieves P. B., deberían reputarse atípicos, procediendo la absolución de la misma. En la sentencia se determina claramente la concreta procedencia de cada uno de los efectos o joyas, no se presume que son robados, sino que se determina el concreto delito de robo del que procede, con identificación de fecha, lugar y perjudicado, por lo que sería un atropello a la razón estimar que se trata de efectos o joyas procedentes de hechos constitutivos de falta contra la propiedad. No se dan los requisitos propios del art. 299 y sí los del art. 298 del Código Penal...» (SAP Valencia 190/2001, de 11 septiembre[JUR 2001\314067]).

16.2. Disposición común: aplicabilidad de las disposiciones del capítulo (Art. 300)

16.2.1. Casos Prácticos

CASO N.º 253

En la localidad de La Roda, sobre las 2:00 horas del 21 de septiembre de 2012 el acusado, D. Artemio, mayor de edad y sin antecedentes penales, compró un ordenador portátil de la marca ACER modelo Aspire 4250, al menor D. Erasmo, el cual iba acompañado por otro individuo que no ha resultado identificado, por la cantidad de 100 euros, a sabiendas de que el ordenador había sido sustraído por el menor y su acompañante del establecimiento sito en la calle X de esta localidad, regentado por el Sr. Dimas, utilizando para ello la fuerza, ya que para acceder al mismo los autores forzaron la puerta del establecimiento entre las 0:00 y las 2:00 horas de ese mismo día.

El acusado entregó el ordenador el 26 de septiembre de 2012, cuando fue detenido por la comisión de estos hechos. El perjudicado ha recuperado el portátil que le fue sustraído, teniéndolo en su poder en calidad de depósito.

CASO N.º 254

Desde octubre de 2011 a mayo de 2012 los acusados Abilio, con DNI núm.000 y antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Teresa, con DNI núm.002 y antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Consuelo, con DNI núm.004, Doroteo con DNI núm.006, Montserrat, con DNI núm.008, todos ellos mayores de edad, sin antecedentes penales y de nacionalidad española, recibieron, de distintos menores de edad, siendo estos Rodolfo, nacido el 0 de 001 de 1997, Javier, nacido el 027 de 1994, Cipriano nacido el 028 de 1996, Justo, nacido el 029 de 1996, Sara nacida el 030 de 1996, Clara, nacida el núm.031 de 1994, Rebeca, nacida el 032 de 1997, Bernardino, nacido el núm.033 de 1996 y Carolina, nacida el 034 de 1995, joyas que previamente estos habían sustraído a sus progenitores, y después se dirigieron a diversos establecimientos de venta de oro de Pego donde, con conocimiento de su procedencia ilícita, y con habitualidad, procedieron a la venta de las referidas joyas. En determinados casos se beneficiaron al obtener determinado precio a cambio de proceder, por encargo de los menores, a la referida venta. Concretamente, el menor Rodolfo entregó a Doroteo una cadena de oro, procediendo este a su venta y entregándole a cambio 81 euros. El menor Javier entregó a Doroteo una cadena de oro, procediendo éste a su venta y entregándole 24,50 euros. El menor, Cipriano, entregó a Abilio una gargantilla de oro, procediendo este a su venta y entregándole a cambio 100 euros. El menor Justo entregó a Doroteo en una ocasión, y en tres ocasiones a Abilio, los cuales procedieron a su venta entregando al menor dinero a cambio. La menor Sara entregó en varias ocasiones joyas a Abilio, a Consuelo y a Teresa, procediendo estos a su venta y entregando todos estos a Sara dinero a cambio. La menor Clara entregó a Consuelo un juego de pendientes de comunión y una pulsera de bautizo y otras joyas a su novio Bernardino, entregándolas éste a su vez para que procediera a su venta a Consuelo. Una vez vendidas entregaron parte del dinero a Sara beneficiándose ellos dos también de la venta. La misma menor entregó en varias ocasiones joyas a Montserrat, la cual, con conocimiento de su procedencia ilícita procedió a la venta de las mismas entregando su importe a la menor. La menor Rebeca entregó unos pendientes de oro a Consuelo para que esta procediera a la venta de los mismos, entregándole a

cambio 10 euros. Los perjudicados Vicente, Felicísimo, y Esperanza, reclaman por los efectos sustraídos, aunque no contra sus respectivos hijos.

Por otra parte los menores dedicaban parte del dinero obtenido con esas ventas en obtener marihuana que compraban, con anterioridad al 6 de mayo de 2012, en la localidad de Pego, a los acusados, Justiniano, Serafín, Marco Antonio, Jon, Lidia y Segundo, todos ellos mayores de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, quienes, sin conocimiento de que las personas a las que facilitaban la referida droga eran menores de edad, procedieron, a cambio de precio, a entregar a estos diversas dosis de marihuana en distintas ocasiones.

CASO N.º 255

Paulino, mayor de edad y de nacionalidad española, actuando con ánimo de ilícito enriquecimiento patrimonial, recibió de la menor de edad, Araceli, entre los días 1 de enero de 2011 y 3 de mayo del mismo año, diversas joyas que la menor sustraía a su madre sin su conocimiento, y que guardaba en su domicilio de la calle Columbretes de Castellón y en la vivienda de otro familiar a la que la citada había trasladado las joyas al enterarse de que era su propia hija quien las estaba cogiendo, procediendo éste, a continuación, con conocimiento de dicha procedencia, a venderlas en el establecimiento Oro-Castellón S.L de la calle Bayer de esta ciudad, donde el día 17 de febrero vendió el lote número 10.783 consistente en tres anillos, uno con perla, otro rallado y otro con circonitas, valoradas en 497,21 euros, y por el que recibió la cantidad de 256 euros; el día 24 de febrero del mismo año el lote número 10.925 compuesto de una pulsera y cuatro anillos, valoradas en 1.482 euros, y por el que recibió la suma de 825 euros; el día 2 de marzo de 2011 el lote número 11.036 compuesto de otra pulsera y otros tres anillos, valoradas en 665 euros, y por el que recibió la cantidad de 400 euros; el 7 de marzo, el lote número 11.120, que lo componía una pulsera y gargantilla y un anillo sello, valoradas en 1.028 euros, y recibiendo en esta ocasión la cantidad de 560 euros; el día 26 de abril de 2011 el lote número 11.928, compuesto de dos anillos y pendientes, valoradas en 591,85 euros, por el que le abonaron 350 euros; y el día 16 de marzo el lote 11.272 compuesto de dos anillos, un colgante, una cadena, dos medallas y tres pulseras, valoradas en 1.330 euros, por las que recibió la suma de 740 euros, no habiéndose podido recuperar las joyas al haberse superado el tiempo de depósito y haberse fundido.

CASO N.º 256

José Carlos, el día 14-7-2009, vendió en la Joyería «La Farola», sita en Avda. 000 núm. 000 de Elda, junto con un menor de edad, varias joyas tasadas pericialmente en 1008 euros, con ánimo de enriquecerse y conociendo el origen ilícito de las mismas, que habían sido sustraídas ese mismo día del domicilio de Felicísima mediante la utilización de las llaves sustraídas en un descuido a su dueña. Las joyas sustraídas fueron recuperadas y devueltas a su propietaria.

16.2.2. *Jurisprudencia*

«...A diferencia del blanqueo de capitales, que admite la comisión imprudente (art 301 3.º del Código Penal, el delito de receptación es necesariamente doloso, pero puede ser cometido tanto por dolo directo (conocimiento con seguridad de la procedencia ilícita de los efectos), como por dolo eventual, cuando el receptor realiza sus actos

a pesar de haberse representado como altamente probable que los efectos tienen su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, es decir cuando el origen ilícito de los bienes receptados aparezca con un alto grado de probabilidad, dadas las circunstancias concurrentes (SSTS. 389/97 de 14 de marzo EDJ 1997/2564 y 2359/2001 de 12 de diciembre EDJ 2001/56023, entre otras). Este conocimiento, como hecho psicológico, es difícil que pueda ser acreditado por prueba directa debiendo inferirse a través de una serie de indicios, como la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios (SSTS. 8/2000 de 21 de enero y 1128/2001 de 8 de junio, entre otras).» Es decir, lo que exige el tipo penal, y así lo entiende la jurisprudencia, es tener conocimiento o, al menos, se le representa como probable, que procede de un delito contra el patrimonio, no que sepa o conozca cómo se ha cometido éste delito. Lo que es bien distinto, discrepando también de lo esgrimido por el recurrente, a que sepa o no sepa si se trató de un hurto o de un robo, o si para acceder al lugar donde estaba se utilizó fuerza, porque ello forma parte del elemento objetivo del tipo, esto es, sólo si el bien procede de un delito, y concurren el resto de requisitos, la conducta es típica, puesto que si procede de una infracción que sólo alcanza la calificación de falta, y no hay habitualidad, no nos encontramos ante un supuesto de receptación. Lo que queremos decir es que estamos hablando de requisitos distintos, uno objetivo que viene determinado porque el bien proceda de un delito contra el patrimonio, o falta si hay habitualidad, y otro elemento subjetivo que implica el conocimiento de que ese bien tiene un origen ilícito, pero en absoluto puede confundirse el elemento objetivo del tipo, que si no se da no existe el delito, con que el imputado tenga que conocer cómo se cometió esa infracción, ni mucho menos su calificación jurídica, puesto que ello pertenece al elemento objetivo. En este sentido añadir, que quedó probado en el juicio que el ordenador procedía de un delito de robo, no de una falta, pues cómo reconoció el autor de la sustracción en el acto del juicio, lo vendió inmediatamente después de haberlo sustraído, sustracción que se produjo en el interior de una tienda a la que accedieron forzando la puerta, como él mismo declaró ante la guardia civil y ratificó en el acto del juicio. Luego el bien no procedía de una infracción constitutiva de falta sino de delito.

Sentadas las anteriores premisas, debemos examinar si ha resultado acreditado que el imputado conocía la procedencia del bien adquirido. La juez a quo examina los hechos probados e infiere de los mismos que el imputado tuvo conocimiento de su procedencia ilícita, conclusión que comparte la Sala. En efecto, es cierto que el imputado ante la Guardia Civil y en fase de instrucción reconoció haberle comprado el ordenador a Erasmo y a otra persona que no conocía en el portal de su casa, pero también afirmó desconocer que era robado, aunque a la primera sesión del acto del juicio no compareció para mantener su versión de los hechos, sólo al darle la última palabra, lo hizo. Sin embargo, a juicio de la Sala hay un testigo de excepción que afirma con contundencia cuando se le preguntó en el acto del juicio, y a nuestro entender, con total credibilidad, «...que le preguntó de quién era y le dijo que era robado...que le dijo que lo robo en esa tienda, le contestó que vale...no le dijo cómo entró y le dijo que tenía contraseña y le dijo que vale...no le dio explicaciones cómo lo hizo». Luego, resulta claro con la declaración de este testigo, que supo su procedencia ilícita, sin que el hecho de que él prestara su primera declaración como imputado le prive de veracidad, cuándo en el acto del juicio oral, donde ha declarado como testigo, ha ratificado

todo lo que dijo sin contradicciones, máxime cuando, a diferencia de lo que entiende el letrado, en nada le beneficia decir si le dijo al comprador el origen del ordenador o no se lo dijo.

Sin perjuicio de lo anterior, también estamos de acuerdo con la juez a quo, en que existen otros hechos objetivos y periféricos de los que inferir ese conocimiento. Así, las circunstancias del tiempo y lugar donde se llevó a cabo la venta. La puerta de su casa no es ningún lugar destinado a la venta, como es inusual que una venta se lleve a cabo de madrugada, sobre las 02:00 h, sin que sean lógicas o razonables los motivos esgrimidos al respecto, por cuanto aunque les hiciese falta el dinero para irse, no es el momento de ir a vender un bien si su procedencia es lícita, y, además, no tendría tanta prisa para marcharse cuando le dio sólo 80 euros y pensaba darle después otros 10. A ello debemos sumar que aunque se tratase de un bien usado, con la conocida pérdida de valor de los bienes informáticos en poco tiempo, no deja de ser un precio llamativo, al igual que también lo es que se lo vendiese con clave o encriptado, puesto que si era del vendedor, lo normal es que le dijese la contraseña o se lo vendiera sin ella, lo que demuestra que le está vendiendo un bien que no era suyo. En definitiva, la Sala entiende, como lo hizo la juez a quo, que ha resultado probado que conocía la procedencia ilícita del ordenador...» (SAP de Albacete 311/2015, de 1 octubre [ARP 2015\1055]).

* * *

«...Por otro lado, como dice la STS n.º 476/2012 de 12 de junio, «el conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, del que proceden los efectos objeto de aprovechamiento, no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, ni implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni siquiera el «nomen iuris» que se le atribuye (si proceden de un robo, un hurto o una estafa, por ejemplo), pues no se requiere un conocimiento técnico bastando un estado de certeza que equivale a un conocimiento por encima de la simple sospecha o conjetura», añadiendo que «si bien el delito de receptación es necesariamente doloso, puede ser cometido tanto por dolo directo (conocimiento con seguridad de la procedencia ilícita de los efectos), como por dolo eventual, cuando el receptor realiza sus actos a pesar de haberse representado como altamente probable que los efectos tienen su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, es decir cuando el origen ilícito de los bienes receptados aparezca con un alto grado de probabilidad, dadas las circunstancias concurrentes». En el mismo sentido de considerar suficiente el dolo eventual la STS n.º 37/2004 de 19 de enero.

En el caso presente existían lazos familiares entre el acusado y la menor autora del hurto de las joyas (una hija suya estaba casada con un hermano de la joven) que convertían en razonable que, ante lo extraño que resulta que una joven de 13 años solicite cooperación para la venta de aquellas alegando tener problemas con otros jóvenes, no se consultara con su madre para darle cuenta de lo que pretendía su hija y las razones que aducía para ello, así como cerciorarse de si las joyas las había efectivamente heredado como se sostiene que le dijo, lo que aún de ser cierto le debía resultar extraño por la menor edad de la misma y por lo tanto la imposibilidad de disponer por sí sola de ellas. Sin embargo, sin tener en cuenta igualmente el absurdo de la tesis de los chicos rumanos, pues nada hubiera impedido a la menor entregarles directamente las joyas, prefirió no tomar precaución alguna, dando ahora explicaciones que no explican de forma satisfactoria su intervención en la venta de las joyas hurtadas, por lo que a la vista de las circunstancias concurrentes, es razonable con-

cluir que conocía que la procedencia de los bienes no era lícita, al menos en el ámbito del dolo eventual, que se ha considerado suficiente para el delito de receptación..» (SAP de Castellón de la Plana 320/2015, de 14 septiembre [JUR 2015\271178]).

* * *

«...En primer lugar y por lo que respeta al aducido desconocimiento por el acusado de la procedencia ilícita de las joyas por éste vendidas a un tercero, ha de ponerse de manifiesto que la prueba de dicho extremo, al tratarse de un elemento subjetivo del tipo, salvo la confesión por el interesado, solo puede objetivarse en virtud de un juicio inductivo, ex post facto y a la vista de la concurrencia de una serie de indicios que permitan alcanzar con suficiente contundencia el juicio de certeza al respecto (SSTS 1483/2002, 19-9; 37/2004, 19-1), siendo indicios habitualmente utilizados para ese juicio de inferencia, entre otros, la irregularidad en el modo de adquisición, lo inverosímil de las explicaciones dadas para justificar la tenencia del bien sustraído, mediación de un precio vil o ínfimo, clandestinidad de la adquisición, realizada al margen de los circuitos normales (SSTS 1483/2002, 19-9; 139/2009, 24-2), debiendo partirse en el caso de autos del dato acreditado de la sustracción a su propietaria, la testigo D.^a Inés —por el procedimiento del tirón—, el mismo día de la venta de la joya, no aportando el acusado ningún dato que permita deducir ese desconocimiento o llevar a la duda al tribunal, sin que las manifestaciones vertidas por el apelante— referidas a que le fueron entregadas por dos menores, de los que sabe se llaman Luis Miguel y Juan Ignacio, para que procediese aquel a su venta, refiriéndoles éstos que eran de la madre de uno de ellos y que no procedían directamente a su venta porque eran menores y no podían hacerlo—, puedan tener la eficacia probatoria pretendida por el recurrente, estando tales manifestaciones huérfanas de prueba, resultando, por otro lado, inverosímil la versión de hechos ofrecida por el mismo. En cualquier caso, como expresa la Sentencia recurrida, semejante explicación, la supuestamente dada por lo menores, debiera de haber levantado en el acusado, como mínimo, sospechas sobre la realidad de la misma, resultando evidente que ningún interés mostró por ello, asumiendo, por tanto, el origen de las joyas, sea cual fuere. Por otro lado, tal y como viene estableciendo la Jurisprudencia (SSTS 56/2006, 25-1; 57/2009, 2-2), no es necesario el conocimiento pormenorizado del hecho punible del que proviene el efecto receptado, sino tan solo un conocimiento del origen delictivo del mismo, no quedando excluida la comisión del delito ahora comentado por dolo eventual, siendo suficiente que el autor haya tenido que representarse el peligro de que con su acción se realice el tipo objetivo, es decir, la adquisición de un efecto procedente de un delito contra el patrimonio o imaginar la posibilidad de su procedencia o que el origen ilícito del bien aparezca con alto grado de probabilidad dadas las circunstancias concurrentes (SSTS 139/2009, 24-2; 56/2006, 25-1).

En segundo término, considera el apelante que no ha quedado acreditado el ánimo de lucro. Pues bien, aun cuando el acusado en la vista oral negó haber recibido cantidad alguna por llevar a efecto la venta de las referidas joyas, es lo cierto que recibió del comprador 320 euros (por la venta de la cadena y colgantes sustraídos a Inés y otras joyas de ignorada procedencia) y, en todo caso, aun cuando se admitiere que entregó dicha cantidad a los menores aludidos en su versión de hechos, no puede pasarse por alto que cuando declaró el acusado en fase de instrucción admitió abiertamente haber recibido 10 euros por la gestión de la venta de las repetidas joyas (fol. 126, T. 2), sin que pueda ser acogido el alegato del recurrente, referido a que la cantidad de 10 euros es tan exigua, que no puede ser considerada como integradora del ánimo de lucro, y ello por cuanto, en todo caso, ese ánimo viene representado, tal y

como tiene establecido la Jurisprudencia, por cualquier ventaja, beneficio o utilidad, incluyendo el aprovechamiento mismo del objeto(STS 1583/1998, 16-12)...» (SAP de Valencia243/2015, de 8 abril [JUR 2015\144264]).

16.3. El delito de blanqueo de capitales

16.3.1. Tipo básico (Art.301.1 y 2)

16.3.1.1. Casos Prácticos

CASO N.º 257

Abilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, con residencia en Cuba desde el año 1999, se trasladó a España por unos once días en el mes de octubre del año 2009. Durante su estancia en Barcelona en ese periodo de tiempo, contactó con Dimas (a quien no afecta esta resolución por haber sido previamente enjuiciado en este procedimiento) quién le pidió que efectuara unos ingresos en metálico en cuentas bancarias, a lo que el acusado se prestó.

Previamente a llevar a cabo los ingresos en cuestión, se personó en el despacho profesional de Dimas, sito en la Calle C, planta 0, puerta X, de la Ciudad A. El día 26 de octubre de 2009, el acusado realizó un ingreso por importe de 50.038, 88 euros en la cuenta corriente... de la entidad Banco/Caja, oficina ..., de la que era titular la mercantil A0000 0000T SL, en billetes de baja denominación facial y por el concepto de «pago cuenta casa núm.000 Ibiza», y otros 49.203,94 euros también en efectivo y nuevamente en billetes de esas mismas características, en la misma cuenta pero en la oficina... en concepto de «pago cuenta casa núm.001 Ibiza». Ese mismo día, efectuó un tercer ingreso en efectivo, con dinero fraccionado en las mismas condiciones, por importe de 49.203,94 euros, en la cuenta...de la mercantil AAA SL, abierta en el Banco Popular, oficina..., y finalmente, esa misma fecha realizó un cuarto ingreso también en metálico por importe de 50.038,88 euros, pero en la oficina..., asimismo, en billetes de baja denominación facial.

El importe global de las operaciones ascendió a la suma de 198.539,64 euros, sin que de ese montante la suma de 41.000 euros fuera propia del acusado y que los ingresase para la adquisición de un apartamento en Ibiza, por estar la promotora inmobiliaria en quiebra, aventurándose a realizar la inversión en pago del precio de vivienda alguna. No le consta titularidad inmobiliaria en Ibiza.

Asimismo, el acusado no tenía ninguna otra relación comercial que justificase la realización de tales ingresos ni ninguna relación de dependencia o mercantil con Dimas, que es la persona de la que partió el encargo a Abilio.

El acusado, por el importe global que ingresó en efectivo y su baja denominación facial, tratase de cuatro operaciones que realizó en un mismo día en distintas sucursales bancarias, careciendo de relación alguna con la entidad A0000 00000T, destinataria de los fondos ingresados, estaba al tanto de la procedencia ilícita de los mismos, sin que no obstante ello supiera que provenían del tráfico de drogas.

El acusado viene cobrando, al menos desde el año 2005, una pensión procedente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por importe anual entre 21.505,12 euros y 24.071,04 euros, siendo los ingresos que le figuran en la cuenta de la Caja de Ahorros y Pensiones, con número 002, los procedentes por dicho concepto. No le constan otros ingresos distintos.

CASO N.º 258

Gerardo Saturnino mantuvo en el periodo temporal comprendido entre octubre de 1997 y diciembre de 2003 una relación sentimental con Brígida Inocencia. Brígida Inocencia fue condenada en sentencia de 31 de enero de 2003 firme en fecha 13 de abril de 2007, dictada por la Audiencia Nacional Sección 3.ª por la comisión de un delito de blanqueo de capitales y es hija de Alejandra Rosa, condenada en sentencia de 31 de enero de 2003 firme en fecha 13 de abril de 2007, dictada por la Audiencia Nacional Sección 3.ª por la comisión de un delito de blanqueo de capitales y sentencia de 30 de noviembre de 2004, firme en fecha 29 de mayo de 2006 dictada por la Audiencia Nacional Sección 3.ª por la comisión de un delito contra la salud pública y nieta de Raimundo Cayetano, condenado por sentencia de 31 de enero de 2003 firme en fecha 13 de abril de 2007, dictada por la Audiencia Nacional Sección 3.ª por la comisión de un delito de blanqueo de capitales, en sentencia de fecha 4 de febrero de 1999 firme en fecha 6 de julio de 2001, dictada por la Audiencia Nacional Sección 3.ª por la comisión de un delito de elaboración, tenencia o tráfico de drogas.

Gerardo Saturnino fue acusado por el Ministerio Fiscal como autor de un delito contra la salud pública, delito del que fue absuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de fecha 30 de octubre de 2002.

Gerardo Saturnino y su hermana África Zaida durante el periodo que abarca desde octubre de 1997 a diciembre de 2003 realizaron las siguientes adquisiciones y construcciones: África Zaida adquirió la finca urbana situada en Dirección000, Dirección001, Vilagarcía de Arousa, Pontevedra, inscrita en el Registro de la Propiedad de Vilagarcía de Arousa como rústica en el Tomo núm.012 Libro núm.013 Folio núm.014, Finca núm015 adquirida a Aquilino Pelayo en escritura pública el 6 de julio de 2001 por el precio según escritura de 14500000 pesetas (87146,76 euros), sobre la que se comenzó a edificar un chalet unifamiliar, realizándose la declaración de obra nueva en escritura de 1 de septiembre de 2003 y constituyéndose hipoteca en el Banco G por un principal de 90000 euros.

Dicha edificación ha sido valorada a fecha diciembre de 2003 en la suma de 557.926,78 euros (92.831.205,217 pesetas).

Nave industrial denominada nave 2 en el polígono agroindustrial de Cabanela, Ribadumia, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cambados y adquirida a Santos Marcial en el año 2002 por un precio declarado de 10.000.000 de pesetas (60.000 euros). La nave fue adquirida en construcción, finalizando la misma en el año 2004 y se ha valorado en la suma de 291.822,10 euros (48.555.111,93 pesetas).

Previamente al citado periodo, mediante escritura pública de fecha 10 de marzo de 1997, África Zaida adquirió la finca urbana sita en la Calle000 núm.007, en Vilagarcía de Arousa, inscrita en el Registro de la Propiedad de Vilagarcía de Arousa en el Tomo núm.008, Libro núm.009, Folio núm.010, Finca n.º 011, a la mercantil Vitorga SL por el precio declarado en escritura de 8245080 pesetas declarando la vendedora haber recibido 1.695.080 pesetas y subrogándose África Zaida en el crédito hipotecario de CAJA... por un importe de 6.550.000 pesetas (39.366,29 euros). La finca ha sido valorada en la suma de 36.481,19 euros en 1997.

Por su parte, Gerardo Saturnino adquirió mediante escritura pública de fecha 10 de marzo de 1997, la finca urbana sita en la Calle.000 n.º 006 de Vilagarcía de Arousa, inscrita en el Registro de la Propiedad de Vilagarcía de Arousa en el Tomo núm.008, Libro núm.09, Folio núm.017, Finca n.º 018, a la mercantil V. SL por un precio según escritura de 8.245.080 pesetas, subrogándose Gerardo Saturnino en el crédito hipotecario de CAJA... por un importe de 6.550.000 pesetas (39.366,29 euros). La finca fue

transmitida mediante escritura pública de fecha 15 de enero de 2003 a Romualdo Gerónimo y a Yolanda Zaira por un precio de 54.091,09 euros. La finca ha sido valorada en la suma de 36.481,19 euros en 1997 y 64.420,20 euros en 2003.

No consta acreditado que en el periodo comprendido entre octubre de 1007 a diciembre de 2003, Gerardo Saturnino y África Zaida obtuvieran ingresos externos procedentes del narcotráfico.

CASO N.º 259

Juan Luis, nacido el núm.000 de 1965 y ejecutoriamente penado por sentencia firme de 18 de junio de 2009 por delito contra la salud pública, el 1 de octubre de 2010 adquirió la embarcación neumática semirrígida de aproximadamente de 17 metros de eslora, con 2 motores de 450 CV cada uno, bandera italiana y matrícula marroquí...-TIQE-....-W, por el precio de 60.00 euros a la empresa sita en Alicante y denominada Duenme Yatch Broker Spain.

La embarcación ha sido valorada pericialmente entre 250.000 y 280.000 euros.

No consta que el acusado tenga ingresos para la adquisición, matriculación y mantenimiento de la embarcación.

Sobre las 05.50 horas del día 21 de octubre 2010 y procedente del puerto marroquí de Saidia, la embarcación citada entró en el Puerto Deportivo de Melilla, bajo bandera italiana y tripulada por Santiago, quien carecía de titulación para ello, y en la que también viajaba José Francisco, ejecutoriamente condenado por sentencia firme por delito contra la salud pública cometido el 27 de octubre de 2010, por transporte de hachís en una embarcación procedente de Saidia, y una tercera persona no identificada.

José Francisco, contaba con una autorización escrita del acusado para utilizar la embarcación y hacer todas las formalidades portuarias y aduaneras que fueren necesarias.

La embarcación fue adquirida por el acusado por encargo de terceras personas, con dinero procedente de actividades procedentes del tráfico ilegal de drogas.

CASO N.º 260

Como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por la Unidad Blanqueo de Capitales (UDYCO), se tuvo conocimiento que el acusado Santiago, alias «Cojo» y «Pelirrojo», mayor de edad, con NIE núm.006, de nacionalidad colombiana, en situación regular en España y sin antecedentes penales, se dedicaba al tráfico de cocaína, actividad en la que en alguna ocasión colaboró el también acusado Basilio, alias «Sardina» y «Pelos», mayor de edad, con NIE núm.000, de nacionalidad colombiana, en situación legal en España y sin antecedentes penales, sin que conste la cantidad concreta de droga que en virtud de dicha colaboración Basilio distribuyó entre terceros, ni el valor de dicha sustancia en el mercado ilícito.

Así, sobre las 13.45 horas del 14 de noviembre de 2013, el acusado Santiago fue detenido cuando llegaba a su domicilio sito en la Calle.002 núm.002-núm.008 de Madrid, interviniéndole en la mochila que portaba 4 cilindros de cocaína con un peso neto de 3.770,6 gramos, una pureza entre el 67,7 % y el 76,3% y un valor de mercado de 396.507,8 euros.

Por Auto de 14 de noviembre de 2013 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Torrejón de Ardoz se acordó la entrada y registro en el citado domicilio del acusado Santiago, ocupando 4.381 gramos de cocaína con una pureza entre el 1.6% y el 90.2 %, valorada en 40.299,06 euros, una presa de hierro, un gato, tres básculas, una tanita, moldes de

metacrilato, bolsas de vacío, rollos de plástico, cinta adhesiva, garrafas de disolvente, 25 litros de acetona, sustancias utilizadas en la manipulación de la droga, un cuaderno con anotaciones, y 225.995 euros producto de la actividad ilícita a la que venía dedicándose.

Parte de las ganancias que el acusado Santiago obtenía por la actividad ilícita a la que venía dedicándose era entregada a terceras personas para que las enviaran fuera de España a personas que actuaban en connivencia con el acusado. Así los acusados Cayetano, mayor de edad, con DNI núm.009 y sin antecedentes penales, Sabino, mayor de edad, con DNI núm.015 y sin antecedentes penales, y Dolores, mayor de edad, con DNI núm.013 y sin antecedentes penales, que no actuaban de común acuerdo entre ellos, y que sin conocer la actividad ilícita a la que se dedicaba Santiago, pero obviando toda precaución acerca de la procedencia de su patrimonio, entre los meses de mayo a noviembre de 2013, realizaron varios giros postales al extranjero ordenados por Santiago y a favor de las personas que éste les indicaba. Concretamente, el acusado Landelino efectuó entre el 4 de mayo al 18 de octubre de 2013, 11 envíos por importe total de 9.168 euros a favor de los hermanos Octavio y Esther; Cayetano efectuó, entre el 5 de junio y el 16 de agosto de 2013, tres envíos por importe total de 3.250 euros a los mismos destinatarios; Sabino efectuó los días 31 de mayo y 7 de junio de 2013, dos envíos por valor de 1.700 euros a favor de los hermanos Octavio y Esther; y Dolores realizó entre el 26 de junio y el 17 de julio de 2013, varios envíos a favor de Alberto y Adela, por un total de 2.895 euros.

16.3.1.2. *Jurisprudencia*

«...El motivo segundo se formula al amparo del artículo 849.1 de la LEcrim., por inaplicación de los artículos 301.1 párrafo II, 16.1 y 62 CP, por cuanto, al tratarse la modalidad de blanqueo de capitales, recogida en el artículo 301.1 párrafo II, de un delito de resultado, no habiéndose producido el mismo, el delito ha de apreciarse en grado de tentativa.

1. Alegaciones del recurrente

La sentencia impugnada le condena como autor de un delito de blanqueo doloso del artículo 301 del Código penal, pero sin especificar de qué concreta figura típica se trata. Aunque por la pena impuesta es posible inferir que se trata de alguno de los supuestos incluidos dentro del primer apartado del artículo 301, lo cierto es que este, según ha declarado con gran precisión conceptual la STS de 6 de febrero de 2014, recoge figuras distintas. Por un lado, una relativa a los supuestos en los que se efectúan operaciones directas con los bienes sobre los que se actúa; por otro lado, una distinta relativa a los actos de ocultación o encubrimiento que no suponen una operación directa sobre los bienes. En el ámbito de un recurso de casación, la anterior diferenciación no tendría relevancia si la misma no supusiera consecuencias prácticas. Ocurre, sin embargo, que tales consecuencias prácticas se dan y en grado sumo: tratándose de un delito de actividad la subsunción de un supuesto dentro del artículo 301.1.I CP no exige la acreditación de la existencia de resultado alguno; por el contrario, la subsunción del caso en el artículo 301.1.II CP impone acreditar que se ha producido el resultado de ocultación o encubrimiento efectivo de los bienes de proceden-

cia ilícita. Se señalan, a continuación, algunos párrafos de la sentencia sobre el acaecer fáctico. Así, en la página 1.876 del tomo IV el Tribunal afirma:

«Se imputa al procesado Jacinto Desiderio un delito continuado de blanqueo de capitales, al dar cobertura desde su posición predominante de Director de una sucursal bancaria al afloramiento de cantidades obtenidas ilícitamente por su cuñado Don. Leoncio Segundo, por un total de 646.033,19 euros». Igualmente, en el tomo IV, p.p. 1.876 y 1.877, se afirma que efectivamente concurren en el presente supuesto los elementos esenciales del tipo delictivo imputado al Sr. Jacinto Desiderio: actos típicos de colaboración al ocultamiento de cantidades procedentes de un delito grave. Añadiéndose en la página 1.877 del mismo tomo IV que la Sala ha de resaltar la situación predominante y privilegiada que le ofrecía su puesto de dirección en la entidad bancaria para facilitar la operación preparada por su cuñado Leoncio Segundo. Adicionalmente, en la sentencia se da como hecho probado que los billetes de lotería ingresados en las cuentas de la sucursal dirigida por el Sr. Jacinto Desiderio fueron adquiridos exclusivamente por Don. Leoncio Segundo, según puede leerse, entre otros lugares (páginas 1.860 y 1.878), en la página 1.858 de la resolución recurrida. Asimismo, en diversos lugares de la sentencia se refiere que fue también el Sr. Leoncio Segundo quien ingresó las sumas procedentes de tales boletos premiados en las cuentas corrientes de las Sras. Micaela Julieta y Consuelo Beatriz, su mujer e hija, respectivamente (tomo II, p. 389, reiterándose en p. 824) y (tomo IV, p. 1.888).

Así pues, por un lado, tenemos el hecho de que se ha declarado probado que la operación directa sobre los bienes, la compra de los billetes con el dinero proveniente de un hecho ilícito, la llevó a cabo el Sr. Leoncio Segundo, quien ingresó las sumas de ellos procedentes en las cuentas corrientes de las Sras. Micaela Julieta y Consuelo Beatriz, su mujer e hija, respectivamente. Y, por otro, tenemos las expresivas palabras usadas por la resolución que se impugna: «dar cobertura», «facilitar» y «colaborar», que claramente no remiten a un hecho propio, sino a la intervención ocultadora o encubridora posterior a la conducta de operación directa sobre los bienes procedentes de delito (la compra con ellos de los boletos premiados).

Dado lo que se acaba de exponer, es claro que la conducta del recurrente se ha de subsumir en el artículo 301.1.II CP, y no en el primer apartado del mismo precepto. Lo cual, en aplicación de la doctrina jurisprudencial ya indicada, implica que ha de atenderse a sí la conducta en cuestión consiguió su resultado.

La respuesta, a juicio del recurrente, es negativa, como lo demuestra el hecho de que el ingreso de tales billetes fue rápidamente rastreado y acreditado por la propia entidad, como igualmente lo habría sido, con toda seguridad, por parte de la Agencia Tributaria, si previamente no se hubiera detenido al Sr. Leoncio Segundo y se hubieran seguido las indagaciones de la causa.

Fracasado el ocultamiento, y por tanto imperfecto el actuar delictivo, entiende el recurrente que nos encontraríamos, si se estima el primer motivo, ante un delito imprudente en tentativa, y por lo tanto debería decretarse la impunidad de la conducta, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico no es punible la imprudencia en grado de tentativa. En caso contrario, dado que se está ante un supuesto del artículo 301.1. en grado de tentativa, en aplicación del artículo 63 del Código Penal, la pena impuesta al Sr. Jacinto Desiderio habrá de ser rebajada en uno o dos grados en atención, según impone dicho precepto, «al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado»; considerando el recurrente que una mera omisión del deber de dar noticia de la operación, que sin embargo quedó perfectamente registrada, tanto de forma impresa, como informática, no puede por menos que considerarse poco peli-

grosa (cuando no «chapucera»); siendo igualmente limitado el grado de ejecución, pues sólo se omitió la comunicación referida, sin llevar a cabo ni una sola conducta activa de ocultación alguna.

2. Las pretensiones del recurrente no puede ser acogidas

Su conducta, que consiste en concertarse con el Sr. Leoncio Segundo para que éste ingresara, en la sucursal bancaria que dirigía, los billetes de lotería premiados, que aquél había adquirido con fondos procedentes de su actividad delictiva, tal como el recurrente conocía, es subsumible en el párrafo primero del artículo 301 del Código Penal, pues a través de ella aquellos fondos, los ilícitos, se «convierten» en lícitos, mediante la adquisición de un billete de azar premiado, que dará lugar al cobro del premio correspondiente. Propiamente pues no solo se oculta o encubre el origen delictivo del bien en cuestión, en este caso una suma dinero en efectivo, sino que este se «transforma» en algo lícito, como sería un premio procedente de un juego de azar.

Porque esta conversión ciertamente se realizó, ingresando en la entidad bancaria que dirigía el recurrente los distintos premios, la consumación del delito no admite dudas. Cabe destacarse en este sentido, dada la mención que se hace en el mismo que, como con acierto señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso, poco o nada tiene que ver con el de autos el supuesto de hecho contemplado en la STS 56/2014, de 6 de febrero.

Es más, aún cuando subsumiéramos la conducta imputada al recurrente en el número dos del artículo 301 del CP, entendiendo que la misma lo que hace es solo encubrir u ocultar el origen ilícito del dinero, tampoco podríamos hablar de tentativa, pues, como hemos dicho, dicha ocultación, sin perjuicio de que luego fuera descubierta, se consumó. Los boletos premiados se compraron y los premios correspondientes se ingresaron en la sucursal bancaria en cuestión; descubriéndose el delito en la fase de agotamiento del mismo, no antes...» (STS 413/2015, de 27 julio [ROJ: STS 3177/2015])³⁹.

* * *

«...El noveno motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 301 del Código Penal, que ha sido indebidamente aplicado al recurrente, al considerar objeto del blanqueo el efecto material de un hecho atípico. Argumenta que la conducta de usar información privilegiada por el Sr. Hernán ha resultado atípica, y por tanto no puede ser utilizado el objeto de su enriquecimiento injusto ex artículo 122 CP como delito precedente del delito de blanqueo. La sentencia de esta Sala núm. 227/2015, de 6 de abril, recuerda que el art. 122 CP define al tercero a título lucrativo como aquel que se ha beneficiado en los efectos del delito o falta sin haber participado en el mismo ni como autor ni como cómplice. Por tanto el tercero a título lucrativo se define por las siguientes notas: a) Nota positiva el haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta. b) Nota negativa no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el art. 116 y no el 122 CP. c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna. d) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto, sino que

³⁹ Caso G.I.L.(Id Cendoj: 28079120012015100427).

tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita —art. 1305 CCivil—. En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita —STS 324/2009 de 27 de marzo —.e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material —o cómplice— del delito pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento / enriquecimiento lucrativo que haya tenido. f) La acción civil contra el partícipe por título lucrativo del delito de apropiación —como es el caso de autos— al tratarse de una acción personal está sujeta a los plazos de prescripción de tales acciones y el día inicial para el cómputo coincide con el inicio de la causa penal —STS 600/2007—. Ello supone, que la acción contra el partícipe a título lucrativo, efectivamente es de naturaleza civil; pero derivada inexcusablemente del aprovechamiento de los efectos del delito. Por su parte, el artículo 301 CP, se complace con que recaiga sobre bienes que tienen su origen en una acción delictiva. Por tanto, requisito de la cognoscibilidad añadido, ningún problema dogmático existe a que no haya mediado condena por el delito previo o que meramente hubiera mediado condena civil, siempre que efectivamente los bienes sobre los que recae la acción (en este caso para ocultar) tengan su procedencia en una acción delictiva como es el caso. Pero sucede además, que en autos, no sólo ha resultado acreditado esa procedencia delictiva, sino que ha mediado condena por suministro de información privilegiada, donde la cantidad objeto de sucesivas transferencias con la que se pretende ocultar, ha sido originada con la utilización por tercero de la información suministrada por el propio recurrente, donde el elemento subjetivo del conocimiento del referido origen, resulta por tanto absolutamente facilitado. Asertos, desde los cuales, resulta intrascendente, al margen de cuál fuera la calificación adecuada, que el Sr. Hernán hubiera sido condenado como cooperador necesario, como cómplice o meramente como partícipe lucrativo, pues en cualquiera de esos supuestos, los bienes, necesariamente encuentran su origen en una acción delictiva...» (STS491/2015, de 23 julio [RJ 2015\3705]).

* * *

«...Previamente conviene hacer una breve referencia al delito de blanqueo de capitales su conducta típica y elemento subjetivo. Como expresa la reciente sentencia de esta Sala núm.265/2015, de 29 de abril y la 506/2015, de 27 de julio que la incorpora: «El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. Inconcreto el art.301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

No nos encontramos, dice el TS, como hasta ahora se venía sosteniendo, en el 301 1.º ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpre-

tación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio «non bis in ídem» en los supuestos de auto blanqueo.

Por el contrario el art 301 1.º CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva —razona el TS—, evitamos excesos, como los de sancionar por auto blanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo (criterio éste que fue el seguido por esta Sala en el caso Noos (Auto de 7 de noviembre de 2014) a la hora de examinar los recursos contra el auto de transformación a procedimiento abreviado).

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido».

Por lo que al elemento subjetivo se refiere, en este ilícito se suscitan una serie de cuestiones: el grado de conocimiento de la antijuridicidad del hecho; la conducta dolosa admite el dolo directo o sólo el dolo eventual; determinar para qué tipo de bienes se requiere este conocimiento, de entre los posibles que se integran en el objeto material; la última cuestión es decidir si la modalidad imprudente del artículo 301.1 CP es de aplicación a un determinado tipo de sujetos activos, o si engloba al resto de los ciudadanos. A continuación trataremos de dar respuesta a cada una de ellas:

1. Grado de conocimiento de la antijuridicidad: El debate doctrinal es si se requiere que el sujeto conozca que su comportamiento transgrede el ordenamiento jurídico o si, contrariamente, se exige el conocimiento de la antijuridicidad de su actuación, sabiendo que infringe normas jurídico penales. La STS de 14 de septiembre de 2005 ha admitido la primera visión, al estimar que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave.
2. Dolo directo o eventual: el primero que requiere un conocimiento de la procedencia ilícita de los mismos (SSTS 13.01.2006 y 14.12.2005, entre otras). Y en el segundo no es preciso un conocimiento exacto del delito base, bastando con comprender la anormalidad de la operación a realizar (SSTS 26.12.2006, 14.09.2005 y 19.01.2005 entre otras). La doctrina jurisprudencial acepta sin reservas la aplicación del dolo eventual en los delitos de blanqueo (SSTS: 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2017, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo; 202/2006, de 2 de marzo; 1070/2003, de 22 de julio; 2545/2001, de 4 de enero, etc.).

En los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese

a ello por serle indiferente dicha procedencia (*willful blindness*), realizando actos idóneos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. En la imprudencia se incluyen los supuestos en los que el agente actúa sin conocer la procedencia ilícita de los bienes, pero por las circunstancias del caso se encontraba en condiciones de sospechar fácilmente la ilícita procedencia y de evitar la conducta blanqueadora sólo con haber observado la más elemental cautela, es decir sus deberes de cuidado.

3. Tipo de bienes: El conocimiento de la procedencia se requiere tanto para bienes procedentes directamente del delito previo, como procedentes indirectamente, y que han sido transformados bienes sustitutivos, así como para aquéllos que ya han sido sometidos a proceso de blanqueo de bienes en cadena. Además, este conocimiento debe existir en el momento de la consumación del delito, es decir, ha de ser previo o simultáneo a su comisión, pues la conciencia posterior del hecho no será relevante, al no surtir efectos retroactivos.
4. Modalidad imprudente: El artículo 301.3 CP prevé la posibilidad de ocurrencia de supuestos de imprudencia grave en casos de error de tipo vencible respecto de la procedencia u origen de los bienes, cuando el sujeto se posiciona en una situación de «no querer saber», actuando descuidadamente, incluso sin ánimo de enriquecimiento, aplicándose en tal caso lo dispuesto en el artículo 14.1 CP. Como argumenta la STS de 10 de enero de 2000 incurre en responsabilidad quien actúa con «ignorancia deliberada», respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo. La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente del artículo 301.3 CP radica en la «zona de duda»: mientras que en el dolo eventual el autor asumirá penalmente el resultado sobrevenido, en la culpa consciente no se producirá dicha asunción, al confiar el sujeto en que no se dará el resulta típico.

Según criterio mantenido por el TS ha de estimarse que actúa imprudentemente quien ignora el origen ilícito de los bienes por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que impone el art 301 3.º. En efecto, es ampliamente mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la conclusión de que la imprudencia no recae sobre la conducta en sí misma, sino sobre el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes (SSTS 286/2015, de 19 de mayo; 412/2014 de 20 de mayo; 1257/2009, de 2 de diciembre; 1025/2009, de 22 de octubre; 16/2009, de 27 de enero; 960/2008, de 26 de diciembre y 103472005, de 14 de septiembre, entre otras). Este criterio es congruente con el hecho de que en esta modalidad imprudente, la pena no se eleva aunque los bienes procedan de delitos de tráfico de estupefacientes, corrupción o contra la ordenación del territorio, lo que indica que la imprudencia no recae sobre la conducta, sino sobre el conocimiento de la procedencia. Al criminalizar el comportamiento imprudente lo que persigue el legislador es que esa actividad de ocultación, encubrimiento o ayuda, cuando se realice sin conocimiento del origen delictivo de los bienes, pero con infracción grave del celo exigible para cerciorarse de la legitimidad de la inversión, sea igualmente castigada. Se trataría, en fin, de evitar la impunidad en aquellas ocasiones en que concurra un error de tipo vencible sobre el origen ilícito de los bienes o los fondos que se persiguen transformar (cfr. art. 14.1 CP), STS 257/2014, de 1 de abril.

- 5 Respecto a si el delito de blanqueo es o no un delito especial propio, La aplicación del blanqueo imprudente plantea la cuestión adicional de su naturaleza de delito especial o común. La cuestión ha sido tratada por el TS en la reciente sentencia antes citada 506/2015, de 27 de julio. En esta Sentencia nos indica el TS «que para quienes defienden la primera tesis, los particulares no podrían ser sujetos activos de esta modalidad delictiva, pues no puede imponerse a todas las personas un específico deber de cuidado acerca de los delitos que hayan podido cometer los terceros, por lo que el delito imprudente solo podría ser cometido por las personas y entidades a las que la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales, impone unos específicos deberes de vigilancia. Pero esta interpretación conlleva la consecuencia perversa o contraproducente de derivar al dolo eventual supuestos de blanqueos imprudentes cometidos por ciudadanos comunes, como el ahora enjuiciado.

El art 301 3.º no hace referencia alguna al sujeto activo, por lo que ha de aceptarse que configura un subtipo que puede cometer cualquiera. Los tipos dolosos a los que se remite el imprudente son tipos comunes, por lo que sin diferenciación expresa del Legislador no parece congruente configurar específicamente la modalidad imprudente como delito especial. Asimismo, en el art 576 4.º, LO 2/2015, de 30 de marzo, referido a la financiación del terrorismo, antes 576 bis, 2.º (LO 5/2010, de 22 de junio), y para castigar la modalidad imprudente, se hace expresa referencia a las personas específicamente sujetas por la ley para colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, por lo que ha de concluirse, como señala la mejor doctrina, que cuando el Legislador quiere limitar el castigo imprudente a los sujetos específicamente mencionados en la LO 10/2010, lo hace expresamente.

Y desde una perspectiva de la protección del bien jurídico, parece claro que todas las personas que omitan en el ámbito del blanqueo de capitales los más elementales deberes de cuidado (pues debe recordarse que solamente se sanciona la imprudencia grave) colaborando con ello al encubrimiento del origen ilícito de unos bienes o a ayudar a los responsables de un delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, vulneran el bien jurídico protegido...». Por todo ello concluye afirmando la Sentencia transcrita que el delito de blanqueo imprudente es un delito común...» (SAP de Palma de Mallorca 161/2015, de 29 octubre [ROJ: SAP IB 1887/2015])⁴⁰.

* * *

«...En nuestra STS n.º 1080/2010 de 20 de octubre dijimos: que el tipo penal del artículo 301.1 exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de bienes que tenga su origen en un delito; b) un acto, cualquiera que sea y, concretamente los de adquisición, conversión o transmisión de dicho bien; c) que ese acto tenga una finalidad que se tipifica bajo dos modalidades: d) ocultar o encubrir ese origen ilícito o d) que el partícipe en el origen ilícito eluda las consecuencias legales de su acto.

Obviamente el tipo subjetivo del injusto exige que el autor del blanqueo, además de con esos componentes subjetivos de la finalidad a la que dirige su comportamiento, actúe dolosamente. O, en otro caso, actúe por imprudencia grave.

La cuestión es si cualquier acto de «adquisición, conversión o transmisión» del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición,

⁴⁰ Caso «Relámpago». Id Cendoj: 07040370022015100530.

conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto «neutro» que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a elusión de consecuencias para adquirir relevancia-típica penal.

Para responder a la cuestión, la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal suscita dudas. La posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, de, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir, convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo. Por tanto tendría pena de seis meses a seis años incluso la mera entrega a un tercero ajeno al delito de un bien por muy escaso que sea su valor, por la exclusiva y simple circunstancia de proceder de un robo violento.

No parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo. Ni se compeadece con la definición extrapenal. La ley 19/1993 definía: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior, o de participación en los mismos, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aún cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado». Tampoco las definiciones dadas en el artículo 1.2 de la Ley 10/2010 coinciden con las conductas tipificadas en el artículo 301.1 del Código Penal, ni aún tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 5/2010. Son significativas las definiciones de aquella Ley que en el artículo 1.2.b) y, sobre todo, c) incluyen comportamientos no trasladados al Código Penal. Así la nueva adquisición o posesión de bienes procedentes de actividades ilícitas no constituye el tipo del artículo 301.1, si no va acompañada de la finalidad que el precepto penal, a diferencia del administrativo, exige.

Con independencia de las divergencias con su traducción en el precepto penal, es claro que la finalidad ha de estar presente en todo acto de blanqueo. Incluyendo la adquisición, conversión o transmisión. En la Sentencia de 8 de abril de 2010, ya decíamos que: el comportamiento típico puede adoptar diversas modalidades: a) adquirir, convertir, transmitir un bien sabiendo de su origen en un delito grave, que es la modalidad típica de blanqueo por la que bienes en el mercado ilícito entran en el de lícito tráfico jurídico; b) realizar cualquiera tipo de acto que tenga alguna de las finalidades típicas consistentes en ocultar o encubrir aquel origen o —como modalidad de encubrimiento—, procurar que quien participó en la infracción no eluda las consecuencias de su responsabilidad penal respecto de dichos bienes. No puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas. Político criminalmente disminuye el incentivo del comportamiento delictivo que sus autores no puedan disfrutar de lo ilícitamente obtenido logrando la apariencia de licitud que haga jurídicamente incuestionable dicho disfrute.

Y, en relación a la punición del autoblanqueo expuso nuestra STS núm. 265/2015, de 29 de abril, que el tipo penal sanciona específicamente el autoblanqueo, es decir el

blanqueo de ganancias que tengan su origen en una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador. Sobre esto no puede haber duda alguna, pues en primer lugar la doctrina jurisprudencial ya lo venía entendiendo así, (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 y SSTS núm.960/2008 de 26 de diciembre y núm. 313/2010 de 8 de abril, entre otras), y en segundo lugar el Legislador lo recalcó y precisó, precisamente para solventar la polémica doctrinal existente, en la reforma de 2010 del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio) incluyendo expresamente en el art 301 CP una doble modalidad de blanqueo, según la actividad delictiva haya sido cometida por la propia persona que realiza la actividad de blanqueo o por cualquier otra.

Admitida la punición del autoblanqueo es necesario, sin embargo, delimitar con precisión la conducta típica para evitar supuestos de doble incriminación.

En efecto aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no constituya un requisito típico del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo, y su ulterior disfrute, integran un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma por el mero hecho de adquirir, poseer o utilizar las ganancias obtenidas podría infringir la prohibición de doble incriminación. Por ello es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias. La esencia del tipo es, por tanto, la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo.

Esta posición restrictiva, que evita interpretaciones desmesuradas del delito de blanqueo, reiterando el criterio de la de 2010, se asume nuevamente en la STS n.º 506/2015 de 27 de julio. «El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

En concreto el art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La inclusión en la redacción típica de dos incisos («sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva», «cometida por él o por cualquier tercera persona»), conduce a algunos intérpretes de la norma a estimar, erróneamente, que la finalidad esencial del blanqueo (ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero) solo se predica de «cualquier otro acto», y no de todas las conductas descritas en el tipo. Desde esta posición se afirma que el mero hecho de poseer o utilizar bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, integra el delito de blanqueo, y se sostiene que el castigo del autoblanqueo constituye una vulneración del principio «non bis in ídem». Pero esta posición no puede considerarse acertada. Para comprender mejor la conducta típica conviene prescindir transitoriamente de estos dos incisos, y precisar las acciones que configuran el tipo como: el que adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto.... para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva». La esencia del tipo es, por tanto, la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad

u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo.

No nos encontramos, en consecuencia, en el 301 1.º ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio «non bis in ídem» en los supuestos de autoblanqueo. Por el contrario el art 301 1.º CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido»...» (STS 535/2015, de 14 septiembre [ROJ: STS 4269/2015])⁴¹.

* * *

«...Apuntada parte de la problemática que plantea la referencia a la actividad delictiva, o bien al delito antecedente, requisito necesario para definir el delito de blanqueo de capitales, ni siquiera acudiendo a la mayor amplitud que de que dota la modificación introducida tras la reforma de 2010, por referencia el antecedente a «actividad delictiva» y no a «delito», contaríamos en el caso que nos ocupa con este elemento normativo del tipo, indispensable, insistimos, para apreciar el delito de blanqueo.

B) Entre la jurisprudencia que ha tratado sobre este delito, hemos elegido la STS 220/2015, de 9 de abril, en cuyo FJ 9.º se mencionan los requisitos para que pueda prosperar una condena por el mismo. En él se puede leer lo siguiente: «Para la condena por un delito de blanqueo como por cualquier otro, es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen y aflorarlos en el mercado lícito; y, en el caso del tipo agravado, que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguna de esas cuestiones se puede «presumir» en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta.

⁴¹ Id Cendoj: 28079120012015100600.

Eso es muy diferente al hecho claro de que la realidad criminológica de este tipo de infracciones obligue en muchas ocasiones —y esto es una afirmación también tónica en la jurisprudencia (por todas, sentencias 1637/1999, de 10 de enero; 2410/2001, de 18 de diciembre; 774/2001, de 9 de mayo, o 1584/2001, de 18 de septiembre)— a acudir a la denominada prueba indiciarla. En materia de blanqueo vinculado al tráfico de sustancias estupefacientes será muy frecuente que el delito o delitos presupuestos no hayan podido ser esclarecidos, ni siquiera identificados en coordenadas concretas espacio-temporales. En efecto cuando esos delitos son abortados por la actuación policial, lo habitual es que no existan beneficios pues la sustancia suele ser intervenida y por tanto no habrá bienes o ganancias «blanqueables» dimanantes de ese delito. Cuando no lo son en su fase de ejecución es difícil esclarecerlos en una investigación «hacia atrás».

En efecto, una muy consolidada jurisprudencia (por todas, sentencias de 7 de diciembre de 1996, 23 de mayo de 1997, 15 de abril de 1998, 28 de diciembre de 1999, 10 de enero de 2000, 31 de marzo de 2000, 28 de julio de 2001 y 29 de septiembre de 2001) ha consagrado un triple pilar indiciarlo sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública:

- a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.
- b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos.
- c) Vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes.

De manera más analítica la STS 801/2010, de 23 de septiembre declara: «para el enjuiciamiento de delitos de «blanqueo» de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaría, a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007, entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (así las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007, por ejemplo), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.
- f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.
- g) La existencia de sociedades «pantalla» o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.» (vid. igualmente SSTS 202/2006, de 2 de marzo, o 1260/2006, de 1 de diciembre, o 28/2010, de 28 de enero)».

Pues bien, siendo cierto que no es preciso la existencia de una condena previa por el delito base del que provenga el dinero, mucho más desde que en el art. 301 se ha sustituido la referencia «delito» por «actividad delictiva», lo que también es cierto es tal condena facilita apreciar la concurrencia de ese antecedente, preciso para su con-

figuración. Como también, por más que se pretenda dotar de autonomía el resultado del proceso en que se enjuicie la actividad delictiva precedente, el que concluya con una sentencia absolutoria no se puede desconocer a los efectos de su trascendencia en el enjuiciamiento del subsiguiente delito de blanqueo de dinero, siendo por ello que, en este sentido, como antes se decía, sea fundamental estar a los términos de tal absolución...» (SAN 26/2015, de 21 octubre [ROJ: SAN 3706/2015])⁴².

16.3.2. *Agravaciones específicas (Art. 301.1 párrafos 2.º y 3.º)*

16.3.2.1. *Casos Prácticos*

CASO N.º 261

Con ocasión de las investigaciones realizadas por funcionarios de la Unidad Operativa de Vigilancia Aduanera de Ceuta, se comprobó que el acusado Pedro Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, careciendo de ingresos económicos suficientes y bastantes, adquirió entre los años 1997 y 2001, una embarcación semirrígida marca Valiant modelo DR750, con número de serie num000 con motor fueraborda, marca Yamaha Cetol, número de serie num001 nombrada Fain y matrícula....-XA-....-.... y distintivo de Alta Velocidad EAV-13-410, una embarcación tipo patera, matrícula....-XI-....-.... de nombre direccion000 y una embarcación semirrígida marca Crompton con número de serie num002, con motor fueraborda marca Yamaha 200 Detox, con número de serie num003, de nombre Rav y matrícula....-YA-....-...., valorado todo en 69.809 € y ello teniendo conocimiento de que el dinero utilizado para efectuar tales operaciones procedía de una organización criminal que estaba dirigida a introducir en España por mar, cantidades importantes de sustancias estupefacientes, especialmente la denominada hachís, que desde Marruecos llegaban a nuestro país a través de Ceuta.

La embarcación semirrígida marca Crompton con número de serie num002 con motor fueraborda marca Yamaha 200 Detox con número de serie num003 nombrada Rav y matrícula....., la había adquirido, según título de compraventa de 6 de febrero de 2001, del también acusado Alberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual figuró como titular de la misma desde su abanderamiento definitivo el 10 de mayo del 2000, sin que conste que el Sr. Alberto tuviera conocimiento de ello hasta el momento en que, advertido de esta circunstancia, al haber sido notificado de una multa por parte de Capitanía Marítima en relación con dicha embarcación, procedió a formalizar su transmisión al otro acusado.

CASO N.º 262

D. Romeo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, ha venido dedicándose de manera ininterrumpida al tráfico de drogas, al menos entre los años 1997 y 2012, habiendo sido condenado en diversas ocasiones.

Como consecuencia de esa actividad de venta de sustancias estupefacientes, el acusado Romeo se ha venido enriqueciendo, habiendo invertido su ganancia económica en la adquisición y posteriores transformaciones de diversos bienes muebles e inmuebles, y participado de otras formas en el tráfico económico, contando con una financiación ilícita, ajena a sus legítimos rendimientos ordinarios de trabajo.

⁴² Id Cendoj: 28079220022015100034.

Con la finalidad de ocultar el patrimonio obtenido de tales actividades, durante el periodo comprendido entre los años 1998 y 2012 el acusado Romeo se concertó con las acusadas D.^a Bernarda, su compañera sentimental, mayor de edad, sin antecedentes penales, y su madre D.^a Isidora, también mayor de edad y sin antecedentes, quienes con pleno conocimiento de la procedencia de los fondos con los que se realizaban los negocios jurídicos y de la finalidad de eludir y ocultar su origen ilícito, consintieron en aparentar y simular ser titulares de una serie de bienes muebles e inmuebles y otras inversiones, cuyo auténtico titular era el acusado Romeo y que eran adquiridos con dinero procedente del narcotráfico.

Durante este periodo de tiempo los imputados Romeo y Bernarda han adquirido una serie de vehículos con dinero procedente del narcotráfico, empleados en las atenciones de la unidad familiar:

1. El 26 de junio de 2000 adquirieron en documento privado de compraventa el vehículo Audi S3, 1.8 Q 6V, con matrícula N-....-NW por importe de 3.360.000 pts. (20.194,06 €). Se realizó la transferencia en la Jefatura de Tráfico el 10/8/2000.
2. El 14/4/2004 adquirieron el vehículo Peugeot 307 con matrícula....YYY por el importe de 17.600 € a nombre de Bernarda, si bien después cedió a Romeo para que figurase a su nombre. El 3/4/2004, antes de efectuar esta adquisición, habían vendido el Audi S3 a Angélica por importe de 12.690 €.
3. El 3/8/2010 compraron a Elisenda el vehículo Citroën berlingo 2.0 con matrícula....FFW por importe de 1.000 €, figurando a nombre de Bernarda en Tráfico.
4. El 18/8/2011 compraron a Motor Gómez Villalba S.A. el vehículo Volkswagen Tiguan con matrícula....WWW por importe de 31.500,01 €, que fueron pagados con dinero en efectivo procedente del narcotráfico, y que figura en la Jefatura de Tráfico a nombre de la acusada Bernarda.

La imputada Isidora intervino en la adquisición de varios bienes inmuebles, empleando para ello dinero en efectivo procedente de las actividades de narcotráfico que llevaba a cabo su hijo Romeo, consintiendo en figurar ella como propietaria, con el fin de transformar y ocultar la procedencia ilícita de dicho dinero, que de esta manera entraba en el tráfico mercantil lícito:

1. El día 25/8/1997 otorgó un contrato privado de compraventa, que se elevó a público el 10/6/1998, por el que adquirió la vivienda sita en la Calle000 núm.003, planta núm.004 puerta 000 de Vilagarcía de Arousa (Pontevedra), finca registral núm.005 inscrita en el Tomo núm.006, Libro núm.007, Folio núm.008, del Registro de la Propiedad de dicha localidad, por el precio de 7.964.000 pts. (47.864,60 €). Para ello abonó 1.593.000 pts. (9.574,12 €) en metálico, habiéndose subrogado en el préstamo hipotecario de 6.371.000 pts. (38.290,48 €) que gravaba la vivienda. Abonó parte de este préstamo mediante entregas procedentes de las cuentas corrientes de la entidad bancaria Banco S.A. núm.009 y núm.010, donde se efectuaban ingresos en metálico procedentes de la actividad ilícita de su hijo Romeo.
2. El 31/7/2002 la imputada Isidora consintió en figurar como adquirente del ático sito en la c/ 000 núm.001 núm.011 de Vilagarcía de Arousa, por el precio de 84.141,69# que le había dado su hijo Romeo, antes de la firma en escritura pública de compraventa. Además se ingresó la cantidad de 841,42 €, de la misma ilícita procedencia, en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

3. El 6/10/2009 la imputada Isidora consintió conscientemente en figurar como adquirente de la finca y vivienda sita en el lugar de Dirección002 de Vilagarcía de Arousa, finca registral núm.012 inscrita en el Tomo núm.013 Libro núm.014 Folio núm.015 del Registro de la propiedad de dicha localidad por la cantidad de 210.000 € que provenían de la venta del ático citado en el anterior apartado 2.º, en fecha 6/10/2009, lo que supuso una transformación del dinero inicialmente invertido, con la finalidad de ocultar quien era el verdadero titular de la finca, su hijo Romeo, y el origen del dinero con que se hacía el pago. Además se abonaron con dinero procedente del narcotráfico la cantidad de 14.000 €, como pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
4. El 19/5/2010 la imputada Isidora consintió en figurar como adquirente de la finca urbana situada en el lugar de Dirección002 de Vilagarcía de Arousa, finca registral n.º num016 inscrita en el Tomo núm.017, Libro núm.018, Folio núm.019 de dicho Registro, por importe de 9.000 € que se pagaron en efectivo, aportados por el imputado Romeo con dinero procedente de su actividad de narcotráfico, siendo consciente Isidora de que contribuía a ocultar tanto la titularidad del bien como de los fondos ilícitos empleados para su adquisición. Además se abonaron con dinero procedente del narcotráfico la cantidad de 630 €, como pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Con fecha 16/11/2010 la imputada Isidora consintió en figurar como titular, simulando ser la adquirente, del vehículo BMW M3 CLS con matrícula que realmente había adquirido su hijo Romeo por la cantidad de 44.000 €, que fueron pagados con dinero en efectivo procedente de su actividad de narcotráfico, participando conscientemente de esta manera en la ocultación de la verdadera titularidad del bien y de la procedencia ilícita del dinero con el que fue adquirido.

Con la finalidad de obtener un título jurídico que sirviera de causa aparentemente lícita a la transmisión formal de los bienes reseñados de la titular aparente Isidora al titular real, su hijo Romeo, el 6/6/2008, aquélla otorgó tres escrituras públicas ante el Notario de Vilagarcía de Arousa Sr. Gómez Varela, en las que adjudicaba a cada uno de sus otros hijos María Rosa, Remigio y Saturnino la cantidad de 12.000 €, en pago de sus derechos hereditarios. De esta manera estos tres hijos quedaban desprovistos de su condición de legitimarios en la futura sucesión de su madre y de este modo el imputado Romeo se convertiría en heredero universal de sus bienes, obteniendo así la titularidad formal de todos los bienes, que con dinero procedente del narcotráfico iba poniendo a nombre de su padre.

Se pagaron igualmente 1.080 € en concepto de pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dinero que junto con los 36.000 € mencionados fueron sufragados por el imputado Romeo con dinero procedente de su actividad de narcotráfico.

La imputada Isidora ha figurado como titular de varias cuentas corrientes, en las que se han venido realizando diversos ingresos de dinero en efectivo, procedente de la actividad de narcotráfico de su hijo Romeo, por un importe total de 64.832,21 €.

Por último, se considera probado que, en la casa de la finca de Dirección002, antes descrita, el acusado Romeo llevó a cabo diversas obras y reformas, por una cantidad de al menos 25.255,57 € que pagó en efectivo, que procedían de su actividad ilícita de narcotráfico.

CASO N.º 263

Montserrat, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en nombre de «TFM Limited», sociedad domiciliada en Isla de Man, abrió el día 04.04.97 una cuenta corriente número 0065-0285-61-0021000033 en la sucursal n.º 77 del Barclays Bank, sita en la Avda. Machupichu de Madrid, cuenta en la que se abonaron doce transferencias entre los días 21.05.97 y 06.08.97 por un importe total de 222.819 libras esterlinas equivalentes a 54.225.311 pesetas (325.900,68 euros) que fueron ordenadas desde las Oficinas Centrales de Barclays Bank en Londres por la sociedad «Wychwood Trust Limited CLTS» domiciliada igualmente en Isla de Man. Tales sumas procedían del ilícito tráfico de drogas al que Luis Manuel, compañero sentimental de Montserrat se venía dedicando, habiendo sido condenado por ello por el Tribunal de Segunda Instancia de Roma a la pena de catorce años de reclusión en sentencia de fecha 24.05.95, al igual que Montserrat que fue condenada por delito de asociación criminal dedicado al tráfico internacional de estupefacientes a la pena de ocho años de reclusión.

El día 31 de julio de 1997, Montserrat, actuando en representación de «TFM Limited» adquirió de Levitt-Bosch Aimerich S.A. un chalet sito en la calle Playa Zumaya n.º 2, vivienda n.º 188, polígono 3 B de Las Rozas ascendiendo el precio de venta a 53.446.500 pts (321.219,93 euros) que fue abonado mediante entrega de un talón que libró con cargo a la cuenta corriente número... de la sucursal n.º... del Barclays Bank, procediendo a venderla mediante Escritura Pública otorgada el día diez de abril de dos mil al matrimonio formado por D. Luis Enrique y Concepción por precio de 51.500.000 pts. (309.521,23 euros).

Con fecha 05.12.00 Montserrat disponía de un total de 36.467.939 pesetas (219.176,73 euros) distribuidas en tres cuentas abiertas en la sucursal n.º... de Barclays Bank en Madrid.

16.3.2.2. Jurisprudencia

«...Por el cauce del art. 849, 1.º LECrim., lo reprochado es aplicación indebida del tipo básico de receptación de capitales procedentes del narcotráfico (art. 301, 1 y 2 CP). El argumento es que los bienes que se afirma objeto de blanqueo serían instrumentos del delito y no su ganancia. Porque el delito de blanqueo, se dice, sólo podría entrar en juego a partir de la previa existencia de un delito-base contra la salud pública.

Con este modo de argumentar sugiere el recurrente la existencia de una cierta incompatibilidad lógica entre la naturaleza de los bienes de que se trata y el delito de blanqueo. Pero, desde luego, no hay tal. Pues nada se opone a que el dinero de procedencia delictiva pueda ser cambiado por cosas que están en el comercio y son susceptibles de un uso legal, y que, al mismo tiempo, puedan ser subrepticamente dedicados a una actividad criminal (...) Se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, al establecer el fundamento probatorio del tipo básico de receptación de capitales (art. 301, 1 y 2 CP). El argumento es que, de una parte, la cantidad de dinero supuestamente blanqueada sólo ascendió a 39.184, 95 euros, destinada en su totalidad a la compra de una embarcación y de un motor fueraborda. También se señala que no existiría vinculación o conexión del acusado con actividades ilícitas o personas relacionadas con las mismas. Sobre él sólo pesaría una detención por tener 225 gramos de hachís y hay que considerar que la barca únicamente fue utilizada en cuatro ocasiones y ninguna de ellas intervenida con esa sustancia. A esto habría que añadir —se

dice— que tampoco es un dato incriminatorio que hubiera coincidido con Pedro Francisco y Luis Francisco, aunque pudiera decirse que éstos habían patroneado o tripulado embarcaciones semirrígidas intervenidas en diferentes actuaciones por blanqueo. En fin, la escasa constancia de ingresos declarados tampoco debería operar en contra del acusado, habida cuenta de que es mucha la gente como él que vive en gran medida de ingresos fruto de actividades propias de la economía sumergida, no por eso delictivas. Pero este modo de argumentar no es admisible, puesto que conduce a la banalización y dispersión de los indicios que, sin embargo, debidamente tratados en su interrelación gozan de suficiente eficacia probatoria de cargo.

En efecto, está, en primer término, la cantidad invertida, que guarda una llamativa desproporción con los ingresos acreditados del inculpado. En segundo lugar, debe repararse en la clase de objetos adquiridos, que en la zona de su aprehensión tienen unas connotaciones muy específicas, pues se trata de un tipo de embarcación regularmente dedicada al transporte de hachís en las aguas del Estrecho. Tampoco es, al respecto, lo menos significativo la futilidad del argumento supuestamente exculpatorio de que la misma tendría por destino la pesca, porque no goza de particular aptitud para ello, y el interesado contaba con la necesaria licencia, pues la que aporta es muy posterior a la fecha de la compra.

A todo esto hay que añadir que la sala ha tenido la oportunidad de acopiar en el juicio, junto a éstos, otros datos de contexto, a los que el propio recurso hace precisa alusión, que sitúan al acusado en un marco de relaciones que tiene directamente que ver con actividades propias del mercado ilegal de hachís, en las que, además, en alguna ocasión él mismo habría estado implicado de forma directa.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa; y que la inferencia realizada a partir de aquéllos sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, los elementos de juicio reseñados constituyen indicadores de delito, de concurrencia suficientemente acreditada en cada caso, aportados al juicio a través de medios de prueba regularmente utilizados, y que el tribunal ha valorado del modo que corresponde, es decir, primero de forma individualizada y luego en su conjunto. Según se ha hecho ver, proceden de fuentes diversas y todos convergen de manera armónica contribuyendo a hacer plausible una única hipótesis, la acusatoria, que es la que de verdad explica de la manera más racional ese cúmulo de datos que tienen como centro de imputación al acusado. Es por lo que sólo cabe concluir que su derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio se ha visto realmente respetado y el motivo no puede estimarse...» (STS 419/2006, de 12 abril[RJ 2006\2252]).

* * *

«...Las conductas que se agrupan bajo la denominación ya consagrada de blanqueo de dinero o capitales fue introducida en nuestro CP por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo (RCL 1988, 655), que creó un tipo innovador de encubrimiento, el definido en el art. 546 bis f), en que incurría «el que, con conocimiento de la comisión

de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo». Esta norma, con la que se pretendió, según expresa declaración del legislador, «hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas», estaba evidentemente en vigor cuando los hechos enjuiciados ocurrieron entre octubre de 1989 y julio de 1990, por lo que no puede decirse que no existiera norma tipificadora de los mismos cuando se realizaron. La propia parte recurrente admite que ello es así puesto que, al denunciar como indebida la aplicación del art. 546 bis f) CP/1973 en el tercer motivo de casación, no lo hace porque considere que aplicándolo se infringió el principio de irretroactividad —en este primer motivo manifiesta precisamente su interés en la aplicación del citado artículo— sino porque estima que en los hechos probados no concurren todos los elementos del tipo que se describía en dicha norma, cuestión que abordaremos en el examen del motivo tercero del recurso. La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre (RCL 1992, 2753), modificó de nuevo el CP e introdujo, entre los preceptos sancionadores de los delitos contra la salud pública, el art. 344 bis h) y 344 bis i) con el que se trataba de precisar la variedad de actos que puede revestir el blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas, si bien es preciso subrayar que con la creación de estos nuevos tipos, pudo aclararse el contenido del art. 546 bis f), si bien no se amplió el repertorio de actos comprendidos en esta norma que era, en sí misma, suficientemente comprensiva. Finalmente, el CP/1995 ha llevado de nuevo la regulación de los delitos de blanqueo a la rúbrica de «La receptación y otras figuras afines», creando en el art. 301 la figura del blanqueo de bienes de procedencia ilícita en general, cuyo único presupuesto es que sea grave el delito en que se origina la ganancia, y ha convertido en tipo agravado la misma conducta cuando los bienes procedan de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El enunciado de los actos constitutivos de blanqueo que hace el art. 301 CP/1995 coincide sustancialmente con el del art. 344 bis h) y 344 bis i) CP derogado que, a su vez, servían de aclaración al tipo inicial del art. 546 bis f) del mismo Texto, por lo que la única ampliación —indiscutible y realmente trascendente— de las conductas definidas como tal delito se ha producido en el nivel de las infracciones que pueden estar en el origen de la actividad del blanqueo: ahora, cualquier delito que tenga la consideración legal de grave. Siendo así, cabría pensar, a primera vista, que en nada podría perjudicar al acusado la aplicación del art. 301 CP vigente puesto que, habiendo sido autor de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes, su conducta era de todas formas típica de acuerdo con el art. 546 bis f) CP/1973. Ocurre, sin embargo, que la subsunción de los hechos en el actual art. 301 obligaría a llevarlos a su párrafo segundo, es decir, al tipo agravado de que hemos hecho mención y a imponer, en definitiva, la pena establecida para el tipo básico en su mitad superior, con lo cual la pena privativa de libertad oscilaría entre la de tres años y tres meses y la de seis años. Por otra parte, la pena pecuniaria establecida en el art. 301 CP vigente es una multa que va del tanto al triple del valor de los bienes, lo que justificaría la imposición al acusado de la pena de multa de 200.000.000 de pesetas, en tanto dicha pena no puede exceder, de aplicarse el art. 546 bis f) CP/1973, de los 100.000.000. Es muy difícil se puede considerar más favorable para el acusado, de un lado, una privación de libertad comprendida entre tres años y tres meses y seis años que la de prisión menor —de seis meses y un día a seis años— cuyo grado mínimo puede ser de seis meses y un día y cuyo cumplimiento, por otra parte, puede verse reducido por la redención de penas por el trabajo y, de otro, una pena de multa cuyo límite máximo es, en principio, indefinido

frente a otra que lo tiene legalmente determinado. Es verdad que la pena de prisión impuesta al acusado en la Sentencia recurrida —tres años— está comprendida en la mitad inferior de la correspondiente al tipo básico previsto en el párrafo primero del art. 301 CP vigente, lo que claramente revela que el delito no ha sido castigado con arreglo al párrafo segundo y es verdad también que dicha pena podría haberle sido impuesta mediante la aplicación del art. 546 bis f) CP/1973. Pero no podemos ignorar que la aplicación del precepto vigente ha llevado a imponer una multa que es justamente el doble del máximo que hubiese podido alcanzar dicha pena de haberse aplicado la norma vigente en el tiempo en que se cometieron los hechos enjuiciados...» (STS núm. 1704/2001, de 29 septiembre[RJ 2001\8105]).

* * *

«...El tipo delictivo del blanqueo de capitales, exige que los bienes procedan de un delito, pero no requiere la previa condena del mismo, ha de establecerse su relación genérica (sin que haya de precisarse un concreto supuesto fáctico delictivo), y cuando se trata de uno de los tipificados en los arts. 368 a 372 del Código Penal, cualquiera de ellos sirve para comprender la agravación específica del párrafo segundo del apartado 1 del art. 301 del Código Penal, sin que tenga que tratarse, a la vez, de un delito grave (discusión que, tras la LO 15/2003, ya no tendrá ninguna trascendencia).

Respecto a la posibilidad de que el propio narcotraficante sea, a la vez, el blanqueador de los bienes procedentes de tal origen, por más de ser ésta una cuestión discutida en la doctrina científica, es lo cierto que no es procedente resolverla en este caso, toda vez que los bienes blanqueados no proceden del delito por el que ha sido condenado el ahora recurrente. Esto es patente, pues la detención por tal delito es inmediata al comienzo de la instrucción de esta causa criminal. La multitud de bienes blanqueados proceden de otros muchos delitos de narcotráficos que no se han juzgado, ni es precisa una condena penal por ellos, como claramente declara nuestra doctrina jurisprudencial (conforme a lo analizado con anterioridad). Y, para agotar el tema, ya dijimos, en todo caso, en STS 1293/2001, de 28 de julio (RJ 2001, 8334), que «... tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...» Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal».

En suma, esta sentencia mantiene que los actos de blanqueo definidos son de propia procedencia o de ajena producción, pues la disyuntiva «o» relacionada con actos de ayuda a terceros que «hayan participado en la infracción», parece no eliminar la propia comisión del blanqueador en la misma producción del dinero ilícito. Y abundando en la tesis que mantiene esta sentencia, el art. 301.2 del Código Penal, que trata del denominado blanqueo sucesivo, requiere, por un lado, que el autor del delito conozca que la actividad que despliega lo sea de alguno de los delitos que pueden dar lugar a su origen, pero también que proceda de un «acto de participación en ellos». Tal distinción puede interpretarse en el sentido de que se trate de un delito propio, o bien de un acto de participación ajena. Finalmente, sería un contrasentido que el

blanqueo de bienes procedente de un delito de escasa entidad punitiva, pero de pingües beneficios económicos, quedara impune, y en caso de no lograr probarse tal actividad ilícita, se castigase, en cambio, el blanqueo de capitales procedente de aquél...» (STS núm. 449/2006, de 17 abril[RJ 2006\3101]).

16.3.3. Subtipo atenuado: imprudencia grave (Art. 301.3)

16.3.3.1. Casos Prácticos

CASO N.º 264

Cosme, mayor de edad en cuanto que nacido el día 3 de julio de 1974, con DNI num000, con antecedentes penales por delito contra la salud pública no computables a efectos de reincidencia, fue detenido el día 9 de marzo de 1999 en Villagarcía de Arosa, Pontevedra, por presunto delito contra la salud pública, recayendo Sentencia absoluta en dicho procedimiento en el que figuraba como acusado.

El día 11 de agosto de 2003, en su domicilio sito en la Avda ... num001 de Villanueva de Arosa fueron hallados 19.438,500 gr de cocaína con un grado de pureza de 72,51%, siendo condenado por tal hecho por Sentencia de 28/5/2009 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda. Cosme estaba casado con la también acusada Estrella, nacida el 30/3/1978, sin antecedentes penales, con DNI. num002.

De común acuerdo ambos acusados, en el periodo comprendido entre el año 1998 y febrero de 2004, adquirieron bienes y realizaron gran número de operaciones de compra inmuebles, a los que destinaron los fondos procedentes de la actividad de narcotráfico realizada por Cosme y de la que Estrella tenía pleno conocimiento.

Cosme y Estrella, en el periodo señalado, hicieron figurar como titulares de vehículos por ellos adquiridos y de los que eran usuarios habituales a personas de su entorno familiar, para ocultar tanto la verdadera titularidad como el origen ilícito del dinero en efectivo con que fue abonado el importe. Concretamente:

- a) A nombre de la acusada Adolfinia, nacida el día 1/11/29, sin antecedentes penales, que carecía de permiso de conducir el vehículo, figuran el Audi TT, matrícula JE-....-JX, adquirido por Estrella a la entidad Vilanoba Import SL, por un precio satisfecho en efectivo y procedente del narcotráfico de 39.666, 79 € y el vehículo Volkswagen Golf V6 matrícula 3712 BTD adquirido por Cosme en fecha 28/2/02 y cuya valoración no consta, siendo el valor actual 20.920,09.
No consta que la acusada consintiere ni tuviese conocimiento de tales hechos.
- b) A nombre de la también acusada Macarena, cuyo conocimiento y consentimiento no constan, el vehículo BMW M3 coupé, matrícula W-....-WZ, que había sido adquirido por Cosme a la entidad Vilanova Import SL, por el precio de 25.242, 50 € que fue satisfecho en efectivo y con dinero procedente del narcotráfico.
- c) A nombre de Marcelino, nacido el día 25/4/50, sin antecedentes penales, el vehículo BMW 325 coupé matrícula W-....-WB que consintió que su hija le transfiriese en fecha 14/10/99, sin contraprestación alguna.

CASO N.º 265

El día 28 de mayo de 2010 personas no identificadas que actuaban con el propósito de obtener un beneficio patrimonial indebido, mediante el empleo de artificios

informáticos no determinados, consiguieron realizar dos transferencias desde la cuenta n.º num005 de la entidad «Barclays Bank», de la que es titular Gustavo, sin la autorización ni conocimiento de éste, por importes respectivos de 2.000 y 2.899 €.

La primera de las transferencias la recibió Juan Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su cuenta de «La Caixa» n.º num006.

Este acusado había recibido el día 20 anterior, en su dirección de correo electrónico direccion000 una especie de oferta de trabajo desde la dirección de correo electrónico hrm@mailwug.com en la que una supuesta compañía denominada «West Union Group» le ofrecía trabajar mandando el dinero que habría de recibir en la cuenta que designara, a través de «Western Union», a la dirección que se le dijese, percibiendo por ello una comisión de 50 € por cada 1.000 € que remitiese.

En cumplimiento de dicha oferta el Sr. Juan Pablo, después de cambiar los euros en dólares, remitió a través de dicha agencia, a la persona que le indicaron a través de un mensaje de teléfono móvil, siendo ésta Rosalía, con domicilio en Kiev (Ucrania), 1.865 \$, quedándose con 135 \$, equivalentes a 100 €, en concepto de comisión.

Este acusado presenta una inteligencia límite y secuelas derivadas de una encefalitis post-vacunal de viruela que sufrió a los cinco meses de edad, encontrándose incapacitado judicialmente para el manejo de sus bienes y sometido a tutela, teniendo limitadas ligeramente sus facultades intelectivas y volitivas, siendo una persona fácilmente influenciable, debido a lo cual no tuvo conciencia de que al actuar de la forma descrita estaba colaborando en el blanqueo de los 2.000 € sustraídos a Gustavo.

La otra transferencia la recibió en su cuenta de «Unicaja «n.º 007 en también acusado Benigno, mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia firme el 16/7/09 por delitos de falsificación de documento mercantil y estafa a las penas de catorce y cuatro meses de prisión, respectivamente.

El Sr. Benigno también había recibido anteriormente una especie de oferta de trabajo similar a la que antes se mencionó, y a pesar de que, al menos, se representó la posibilidad del origen fraudulento de los fondos recibidos, accedió a llevar a cabo la transferencia que se le propuso, quedándose con el 5% en la que consistía su comisión.

CASO N.º 266

La acusada, Consuelo, mayor de edad, sin antecedentes penales, con conocimiento de que quien por aquel entonces era su compañero sentimental con el que convivía, Gonzalo, carecía de recursos económicos propios al no disponer de un trabajo estable, se desplazó con éste a Zaragoza para adquirir el vehículo Nissan, modelo Z350 y matrícula...FHH, propiedad de Luis.

Gestionada la operación con el hijo del propietario, Pelayo, la compraventa fue perfeccionada el día 15 de marzo de 2006 tras convenirse un precio de 29.000 euros, formalizándose la adquisición a nombre de la acusada, quien así consintió en aportar su identidad y figurar como la compradora formal en la Dirección General de Tráfico sin adoptar las más mínimas cautelas acerca de la procedencia de la mayor parte del dinero —20.000 euros— invertido en la adquisición, cuyo origen radicaba en la perpetración por Gonzalo, con fecha 9 de marzo de 2006, del secuestro de Clemente.

Con fecha 14 de octubre de 2009 esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el marco del Procedimiento Ordinario 5/2006, dictó sentencia con la conformidad de los acusados en la que se condena, entre otros, a Gonzalo a las penas de seis años de prisión por la comisión, el día 9 de marzo de 2006, de un delito

de secuestro del artículo 164 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y de seis meses de prisión por un delito de hurto en la persona del secuestrado Clemente.

16.3.3.2. Jurisprudencia

«...Examinada la argumentación jurídica de la sentencia, distingue el juzgador entre la prueba de una estafa informática (pretensión acusatoria principal) y que consideró insuficiente, con la correspondiente a un delito de blanqueo de capitales (en su modalidad imprudente), pretensión alternativamente formulada por el Ministerio Fiscal.

En tal sentido, de la propia declaración de la acusada, así como de la documental unida a las actuaciones, cabe deducir que la recurrente estaba en condiciones de representarse razonablemente que el origen del abultado ingreso de efectivo en su cuenta (especialmente el primero de ellos), tenía su origen en una actividad delictiva, de modo que, con su acción, facilitaba el aprovechamiento por parte de los autores del ilícito del fruto del mismo, eludiendo las consecuencias legales de sus actos.

Sostiene a este respecto, reciente Sentencia Audiencia Provincial Córdoba 27 de marzo de 2014 que «para apreciar la comisión del blanqueo imprudente deben constatarse indicios a través de los cuales se impute alguna conexión entre la conducta y la posibilidad racional, con arreglo a criterios de lógica, de suponer o sospechar que un encargo de tal naturaleza encierra la existencia de unos hechos delictivos con los que estaba relacionado el dinero. No toda negligencia determina una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave integre una actividad de blanqueo». Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005 (), toma en consideración las reticencias doctrinales cuando los sujetos no tienen una especial responsabilidad profesional ante lo que se ha denominado un «deber de diligencia intensificado» al que el recurso mismo, con otras palabras, alude.

No obstante, cuando estamos ante actos especialmente groseros que un conocimiento mínimo de la realidad permite descartar como legales, pues con independencia de que se quiera dar una apariencia de legalidad, el propio trabajo, que no es otra cosa que hacer opaca la circulación de dinero, en sí denota su irregularidad (son palabras empleadas, para un caso similar por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de mayo de 2013), no puede caber duda de la comisión de la infracción basada en la negligencia evidente de quien, a pesar de todo, actúa como lo ha hecho el apelante en el caso que nos ocupa.

En el caso presente, una aproximación a los razonamientos esgrimidos por el juzgador de instancia, evidencian la crasa negligencia que señala a la acusada y justifica la condena por tal actuar imprudente. Incide así la sentencia en las características personales y en el perfil profesional de la acusada, (Bachiller Superior con especialidad en Contabilidad y conocimientos de informática); titulación académica íntimamente vinculada a las actividades delictivas en las que participó y a todas luces sugestiva de la negligencia grosera con la que aparentemente se condujo la acusada, razonando acertadamente la sentencia, en argumento que por certero y expresivo se reproduce que: «de haber obrado con una elemental diligencia, habría podido conocer que detrás de la oferta de trabajo, de las instrucciones y transferencias recibidas no había ninguna entidad bancaria Japonesa pues, bastaban con unas mínimas gestiones y cautelas para cerciorarse del verdadero origen, al menos para confirmar o descartar la seriedad de la oferta de trabajo». Tampoco se acredita que actuara la apelante movida por una situación de acuciante necesidad económica, descartando el juzgador de

instancia, merced a la propias manifestaciones espontáneas de la acusada («no estaba tan mal como para tener que robar») la presencia de un causa exoneratoria de la responsabilidad criminal o siquiera meramente justificadora de una comprensible «ignorancia deliberada».

Suscita tímidamente el apelante un alegato de improcedente aplicación del tipo penal del art 301.3 del C.p (blanqueo imprudente de capitales) por el que se le condena, incidiendo nuevamente en la valoración alternativa de prueba que propone y en el «escaso beneficio» que obtuvo («inferior a 400 euros»), sugiriendo implícitamente calificaciones alternativas que siquiera propone expresamente, «a priori» ya rechazables si atendemos la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2012), donde con toda claridad se establece que «no hay razón que justifique que la persona acusada sólo deba responder de la parte del lucro propio. Según el Alto Tribunal, es cierto que en los delitos de receptación, la responsabilidad civil se señala en función del lucro experimentado por el receptor. Pero en este caso, no estamos ante una receptación, en la cual la intervención del reo es independiente del alcance del tipo principal. Aquí (como en el caso estudiado por el Tribunal de Casación) el acusado interviene en el blanqueo de todo el dinero que es sustraído a la víctima.»...» (SAP Murcia 167/2014, de 27 mayo[JUR 2014\280190]).

* * *

«Este tipo de infracción penal fue introducido en nuestra legislación por LO 8/1992 de 23 de diciembre que introdujo un nuevo precepto en nuestro CP, el apartado 3 del 344 bis h), luego recogido en el actual art. 301.3 del vigente código de 1995.

Este art. 301, después de definir en sus apartados 1 y 2 este delito de blanqueo de capitales en su modalidad dolosa, creada por la misma LO 8/1992, dice así en su punto 3: «Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo» (del valor de los bienes).

La doctrina en nuestro país ha señalado una doble dificultad en esta clase de delito; por un lado, el que los tipos a los que hace referencia (art. 301.1 y 2) sean infracciones esencialmente dolosas al exigirse de modo expreso, como uno de sus elementos, uno de carácter subjetivo como es el de que el sujeto que ha realizado alguno de los comportamientos sobre los bienes que allí se especifican haya actuado «sabiendo que estos (los bienes) tienen su origen en un delito». Si se ignora tal procedencia delictiva por no haber actuado el sujeto con la debida diligencia al respecto, hay posibilidad de entender que ha existido una imprudencia. Pero, y aquí radica la segunda dificultad, tal imprudencia ha de ser grave, esto es, habría de entenderse que cualquier persona en su misma situación habría llegado con facilidad a alcanzar ese conocimiento del origen delictivo de los bienes. De todos es conocido cómo no es fácil separar en estos casos lo grave (o temerario) de lo leve (o simple).

A estas dificultades se refiere la sentencia de esta sala 1034/2005 de 14 de septiembre citada en el fundamento de derecho 1.º, pg. 21, de la sentencia recurrida.

Por otro lado, hay que entender, a la vista del texto de este art. 301.3, que nos hallamos en principio ante un delito común, no especial, es decir, ante una infracción que puede cometer cualquier ciudadano, ya que no se exige en esta particular norma penal ninguna cualidad concreta en la persona del sujeto activo.

Sin embargo, entendemos que esta clase de delitos de imprudencia grave es de difícil comisión para los particulares.

Hay una Ley particular en esta materia de blanqueo de capitales, la 19/1993 de 28 de diciembre y su reglamento del año de 1995 que prescriben determinadas medidas para la prevención de estos delitos y para impedir la utilización del sistema financiero

y otros rectores de la vida económica en pro de estas actividades, imponiendo determinados deberes específicos en esta materia a las entidades de crédito, aseguradoras, agencia de valores, sociedades de inversión colectiva, casinos de juego, promociones inmobiliarias, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc.

La infracción de los deberes impuestos a estas personas jurídicas y físicas podrían constituir esa imprudencia grave del art. 301.3 CP cuando no exista vulneración de estas obligaciones específicas es difícil la comisión de esta clase de delitos; para los particulares, podemos decir —si no como regla absoluta, sí como criterio general— que no es posible la condena penal conforme a esta norma de nuestro código. En todo caso se requiere para tal condena que quede expresado en la sentencia condenatoria en qué punto concreto se produjo la infracción de ese deber de cuidado inherente siempre al concepto de imprudencia, es decir, ha de decirse qué es lo que podía haber hecho el acusado en estos casos de negligencia inexcusable, cómo podía haber alcanzado en este concreto ese conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes cuyo blanqueo se ha realizado.

La sentencia de esta sala 924/2005 de 17 de junio, razona ampliamente en este sentido y absuelve a quienes venían condenados por la Audiencia Provincial porque, fuera de esos casos en que hay incumplimiento de esos deberes específicos regulados en esa Ley de 1993 y en ese reglamento de 1995, si no hay delito doloso (art. 301.1 y 301.2) es prácticamente imposible que pueda existir el cometido por imprudencia grave (art. 301.3)...» (STS núm. 959/2007, de 23 noviembre[RJ 2007/8276]).

* * *

«En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 301.3 del Código Penal. Se alega, en defensa del motivo, que el delito tipificado en el artículo 301.3 del Código Penal reviste los caracteres de un delito especial predicable de aquellas personas que hubiese incumplido sus obligaciones que les sean exigibles legal o reglamentariamente en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional y en concreto los sujetos obligados a los que se refiere la Ley 19/93 de 28 de diciembre y su Reglamento de 1995, es decir, entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de las anteriores y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera y sociedades emisoras de tarjetas de crédito, y personas físicas o jurídicas que ejerzan determinadas actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc., con lo que el delito del artículo 301.3 CP es un tipo en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa STS 4/6/2007 y 23/11/2007).

El motivo debe ser desestimado. (...)

Así las cosas, procede examinar si la conducta que se atribuye a este recurrente integra o no la figura imprudente tipificada en el artículo 301.3 del Código Penal.

El hecho de que se excluya, por imperativo constitucional y legal, la existencia de un delito doloso de blanqueo de capitales no implica, por sí solo, que pueda calificarse de delito imprudente de blanqueo de capitales. Para poderlo afirmar será necesario examinar si concurren en el caso los elementos que caracterizan a esa figura delictiva.

El artículo 301.3 del Código Penal dispone que si los hechos —constitutivos de blanqueo de capitales— se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo.

La imprudencia debe ser grave y referirse al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. La primera cuestión a dilucidar es el alcance de la infracción del deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto; otra es esclarecer quienes pueden ser los sujetos a quienes se les exige la debida diligencia.

Esta Sala, en Sentencia 1034/2005, de 14 de septiembre (RJ 2005, 7053), precisamente en un supuesto muy similar al que ahora examinamos ya que se apreció, igualmente, un delito de blanqueo imprudente en quien consintió que se utilizara cuentas bancarias de que era titular para realizar ingresos de dinero procedentes de conductas delictivas, tiene declarado que el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su «ambigüedad e inespecificidad», y por contradecir el criterio de «taxatividad» de los tipos penales. A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito. La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida.

Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.

La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa, y el recurrente, atendida la relación de parentesco que le unía a quien le suministró el dinero, los antecedentes penales de éste último que forzosamente tenía que conocer, las razones que expuso a las entidades bancarias sobre la procedencia del dinero, la importante cuantía de los ingresos y la dispersión de esos ingresos en entidades y cuentas diferentes, junto a las demás circunstancias en las que se produjeron, permite sustentar que el acusado titular de esas cuentas tenían un conocimiento abstracto del origen ilícito de esos fondos, al que se refiere los hechos que se declaran probados, y estaba en condiciones de haber alcanzado un conocimiento más concreto si hubiera observado las más elementales cautelas —imprudencia grave— que le eran exigibles, especialmente en quien, además, tenía buenos conocimientos económicos, causando con su conducta la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedían.

Se sostiene, en segundo lugar, en defensa del motivo, que el delito imprudente de blanqueo es un delito especial que sólo lo pueden cometer quienes incumplan las obligaciones que les sean exigibles legal o reglamentariamente en consideración al

desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional y en concreto los sujetos obligados a los que se refiere la Ley 19/93 de 28 de diciembre y su Reglamento de 1995, es decir, entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de las anteriores y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera y sociedades emisoras de tarjetas de crédito, y personas físicas o jurídicas que ejerzan determinadas actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc., con lo que el delito del artículo 301. 3 CP es un tipo en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa.

Es cierto que la Directiva 2005/60 / CE, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales señala, en su artículo 2.º las entidades y personas físicas y jurídicas a las que se aplica dicha Directiva; lo mismo sucede con la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas, que modifica el artículo 2.º de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, artículo en el que se establecen las personas físicas y jurídicas que están sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley; y el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en concreto su artículo 2.º en el que se enumeran las personas físicas y jurídicas que quedan sujetas a las obligaciones establecidas en este reglamento; como igualmente hay instrucciones, órdenes y resoluciones que atribuyen a determinados profesionales obligaciones para combatir el blanqueo de capitales; sin embargo esta normativa, cuyos destinatarios aparecen concretados, no limita el ámbito del artículo 301.3 del Código Penal, que tipifica la modalidad imprudente del blanqueo de capitales sin restricción alguna en cuanto al sujeto activo de la conducta delictiva, aunque normalmente coincidirá en sujetos o entidades cuyas actividades guarden relación con los movimientos de capitales.

Y aunque existen sentencias discrepantes, la jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la número 1034/2005, de 14 de septiembre, tiene declarado que a pesar de las divergencias existentes al respeto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el artículo 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido, y, por tanto, todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo. Y en la Sentencia 34/2007, de 1 de febrero, se dice que en la medida en la que el delito de blanqueo de dinero admite la forma de comisión imprudente, no cabe plantear en el caso el problema de si la cooperación debe ser dolosa; tampoco se plantea aquí la cuestión de si el acusado puede ser coautor; el artículo 301.3 obvia la cuestión, puesto que toda participación infringiendo el cuidado debido es constitutiva de autoría.

Por todo lo que se deja expresado, el recurrente incurrió en conducta de blanqueo imprudente, en imprudencia que debe calificarse de grave, dados los múltiples indicios a los que se ha hecho antes referencia, ya que obvió toda medida de precaución y con las más mínima y elemental diligencia hubiera podido esclarecer y estar perfectamente impuesto del delictivo origen de los fondos a los que se prestó a facilitar su encubrimiento e introducción en el tráfico económico...» (STS núm. 960/2008, de 26 diciembre[RJ 2009\1378]).

16.3.4. *Subtipo agravado: pertenencia a organización delictiva dedicada a esos fines (Art.302)*

16.3.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 267

Carlos José, mayor de edad y sin antecedentes penales, comercial dedicado a la exportación de la fruta desde Brasil, en un momento dado, en el año 2003, pensó extender su negocio por Europa, para lo cual decidió constituir en España determinadas sociedades, con su correspondiente infraestructura, para, a través de ellas, canalizar su negocio en este continente, a las que debía hacer llegar el metálico necesario para el fin propuesto. Por esa razón, en febrero de 2003 entró en contacto con un tercero, representante de la mercantil «CTS Internacional S.A.», con sede social el Barcelona, cuyo objeto social era la constitución de sociedades, a quien, el 20 de dicho mes, adquirió la sociedad «Kuna Bussines S.L.», que contaba una cuenta corriente abierta en el Banco Zaragozano, la n.º NUM002, en la que el día 28 de abril de 2003 recibió una transferencia de 499.993,17 \$ enviada por la mercantil «Abalone Investments INC», el día 2 de mayo otra transferencia de 299.993,17 \$ remitida por «Talbor Trading S.A.», el 14 de mayo otras dos transferencias más, una de 199.993,17 \$ de «Talbor Trading S.A.» y la otra de 249.993,17 \$ de «Abalone Investments INC», y el día 15 de mayo una más, remitida, también, por esta última mercantil, de 449.993,17 \$. Asimismo, el acusado efectuó tres ingresos en distintas sucursales del Banco Zaragozano, en Barcelona, dos por importe de 52.000 € y una de 50.000 €.

Con posterioridad, el propio Carlos José adquirió, también de «CTS Internacional S.A.», la mercantil «Calipo Building S.L.» en que invirtió 1.000 €, y, a indicación de él, otros dos individuos, dos más, uno la mercantil «Arredare Mobile S.L.», y otra la mercantil «Bendel La Mix S.L.», invirtiendo cada uno, en cada una de ellas, 50.000 €.

Requerido el acusado por la Banco Zaragozano para que justificase el origen de las transferencias realizadas, les remitió a un despacho de abogados, de habla hispana, sito en Rotterdam, «Canales Advocaten» que, tras haber sido objeto de investigación en Holanda, la Fiscalía Nacional de este país no decidió presentar cargos en su contra.

CASO N.º 268

Al menos desde mediados del año 1996 el procesado, Vicente —mayor de edad y sin antecedentes penales—, vino realizando operaciones financieras consistentes en el ingreso en cuentas españolas y su posterior envío fuera del país de importantes cantidades de dinero que le eran entregadas, a tal fin, por miembros no suficientemente identificados de organizaciones vinculadas al tráfico ilegal de cocaína. Para ello contaba con el concurso de otras personas de su familia.

Los fondos que Vicente introducía en el sistema financiero le eran entregados en España por ciudadanos colombianos y posteriormente aquél, recibía instrucciones de un tal «Chillón» residente en Colombia y que, desde dicho país, comunicaba a Vicente las cantidades y destinatarios de las transferencias de dinero. Tales ciudadanos y de los que tampoco consta su filiación completa eran «Zanagollas» y «Sardina» los que en España ejecutan las instrucciones que desde Colombia les enviaba un tal «Santo», al que en ocasiones también se refieren con «El Señor». Otro de los colombianos que actuaba en España era el procesado Calixto quien se encargaba de recoger el dinero y con la ayuda de su mujer, la también procesada Serafina —mayor de edad y sin antecedentes penales ambos—, lo contaba y llevaba el control contable de las entradas y

salidas de efectivos, tras lo cual se lo entregaba a Vicente o a otras personas para que lo sacaran de España según las instrucciones de la organización. Así con fecha de 20 de octubre y 9 de diciembre de 2000 Calixto se reunió con Vicente en Madrid para hacerle entrega de una cantidad de dinero que posteriormente éste se encargaría de transferir al extranjero. Por último, con fecha de 12 de diciembre de 2000, funcionarios de policía detectaron un nuevo contacto ente Calixto, Vicente y Fernando, mantenido en la calle Calle.000 núm. núm.000, de Madrid, donde Vicente entregó a Calixto una bolsa de plástico que aquél había sacado de su domicilio. Momentos después Calixto fue detenido cuando se dirigía con la bolsa a la vivienda sita en la Calle006 núm35 de Madrid, encontrándose en la citada bolsa tres paquetes conteniendo 300.000 dólares USA, divisa que había sido comprada por Vicente para entregar a Calixto. Practicada la oportuna entrada y registro en este último domicilio correspondiente a Calixto y Serafina, se ocuparon 66.590.000 pesetas procedentes del tráfico ilegal de drogas. Asimismo, en el domicilio en Madrid utilizado por Vicente se encontraron 2.807.000 pesetas y 5.000 dólares USA.

CASO N.º 269

Las presentes actuaciones-Diligencias Previas 246/02—, tuvieron su origen en las Diligencias Previas 04/02, incoadas el 18/01/2002 contra Cesar, por la presunta comisión de un delito contra la salud pública, a quien, en el curso de las mismas, le fue intervenido judicialmente el teléfono de prepago núm.007, que utilizaba pese a encontrarse en condición de penado en el centro penitenciario de Alcalá Meco.

La referida intervención telefónica cesó por auto de 20/03/02 y el 31/05/2002 se acordó el sobreseimiento provisional de las indicadas Previas 4/02, sin que en la investigación practicada consiguiera averiguarse la comisión de delito alguno, la participación en él del investigado y sin que figure en las presentes dato alguno acerca de lo investigado en aquéllas y su resultado.

Antes del citado sobreseimiento provisional, UDYCO-Pontevedra presentó oficio de 18/04/2002, en el que sin hacer mención alguna a lo averiguado en las mismas, interesaba la nueva intervención judicial del teléfono utilizado por Cesar y la reapertura del procedimiento aludiendo textualmente a que: «La investigación está centrada en los testaferros encargados del blanqueo de dinero procedente de las conocidas y probadas actividades de tráfico de drogas llevadas a cabo por Cesar y su hijastro Arsenio. Entre estas personas figuran los constructores Roberto..., Roberto..., padre e hijo respectivamente y Efraín... apoderado de sociedades utilizadas con idénticos fines».

Las referidas personas, a excepción de Cesar, no constan hayan sido objeto de investigación en las Diligencias Previas 04/02. La respuesta judicial a tal oficio, según se ha indicado con anterioridad, fue el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas 4/02 y la incoación de las presentes encabezadas por el meritado oficio.

De tal forma que las presentes actuaciones, —Diligencias Previas 246/02— se incoaron en auto de 04/06/2002, esto es, a los cinco días del sobreseimiento provisional de las anteriores, con objeto de investigar la comisión de un delito de blanqueo de capitales por parte del anteriormente investigado tomando como base el indicado oficio de 18 de abril de 2002, acordándose igualmente la intervención del mismo número de teléfono móvil atribuido a Cesar.

Durante el tiempo en el que estuvieron intervenidas las conversaciones, se tuvo conocimiento cómo Cesar mantenía frecuentes contactos telefónicos con Araceli y con Florián relativas, en su mayoría, al estado de las obras necesarias para la remodelación del local destinado a boutique adquirida por Araceli en Santiago, a la vivienda

adquirida en la localidad coruñesa de Sada o la posterior adquisición de un chalet, mediante hipoteca, en Guadalajara, ambas gestionadas por la citada.

Cesadas las intervenciones, se procedió el 4 de mayo de 2005, a la detención de Florián y Araceli, a quienes tras los registros de sus respectivos domicilios les fue intervenida documentación relativa a los citados inmuebles.

No consta indubitadamente acreditado que los acusados Cesar y Araceli, hayan participado en un delito de blanqueo de capitales al margen de la investigación llevada a cabo a través de las conversaciones telefónicas.

En el acto del juicio, Florián, mayor de edad y sin antecedentes penales, reconoció haber recibido de su primo, —de quien conocía sus condenas anteriores por delitos contra la salud pública y su carencia de ingresos—, órdenes destinadas al abono de pagos, en cuantía inferior a 60.000 euros, derivados de la puesta en marcha de la boutique sita en la calle 000 núm.000, denominada «Moda Italia by Tiziana Cardarelli», de la hipoteca solicitada por Araceli para la adquisición de un piso en Sada (Coruña) o de la posterior adquisición de un chalet en la calle 000 núm.006, de la localidad de Cabanillas del Campo (Guadalajara), también mediante préstamo hipotecario.

No consta acreditado que Florián utilizara en su beneficio cantidad alguna de la recibida.

16.3.4.2. *Jurisprudencia*

«...En el quinto de los motivos de la impugnación denuncia la indebida aplicación de la agravación por organización. El recurrente no expresa el amparo procesal a esa impugnación, aunque por lógica entendemos que se refiere al error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal. El motivo exige que el recurrente respete el hecho probado y discuta, desde ese respeto, la errónea aplicación de la norma penal al hecho probado. En el caso de autores se refiere que estos condenados realizaron un conjunto de actos, con relevancia penal en el delito de blanqueo de dinero, consistente en el envío de remesas de dinero a través de ellos mismos a terceras personas. A tal efecto disponían de sociedades, viviendas, y en la suya se intervinieron efectos que empleaban en las remesas como máquinas para contar billetes, empaquetadoras y para la realización del vacío. Además se llevaba una contabilidad, siendo ellos quienes, se declara probado, controlaban las remesas. Esta actividad se desarrolla durante, al menos dos años, y las cantidades remitidas ascienden a 14 millones de euros. No se trata de un acto ocasional de blanqueo sino de una actividad coordinada, permanente y reiterada, expresiones que se recogen en el art. 282 de la Ley procesal penal para la definición de la organización. Como dijimos en la STS de 26 de marzo de 2013, hay que partir de que el concepto de organización es relativamente indeterminado (como ocurre con otros tantos conceptos jurídicos) y en general su apreciación requiere:

a) Una pluralidad de personas. b) Una cierta organización interna y estructura. c) Una distribución de cometidos o roles. d) Un fin al que todos coadyuvan. e) Una dotación de medios idóneos instrumentales aptos. f) Una cierta estabilidad o vocación de permanencia, aunque sea para alguna operación concreta y no exija una estabilidad indeterminada en el tiempo. Por ello, es claro que la organización y su pertenencia a ella es algo cualitativamente distinto de la mera coautoría o consorciabilidad criminal.

De esta distinción entre coautoría y permanencia a organización criminal es en ocasiones, de difícil diferenciación, porque es un dato también constatable que en todo supuesto de coautoría plural, de hecho suele haber una cierta organización, siendo por ello los límites borrosos y por tanto necesitados de una cumplida motivación

cuando se estime la organización, por los efectos que su apreciación tiene en el campo de la pena al suponer una agravación de la misma.

Como ya dijo la STS 207/2012 y recuerda la 732/2012, el hecho de que concurra un caso de organización, como ocurre en el presente caso, no se deriva *sic et simpliciter* que todos los coautores sean integrantes de la organización criminal. La integración en una organización criminal es un *status* diferente de la coautoría.

Esta diferenciación está reconocida en numerosas sentencias de esta Sala —SSTS 356/2009 de 7 de abril; 1258/2009 de 4 de diciembre; 55/2010 de 26 de enero, 1115/2011 de 17 de noviembre y 158/2013. Es claro que todo coautor tiene en común con el integrante de una organización criminal que comparte el fin, que efectúa aportes relevantes para su consecución, que por tanto el *dolo* es, idéntico al del integrante, pero se diferencia en que no está integrado en la red, no forma parte de la organización ni tiene un lugar en la misma, ni por tanto está en lo que pudiera llamarse su «organigrama». La distinción es —reiteramos— dificultosa en la práctica precisamente porque la opacidad y la destrucción de todo elemento probatorio constituye el *modus operandi* de toda organización criminal. Puede decirse que el integrante en toda organización criminal colabora al fin de la misma por lo que es integrante como un aliado a su condición de coautor, ahora bien, el argumento expuesto no es reversible, es decir, todo coautor, por serlo no es necesariamente un miembro de la organización.

Cabe una colaboración a título de autor que no suponga su integración en la red criminal. Como se dice en la STS 544/2011 de 7 de mayo: «...No se trata de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia...». En el hecho se refiere, respecto a estos dos recurrentes los elementos anteriormente reseñados para calificar de organización la relación existente entre ellos con otros coimputados, no es un mero supuesto de controlabilidad en el ilícito, sino de aprovechamiento de las distintas energías para el desarrollo y logro de un fin común para el que se dispone de medios y útiles...» (STS 56/2014, de 6 febrero [RJ 2014\1619]).

* * *

«...Sobre el concepto de organización criminal, la ya aludida S.T.S. n.º 165/13, de 26-3-2013, dice que hay que partir de que el concepto de organización es relativamente indeterminado (como ocurre con otros tantos conceptos jurídicos) y, en general, su apreciación requiere: 1) Una pluralidad de personas (actualmente 3 o más: artículo 570 bis 1.2.º). 2) Una cierta organización interna y estructura. 3) Una distribución de cometidos o roles. 4) Un fin al que todos coadyuvan. 5) Una dotación de medios idóneos instrumentales aptos. Y 6) Una cierta estabilidad o vocación de permanencia, aunque sea para alguna operación concreta y no se exija una estabilidad indeterminada en el tiempo.

Por ello, es claro que la organización y su pertenencia a ella es algo cualitativamente distinto de la mera coautoría o consorciabilidad criminal. Pero la distinción entre coautoría y pertenencia a organización criminal es, en ocasiones, de difícil discernimiento, porque es un dato constatable que en todo supuesto de coautoría plural de hecho suele haber una cierta organización, siendo por ello los límites borrosos y por tanto necesitados de una cumplida motivación cuando se estime la organización, por los efectos que su apreciación tiene en el campo de la pena, al conllevar una agravación de la misma. Es claro que todo coautor tiene en común con el integrante de

una organización criminal que comparte el fin, que efectúa aportes relevantes para su consecución, y que por tanto el dolo es idéntico al del integrante; pero se diferencia en que no está integrado en la red, no forma parte de la organización ni tiene un lugar en la misma, ni por ello está en lo que pudiera llamarse su «organigrama». La distinción es dificultosa en la práctica, precisamente porque la opacidad y la destrucción de todo elemento probatorio constituyen el *modus operandi* de toda organización criminal. Puede decirse que el integrante en toda organización criminal colabora al fin de la misma, por lo que es integrante como un aliado a su condición de coautor; ahora bien, el argumento expuesto no es reversible, es decir, todo coautor, por serlo, no es necesariamente un miembro de la organización.

Ya hemos manifestado que las acusadas Jacinta Hortensia y Encarnación Mercedes aparecen en las actuaciones como autoras de un delito continuado de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas cometido por jefes, administradores y encargados de una organización. Ello lo sostenemos teniendo en cuenta la prueba practicada, que analizaremos en el apartado siguiente. De dicha prueba claramente se infiere que ambas actúan como representantes en España de otras organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales, la mayoría de las cuales operan en Colombia y Ecuador, aunque otras lo hacen desde nuestro país.

Tales estructuras a su vez se conciertan con las redes dedicadas a la distribución de droga, para recoger el dinero procedente de las ganancias de tal ilícito negocio, para luego fraccionarlo en remesas con apariencia de constituir envíos de emigrantes, previo ingreso en las cuentas de las entidades dedicadas a las transferencias dinerarias entre países, adoptando medidas favorecedoras de la opacidad financiera. Precisamente la labor de las dos nombradas acusadas, unas veces de consuno y otras separadamente y siguiendo los dictados de aquellos a quienes representan en España, consiste en la variedad de acciones encaminadas al buen fin del blanqueo, constituidas por la recogida del dinero metálico, su ingreso bancario, la «digitación» (confección) de los giros y la efectiva transmisión del dinero, utilizando los listados de ordenantes y de destinatarios facilitados por aquellos responsables de las organizaciones dedicadas al blanqueo.

Sin duda alguna, las referidas acusadas ocupan una posición secundaria en relación a tales centros de decisión que se conciertan con las redes de comercialización y venta de droga, para introducir en el mercado lícito las ganancias ilícitas. Pero en nuestro país, en cambio, ocupan una posición relevante y de responsabilidad respecto de otras personas a su cargo, integradas en la organización por ellas dirigida, puesto que esas otras personas tienen relación de dependencia sobre las decisiones adoptadas por las nombradas acusadas. A pesar de que Jacinta Hortensia es la corresponsal en España de hasta cuatro de las siete estructuras organizativas nombradas en el relato fáctico dedicadas al blanqueo de capitales, en tanto que Encarnación Mercedes lo es de las tres restantes, sus cometidos se entrelazan y complementan.

El hilo conductor de su proceder es la existencia de una estructura, creada por ellas con pretensiones de permanencia, compuesta de al menos otras cinco personas, ostentando ellas un claro liderazgo frente a esos otros integrantes de la organización, unidas a ambas por relaciones familiares y de amistad, y compartiendo el objetivo común y perdurable de transformar el dinero ilegítimo procedente de los beneficios del narcotráfico en dinero lícito...» (SAN 2/2014, de 3 febrero [JUR 2014\88611]).

* * *

«...Para individualizar la pena debe tenerse en cuenta: a) En relación al acusado Lucio Gerónimo que en su función de jefe de la organización creó una estructura tan

compleja, diversificada y que a los largo de tanto tiempo le permitió blanquear una cantidad tan importante de dinero, al tiempo que disfrutaba de un elevado nivel de vida, que la pena prudencialmente adecuada se estima en 7 años y 6 meses, que se corresponde con el máximo de la mitad inferior (por la apreciación de la atenuante) de la pena superior en grado, de 6 años y 1 día a 9 años, por existir las agravantes de pertenencia a organización y jefatura. b) En cuanto a Gabino Mariano se debe valorar la diversidad de funciones de las que era encargado en la organización. La gestión de pagos, la salida de fondos a través de las sociedades en paraísos fiscales, la vuelta de los fondos y su inversión en la adquisición de inmuebles, control personal de las inversiones en Georgia. A ello se añade la manipulación de otras personas para ocultar su ilícito actuar, y hasta la confección de contratos que no responden a la realidad, que presentó al tribunal al inicio de la vista oral. Por ello en este caso la pena que se estima prudencialmente adecuada es la de 7 años de prisión (por la apreciación de la atenuante), ligeramente inferior a la de Lucio Gerónimo, y que entra dentro de la mitad inferior de la pena superior en grado, de 6 años y 1 día a 9 años, por existir las agravantes de pertenencia a organización y encargado. c) Sobre Tamara Zaira se debe valorar que a su nombre se acumuló prácticamente todo el patrimonio, en ocasiones directamente, y en otras indirectamente al aparecer como socia mayoritaria en las sociedades. Teniendo en cuenta que no se le aplica el subtipo agravado de tratarse de encargada, pero la relevancia de su papel en la organización se estima prudencialmente adecuada la pena de 5 años y 3 meses de prisión, que se corresponde con la mitad superior de la pena del tipo básico (procedencia del dinero del tráfico de drogas), en su mitad superior (organización) y ésta en su mitad inferior (por la apreciación de la atenuante). d) Respecto a Ernesto Ezequías se debe valorar que fue muy importante el patrimonio inmobiliario cuya propiedad ocultó a través de sus sociedades, al tiempo que facilitaba su uso a Lucio Gerónimo, también el importe de las cantidades que canalizó hacia las sociedades de Madrid: 180.303 euros; 360.607 euros; 210.354 euros; y 1.803.038 euros. Por ello en este caso la pena que se estima prudencialmente adecuada es la de 5 años de prisión, que entra dentro de la mitad inferior (por la apreciación de la atenuante), una vez que se ha acudido, como en el caso anterior, a la mitad superior por tener origen los bienes en el tráfico de drogas, y a la mitad superior por pertenencia a una organización. Esta pena es ligeramente inferior a la de la acusada anterior, porque también la función desarrollada por este acusado fue de menor relevancia a la de Tamara Zaira, que atesoró a su nombre el patrimonio. e) En cuanto a Adriano Urbano actuó en relación tanto a las sociedades de Madrid, como facilitando el blanqueo en sus propias sociedades, y la relevancia del papel que desempeñó fue muy semejante a la del anterior acusado, por lo que la pena que se estima prudencialmente adecuada también es la de es la de 5 años de prisión, que entra dentro de la mitad inferior (por la apreciación de la atenuante), una vez que se ha acudido a la mitad superior por tener origen los bienes en el tráfico de drogas, y a la mitad superior por pertenencia a una organización.

f) Sobre el acusado Arsenio Leandro su papel en la organización fue ligeramente inferior al del anterior acusado, aunque también se diversificaron sus funciones entre la intermediación en la compra de inmuebles y la canalización de fondos a través de sus sociedades, por lo que se estima adecuada la pena de 4 años y 8 meses de prisión, que entra dentro de la mitad inferior (por la apreciación de la atenuante), una vez que se ha acudido a la mitad superior por tener origen los bienes en el tráfico de drogas, y a la mitad superior por pertenencia a una organización. g) En relación con Augusto Celestino cabe valorar que este acusado, aún sin asumir su responsabilidad, si reconoció aspectos relevantes de las operaciones desarrolladas, y teniendo en cuenta que en

su caso no concurre más que la agravante de pertenencia a organización, junto con la atenuante expuesta, por más que fuese muy importante la cantidad blanqueada, la pena que se estima procedente es la del mínimo legal de 3 años, 3 meses y 1 día.

h) Respecto a Onésimo Tomas, teniendo en cuenta la importante cantidad que blanqueo, 7.110.545 euros, pero también que se trata de una persona que en cierto modo fue utilizada por el acusado Gabino Mariano la pena que se estima procedente es la de 2 años de prisión, teniendo en cuenta que en este caso nos movemos en el tipo básico, con una atenuante expuesta.

Además el tipo básico contiene una pena de multa del tanto al triplo del valor de los bienes blanqueados, pena sobre la que deben operar los tipos agravados estimados para cada acusado, valorando su capacidad económica. Esta pena de multa está sujeta a una responsabilidad subsidiaria, pero sólo en el caso de los condenados a pena privativa de libertad no superior a 5 años, art. 53.3 del C.P.

Sobre la pena de inhabilitación especial: El párrafo segundo del art. 302, en su redacción originaria establecía, en los casos de organización dedicada a los fines del blanqueo, la imposición de la inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y que se podrá decretar, asimismo, la disolución, suspensión de actividades o prohibición de actividades de la organización. La redacción actual contempla la inhabilitación especial en los mismos términos, pero ya para el tipo básico en el art. 301 1. Además el art. 303, que no ha sido objeto de modificación, establece que: si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizado por empresario, intermediario en el sector financiero... se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para... profesión y oficio, industria o comercio, de tres a diez años.

El Ministerio Fiscal solicita, además de las accesorias, la aplicación de pena de inhabilitación especial exclusivamente para los acusados siguientes:

Ernesto Ezequías inhabilitación especial para la dirección, administración o gerencia de sociedades de capital por tiempo de 5 años. Esta pena se reputa procedente, con base en el art. 302 del C.P, ya que este acusado se sirvió de su actividad al frente de sus empresas para llevar a cabo la conducta delictiva de blanqueo que se ha descrito. Se adapta a la duración de su pena privativa de libertad. Se trata de una pena cuya imposición es preceptiva por imperativo legal, con lo que no cabe estimara la indefensión alegada por la defensa de Ernesto Ezequías, y ello aunque se hubiese omitido por la acusación en la calificación provisional, pues esta omisión fue subsanada en la calificación definitiva...» (SAN 19/2012, de 6 marzo [JUR 2012\317867]).

* * *

16.4. Subtipo Agravado: Empresarios, facultativos, funcionarios, trabajadores sociales o docentes (Art.303)

16.4.1. Casos Prácticos

CASO N.º 270

José Pedro, mayor de edad y sin antecedentes penales se instaló en España con la finalidad de recaudar importantes sumas de dinero procedentes del tráfico ilegal de drogas y su posterior remisión, mediante transporte físico y a través de cuentas bancarias establecidas en España y Suiza, a Miami (EE.UU.), Colombia, Panamá y Gibralt...

tar. En esta función con él colaboraba, con pleno conocimiento del origen de los capitales, su cuñada Lucía, núm.001, mayor de edad y sin antecedentes penales no constando que lo hiciese su esposa Clara —núm.002, mayor de edad y sin antecedentes penales.

1.—Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, se reunió con Gregorio, el día 3 de noviembre de 1998. Con fecha de 15 de diciembre de 1998 se reunieron José Pedro, Felipe y Gregorio en el Hotel Miguel Ángel de Madrid. Finalizada ésta reunión Felipe se reúne nuevamente con José Pedro y dos súbditos colombianos. El día 25 de enero de 1999 se celebró una nueva reunión en la Cafetería Independencia de Madrid, a la cual asistieron además de los ya citados Felipe y José Pedro, el hijo de éste Romeo. A las fechas de celebración del juicio oral, y con mucha antelación en la instrucción, Gregorio se encontraba en ignorado paradero. Posteriormente con fecha de 8 y 25 de febrero de 1999, 3 y 23 de marzo de 1999 se celebraron otras tantas reuniones entre Felipe, Romeo y del también acusado Alonso, DNI núm.003 mayor de edad.

2.—Simultáneamente José Pedro puso en marcha mecanismos que habrían de servir para sacar importantes cantidades de dinero de España. Para ello contaba con el ya citado Alonso, antiguo amigo suyo y que le presentó a Isidro, DNI núm.004, mayor de edad y sin antecedentes penales. Este a su vez introdujo en el grupo a Alberto, DNI núm.005, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien aportaría su experiencia en el mundo financiero y particularmente ejercer entonces como director del Banco del Espíritu Santo, sucursal de Burgos, para la consecución de los ilícitos fines perseguidos por José Pedro.

3.—Siguiendo las instrucciones de José Pedro, Alberto abrió con fecha 24 de febrero de 1999 la cuenta núm.006 en el BESSA de Burgos a nombre de aquél, ingresando ese mismo día un cheque por valor de 27.440.200 pesetas. Dicho cheque había sido librado por la esposa de Alberto, Sara —quien actuaba siguiendo las indicaciones de su marido sin que conste tuviera conocimiento de la ilícita procedencia de los capitales— contra la cuenta que la entidad Gargoiko SL mantenía en la sucursal sita en la C/000 núm.000, de Madrid de la entidad Citibank. Previamente en la cuenta de Gargoiko —sociedad patrimonial de carácter familiar controlada por Alberto— se habían ingresado 27.990.000 pesetas en efectivo entregados por José Pedro; de esta forma se evitó que en la cuenta de éste apareciera una entrada de efectivo tan abultada, obteniendo a cambio Alberto 549.800 pesetas, esto es el 2 % de la operación.

4.—Con fecha de 26 de febrero de 1999 se repitió una operación similar, al ingresarse en la citada cuenta del Bessa otro cheque emitido por Gargoiko, por importe de 24.500.000 pesetas, contra la que es titular dicha entidad en la agencia de Bankoa de la calle 000 núm.0001, de Madrid. Como en el caso anterior, previamente se habían ingresado en la cuenta de Gargoiko 24.990.000 pesetas en efectivo. La diferencia entre la cantidad ingresada y el importe del cheque, 490.000 que quedaron en la cuenta de Gargoiko como retribución a Alberto, se corresponden con el 2 % exacto de la cantidad ingresada en el Bessa. Desde dicha cuenta, se alimentaron otras cuentas de José Pedro en España a través de transferencias, evitando de esta forma un excesivo recurso de los ingresos en efectivo. Así con fecha de 25 de febrero de 1999 Lucía ordenó la transferencia de 1.000.000 de pesetas al Banco de Andalucía, sucursal de Marbella; así mismo el día 26 de los mismos mes y año José Pedro envió tres nuevas transferencias de 3.000.000 de pesetas cada una a las sucursales de Marbella de Cajasur, Argentaria y Banco de Andalucía.

5.—Además de esta cuenta abierta a su nombre, José Pedro se sirvió de otras cuentas abiertas por Alberto en Bessa, con otras identidades para la realización de

operaciones bancarias ocultando así la verdadera naturaleza y ordenante de las mismas. Así con fecha de 29 de marzo de 1999 se abrió una cuenta en dólares USA en Bessa de Burgos a nombre de un tal Lucas. En la cuenta a nombre de Lucas se ingresaron el día 30 de marzo de 1999 33.000 dólares USA procedentes de una conversión de billetes a divisa. Al día siguiente se ingresaron por Alonso 6.228,52 dólares USA. Con fecha 12 de abril de 1999 se ingresaron en esta cuenta 12000 dólares USA procedentes de la cuenta que en la misma entidad mantenía Isidro.-Desde esta cuenta a nombre del inexistente Lucas, se enviaron transferencias al extranjero que fueron ordenadas por José Pedro a Alberto.

Como quiera que dichas transferencias superaban el saldo existente en la cuenta a nombre de Lucas, la cuenta quedó con un saldo negativo de 10.173,94 dólares USA, que fue cubierto mediante una transferencia efectuada por Lucía desde Banesto de Marbella (cta. Núm.007) a la cuenta de Lucas por importe de 11.000 dólares USA (1.686.660 pesetas). Las Transferencias efectuadas por orden de José Pedro, todas ellas con destino a Miami (EE.UU), llegaban a Estíbaliz en Colombia, la cual se lo hacía llegar a Marisol, secretaria de José Pedro, en dicho país, y quien lo entregaba a la persona que telefónicamente le indicaba José Pedro.

6.—Otro de los procedimientos acordados por Alberto, Isidro y José Pedro para poner el dinero en el extranjero con total opacidad, fue el de trasladar físicamente el capital a Suiza, desde donde sería transferido al país de destino, evitando así cualquier rastro del movimiento. De esta forma José Pedro entregó 103.000.000 de pesetas a Isidro quien a su vez se los llevó a Alberto, para que éste los trasladara físicamente hasta la sucursal de la Compagnie Financiere Espirito Santo de Lausanne (Suiza), donde quedaron ingresados en la cuenta numerada 00000 (KUKI), cuyo titular es la esposa de Alberto, Sara y que había sido abierta con fecha de 10 de marzo de 1999. Los días 16 y 17 de dichos mes y año se hicieron sendos abonos en dicha cuenta por importe de 544.776,70 dólares y 98.617,27 dólares respectivamente y al día siguiente se transfirieron 641.378,94 dólares USA a la cuenta núm.000 de la entidad Banque Paribas (Suiza), SA de Ginebra; este traspaso fue debido a los problemas que la primera entidad había puesto de manifiesto al no coincidir la cantidad supuestamente transportada con la que resultaba del recuento y dada la existencia de billetes falsos; ante la actitud del Banco Marcial, encargó a su mujer que enviase una carta al banco para que remitiesen todo el saldo de esta cuenta a la que poseía en la entidad bancaria Paribasf con el número 00000-S. Desde esta cuenta, a su vez, el 22/03/99 se hizo una transferencia de 650.000 dólares a la que Isidro tenía abierta en el mismo banco con el núm.008. Desde su cuenta en éste banco Isidro efectuó una transferencia a su cuenta en dólares en el Bessa de Burgos de 650.209,34 dólares, el día 30 de marzo de 1999 había dado de alta una cuenta en pesetas (núm.009) y el 5 de abril del mismo año una cuenta en dólares (núm.010). El primer ingreso existente en esta última es precisamente la transferencia de fecha 6 de abril de 1999 procedente del Banco Paribas de Ginebra por importe de 650.209,34 dólares USA. Posteriormente se verificó la transferencia de 12000 dólares a la cuenta del inexistente Lucas ya referida. Por último, con fecha de 9 de abril se ordenó una transferencia de 625.000 dólares USA a Panamá, con la entidad Pacific Divertisement Corp, SA como beneficiario, que fue bloqueada y cuyo importe está a disposición del Juzgado. También en el período de tiempo que estamos examinando, siempre bajo la dirección de Alberto, y en la mecánica convenida, se abrieron otras cuentas en el Bessa de Burgos, que no llegaron a ser utilizadas. Así, la de Gargoiko SL, abierta el 2/3/99, de la que Alberto no presentó los poderes de la administradora única, dando largas al interventor de la Sucursal, la de José Miguel núm.011, abierta el 22/3/99, y la de Luis Pedro núm.012, abierta el 8/3/99.

7.—Alberto, el día 11 de marzo de 1999 y en el Hotel Wellington de Madrid, presentó José Pedro al también acusado José Miguel, con DNI núm.013, mayor de edad y sin antecedentes penales, para que hiciera llegar a Colombia grandes sumas de dinero de la ilícita procedencia antes citada, aprovechando que su hermano, el también acusado Íñigo, residía en Colombia; para ello acordaron que Alberto mandara el dinero en dólares a los Estados Unidos de América, a nombre de determinados ciudadanos colombianos, que por razones ajenas al ilícito tráfico que nos ocupa, deseaban situar sus capitales en dicho país; una vez confirmada la llegada de dinero a las cuentas de EEUU, tales ciudadanos colombianos entregaban en Bogotá el contravalor en pesos colombianos a Íñigo, quien procedía a cambiarlos a dólares en el mercado paralelo, tras lo cual ponía el dinero a disposición de Marisol. Para ello, a nombre del citado Luis Pedro, Alberto abrió con fecha de 12 de marzo de 1999 la cuenta núm. NUM014 SOCIO en la Compañía Financiera Espíritu Santo, SA, de Lausana, desde la que realizó el día 17 de marzo de dicho año dos transferencias a Florida (EEUU) por importe de 50.065 Dólares USA cada una a favor de Darío y Agustín, cantidades que por el sistema de compensación antes relatado fueron aplicadas a los fines señalados por José Pedro.

8.—Otra de las vías utilizadas por José Pedro para el envío de dinero era la de la persona de María Virtudes, directora adjunta del Banque Multi Commerciale de Ginebra, e Donato —num. 015—, mayor de edad y sin antecedentes penales, persona que ignorante de la procedencia de los fondos, se encargaba de recoger el dinero de manos de José Pedro y ponerlo en manos de María Virtudes, la cual lo ingresaba a la cuenta que al efecto apertura en su banco bajo el nombre «Tayrona», y en la cual se efectuaron ingresos por valor de 1.700.000 dólares, la mayor parte de los cuales fueron finalmente transferidos a Gibraltar. Así, con fecha de 15 de febrero de 1999, José Pedro acompañado de su cuñada Lucía se dirigieron a la oficina de Banesto sita en la c/ 000, núm.00, de Madrid, donde recogieron cuarenta millones de pesetas que tenían depositadas en una caja de alquiler e introdujeron en una bolsa de plástico, tras lo cual regresaron al Hotel Villamagna. En la cafetería de dicho hotel y sobre las 13,10 horas se reunieron con el acusado Donato, que portaba una mochila de color negro, dirigiéndose los tres a la habitación que ocupaba José Pedro, donde le hicieron entrega del dinero extraído de la caja de seguridad de Banesto para que este lo hiciera llegar conforme a lo dicho anteriormente a María Virtudes. Las cantidades entregadas por José Pedro para María Virtudes, los días 22/02/99, 09/03/99 y 10/03/99 ascendieron a un total de 200.000.000 de ptas., que fueron ingresados en la cuenta núm.016-Tayrona del Banco Multi Comerciales de Ginebra (Suiza).

9.—Por su parte Alonso realizó cambios de divisas por cuenta de José Pedro por importe de 7.000.000 de pesetas aproximadamente; así con fecha de 12 de febrero de 1999 realizó en Caja España un cambio de 13.225 Dólares USA por 2037.998 pesetas. Así mismo, en el registro de la Sucursal del Bessa de Burgos, practicado el 12 de abril de 1999, oculto en el interior de la caja fuerte se encontró un maletín de cuero marrón conteniendo 15.700.000 pesetas que Alonso había trasladado desde Madrid a Burgos para su posterior envío al exterior.

10.—Actuando de mutuo acuerdo José Pedro y Alberto, este procedió a la apertura de cuentas utilizando documentación falsa y falsificando las firmas en los contratos de apertura y cartulinas de firmas; así con fecha de 29 de marzo de 1999, en la sucursal del Bessa de Burgos se apertura la cuenta en dólares núm.017, a nombre de Lucas, persona inexistente, para lo cual utilizó una fotocopia de la documentación de un vecino y amigo de José Pedro en Marbella (Málaga), Carlos María —del que no consta tuviera conocimiento de este hecho—, fotocopia en la que apenas se pueden visualizar

los datos de éste, y en la que se han unido los trazos de la firma original para formar una «W», y en la parte superior de la fotocopia se ha puesto el núm. de pasaporte núm.018, en el que se ha variado, respecto al pasaporte original, los dos últimos números «3» y se ha hecho constar una dirección que no corresponde a la del titular del pasaporte. Para realizar las transferencias ya relatadas desde dicha cuenta el día 09 de abril de 1999, que habían sido previamente solicitadas por José Pedro, éste remitió a Alberto los oportunos fax desde su domicilio al Bessa de Burgos, si bien el enviado por José Pedro para la transferencia de los 11.340 dólares, fue fotocopiado por Alberto sustituyendo la firma de éste por la del supuesto Lucas y entregado al empleado encargado de hacer la transferencia.

11.—Jose Pedro, desde 1974, ha sido relacionado e investigado por la agencia estadounidense Drug Enforcement Administration, por su implicación en diversas operaciones de tráfico ilegal de marihuana y cocaína. Así mismo, y simultáneamente a la realización de los hechos relatados, se realizó una actuación antidroga en Colombia denominada «operación camarón» en la que fueron detenidos Luis Antonio y Ángel Jesús, entre otros, personas ambas con las que José Pedro había mantenido relación y particularmente con Ángel Jesús a quien José Pedro vendió una propiedad inmobiliaria en Cali (Colombia) calle 005, núm.0005, que fue objeto de entrada y registro en el curso de la citada operación. José Pedro y Lucía, cuando tuvieron conocimiento de tales hechos, adoptaron medidas para evitar que se les relacionara con tales personas y se supiera de su presencia en España.

CASO N.º 271

En fecha 26 de junio de 1997, Mariano, de forma ilícita, consiguió que la entidad Incarco International Banking NV —perteneciente al mismo grupo empresarial que Citibank Na Sucursal Venezuela—, le concediera una línea de crédito por importe de 2.300.000 dólares USA y utilizando la entidad mercantil Inveca Pittburg CA transfirió desde Aruba el citado importe a la cuenta corriente núm.000 de la calle Calle0001 de esta capital del Banco de Santander abierta día antes (concretamente el día 10 de junio) a nombre de la entidad Encarna, de la que era su dueño Pedro Miguel, y su administrador Benito, personas ya fallecidas.

Una vez que estaban los fondos en dicha cuenta, a instancia del acusado Eduardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual había asesorado jurídicamente en alguna ocasión a la entidad mercantil antes mencionada, y teniendo conocimiento de la procedencia ilícita del dinero recibido, siguiendo instrucciones directas de Mariano, se personó con Benito en la sucursal del Banco de Santander para cobrar la cantidad remitida en metálico, no pudiéndolo hacer ya que en la sucursal adujeron los inconvenientes en cuanto a que no tenían disponibles esa cantidad y que los poderes notariales presentados por el acusado no estaban en vigor. Ante estas circunstancias, Eduardo solicita y obtiene que el dinero —que en pesetas suponía la cantidad de 334.508.652—, se transfiera a la cuenta corriente núm. Núm.001 de la sucursal de La Caixa sita en la calle Calle.0002 de esta capital, abierta también a nombre de Encarna, sucursal a la que acudieron, el día 4 de julio de 1997, con un cheque nominativo a nombre del también acusado Rosendo, mayor de edad y sin antecedentes penales, por importe de 100 millones de pesetas, con el fin de que se lo reintegraran en efectivo, cosa que tampoco consiguieron, logrando solamente extraer la cantidad de 56.000.000 millones de pesetas.

Posteriormente, el día 7 de junio, Eduardo Y Rosendo acudieron de nuevo a la mencionada sucursal de la Caixa, con la finalidad de hacer efectivo el cheque núm.002

a nombre también de Rosendo, por importe de 100 millones de pesetas, siendo acompañados por el director de la citada sucursal a la oficina principal de La Caixa en el Paseo 001, núm.0001, de esta Capital, donde se les entregó en metálico el citado importe, que trasladaron a la sucursal de Bankinter sita en la calle 0003, de Madrid, donde los acusados ingresaron el dinero en una caja de seguridad alquilada previamente por la acusada Juana, siguiendo instrucciones expresas de Mariano, de quien era socia y administradora de la entidad Disk Drive and Memory SL. Al día siguiente, 8 de julio y cuando Eduardo Y Rosendo iban a cobrar otros 100 millones de pesetas, el primero de ellos fue detenido por funcionarios de la Policía, a quien les relató lo sucedido, así como dónde se encontraba el importe de los 100 millones extraídos el día anterior, aportando igualmente dos fax y dos documentos que contenían el destino que se iba a dar a los fondos remitidos desde Venezuela.

Rosendo fue contratado por Eduardo únicamente para llevar a cabo labores de seguridad en los traslados del dinero de una entidad bancaria a otra, no conociendo la procedencia ilícita del dinero, procedencia que tampoco conocía Juana quien llevó a cabo las operaciones bancarias descritas a instancia y por indicaciones expresas de su socio Mariano.

CASO N.º 272

El día 14 de abril de 2004 Carlos Alberto, mayor de edad penal y con antecedentes no computables, previamente concertado con José Ignacio, —mayor de edad penal y sin que consten antecedentes—, y Luis Manuel, —mayor de edad penal y sin que consten antecedentes—, se dirigieron en el vehículo Mercedes matrícula PQV conducido por Carlos Alberto acompañado de José Ignacio, a la provincial de Cádiz con la finalidad de adquirir una importante cantidad de droga que, transportaría Luis Manuel, en el vehículo Audi A-6, matrícula..., realizando los primeros funciones de vigilancia y protección. Sobre las 22.45 horas se ocupó en el maletero del citado vehículo Audi, dos fardos conteniendo un total de 56.500 gramos de hachís (THC 14,1%) y 794 gramos de hachís (THC 25,8%) con un valor total en el mercado ilícito de 80.385 euros; el vehículo había sido aparcado por Luis Manuel en la calle CALLE0001 frente a la pizzería que poseía Carlos Alberto y que éste le había indicado. La droga intervenida era para ser destinada al tráfico ilícito por los referidos acusados.

Luis Manuel es adicto a sustancias estupefacientes desde hace años, se ha sometido a tratamientos de desintoxicación y en la actualidad sigue un tratamiento con metadona, que aunque no afecta de manera importante a sus facultades de entendimiento, pero que ejecutó el delito debido a esa circunstancia.

El referido Carlos Alberto miembro de una familia conocida policialmente como dedicada al tráfico de estupefacientes, con vínculos con personas relacionadas con el narcotráfico, viene dedicándose desde hace años, aún siendo menor de edad penal y según antecedentes policiales, al suministro y distribución de cantidades de droga, de forma organizada, siendo cabecilla de la ilícita actividad. Producto del mencionado tráfico de drogas el acusado Carlos Alberto ha obtenido importantes beneficios económicos y un enriquecimiento de su patrimonio que le permite un alto nivel de vida, a pesar de carecer de negocio lícito o actividad que justifique el importante incremento de su patrimonio. Maneja grandes cantidades de dinero, hasta el punto de que el Banco de España, sucursal de Granada, ha llevado a cabo el canje de billetes de euros pequeños procedentes de la compra y venta de droga, por billetes de 500 euros, en fechas de 21 de abril, 23 de septiembre, 14 de octubre, 17 de noviembre y 30 de diciembre de 2003, 3 de febrero, 9 de febrero, 8 de marzo y 12 de abril de 2004, por un

total de ciento noventa y un mil quinientos euros (191.500 euros). Carlos Alberto con la finalidad de ocultar y encubrir el origen ilícito de los bienes ha llevado a cabo una serie de operaciones mercantiles extrañas al tráfico normal tales como apertura de cuentas corrientes, transacciones de bienes, en ocasiones meramente formales. Particularmente, puesto de común acuerdo con su mujer, Paula, mayor de edad penal y sin antecedentes penales, le ha transmitido cuantiosas cantidades de dinero y puesto a su nombre un gran número de bienes muebles e inmuebles. De este modo, Paula posee los siguientes vehículos: BMW 330 Ci Cabriole, QMH adquirido el 31 de enero de 2002 tasado por Perito en 28.318 euros; Citroën Xsara Picasso; YNL, adquirido el 21.12.01 tasado en 8.565 euros; y Opel Monterrey ZPY adquirido el 23.7.01 tasado en 2.867 euros; Moto náutica Bombardier GTX tasada en 5.400 euros. Y es titular de ocho bienes inmuebles. Todos los bienes inmuebles han sido adquiridos por la acusada con dinero en efectivo, encontrándose libres de cargas y gravámenes y que le proporcionaba su marido Carlos Alberto de los beneficios obtenidos de su actividad delictiva de tráfico de drogas, circunstancia conocida por Paula.

Paula además es titular de numerosas cuentas corrientes, entre otras, dos cuentas en la entidad bancaria La Caixa con un saldo de 83.398,06 y 60.000 euros.

En esta actividad de aprovechamiento y ocultación ilícita de bienes, Carlos Alberto se ha valido de los otros acusados, a modo de testaferros, poniendo vehículos a su nombre o bien, haciendo ingresos en cuenta corrientes de las que estos eran titulares los cuales eran inmediatamente traspasados a otras cuentas corrientes.

El acusado Carlos Alberto es propietario de los siguientes vehículos:

Vehículo Audi A-6 matrícula WWW matriculado el 28 de enero de 2004 tasado por perito en 4.839 euros, vehículo Mercedes C270CD matrícula 7009CRM adquirido el 22 de enero de 2004 tasado por perito en 29.746 euros, vehículos puestos a nombre de Consuelo, mayor de edad penal y sin antecedentes (a pesar de carecer de carnet de conducir).

Luis Manuel compañero sentimental de la anterior, es titular entre otros, del vehículo Renault 19, matrícula W-...-W tasado en 410 euros, y vehículo Hyundai Coupe, matrícula E-...-G tasado por perito en 3696 euros, fue quien además facilitó la gestión burocrática para poner a nombre de Silvia los vehículos antes referidos.

En fechas 23 de marzo y 26 de mayo de 2004 el acusado Carlos Alberto, con conocimiento y consentimiento de José Ignacio y Sonia, mayor de edad y sin antecedentes, dio indicación de que se hicieran ingresos por importes de 27.000 y 9.000 euros, cantidades procedentes de la venta de drogas en la cuenta corriente de la que aquélla era titular en la Caixa, cantidades traspasadas el mismo día a la cuenta corriente de la acusada Paula.

En otras ocasiones así el 27 de mayo de 2003 también fueron ingresados en dicha cuenta 9000 euros y traspasados el 28 de mayo de 2003 a la citada cuenta de Paula.

16.4.2. *Jurisprudencia*

«...Los hechos que se declaran probados en esta resolución son constitutivos: a) Un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, previsto y sancionado en los arts. 301.1-2º y 302.1º (organización) del Código Penal. b) Un delito de blanqueo de capitales de igual procedencia, de los artículos 301.1-2º y 302.1º (organización) y 303 (intermediario en el sector financiero) del Código Penal.

La problemática de estos delitos radica en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito o delitos contra la salud pública antecedentes

de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa, se acude a la prueba indiciaria, que se considera bastante para enervar la presunción de inocencia a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados, como son la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, la vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, el aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación, y la inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial. El elemento subjetivo del tipo es el conocimiento del origen ilícito de los bienes, y haberse generado mediante el hecho delictivo del tráfico de drogas, elemento subjetivo que no es preciso que consista en conocer con todo detalle la infracción procedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen del tráfico de drogas de manera general, habiéndose admitido jurisprudencialmente el dolo eventual como forma de culpabilidad. Y ya se ha expuesto en anteriores razonamientos los hechos objetivos directos y los hechos base o indicios que fundan la condición judicial y están plenamente acreditados, explicando la resolución los razonamientos a cuyo través la Sala ha llegado a la convicción sobre los hechos y la participación...» (SAN 25/2005, de 27 julio [JUR 2008\349515]).

* * *

«...la ahora recurrente plantea dos cuestiones jurídicas de sumo interés en el ámbito de este delito de blanqueo de capitales: una, reclama su posición inferior en el entramado delictivo, de modo que su conducta sería, a lo sumo, constitutiva de una participación accesoria a título de cómplice; otra cuestión que también invoca y pone sobre la mesa de sus pretensiones impugnatorias, es la inexistencia del elemento subjetivo reforzado por la agravación específica que se aplica por la Sala sentenciadora de instancia, en el sentido de que no existe conocimiento, por su parte, de que los bienes procedan de un delito de narcotráfico (de los diseñados por el legislador en los arts. 368 a 372 del Código Penal) (...). Para dar respuesta casacional a esta cuestión, hemos de recordar nuestra doctrina en torno a la complicidad como participación delictiva, la que requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito, y finalmente, la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v.SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS. 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecuta-

dos por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad 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, cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». Se trata de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio de 1992).

De los hechos probados podemos inducir que la actuación de estos acusados lo es a modo de testaferros, poniendo vehículos a su nombre o haciendo ingresos en sus cuentas corrientes, de las que éstos eran titulares, cuyos ingresos eran inmediatamente traspasados a otras cuentas corrientes. De esta manera, Consuelo tiene puestos a su nombre dos vehículos (sin tener permiso de conducción y cuya propiedad es declarada por parte de la sentencia recurrida a favor de Carlos Alberto), facilitando el coacusado Luis Manuel, compañero sentimental de aquélla, la gestión burocrática para poner a su nombre los vehículos reseñados en el «factum» (un Audi-6 y un Mercedes); en el caso de José Ignacio y de Sonia, el cabecilla de la trama, Carlos Alberto, les indica que se hagan ingresos por importes de 27.000 euros y 9.000 euros en la cuenta corriente de que Sonia era titular en la La Caixa, cantidades traspasadas el mismo día a la cuenta corriente de Paula (23 de marzo y 26 de mayo de 2004), y en otras ocasiones, el día 27 de mayo de 2003, se hizo lo propio en la suma de 9.000 euros, que pasaron a la cuenta de Paula, esta vez, al día siguiente.

El tipo penal aplicado se refiere a la adquisición, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen delictivo (según los casos, a la sazón, delito grave o procedente del tráfico de drogas), o bien se realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Con esta descripción típica tan abierta, las formas accesorias de participación criminal se hacen muy dificultosas (STS 1113/2004, de 9 de octubre), pues la aportación de los ahora recurrentes: o son actos de adquisición de bienes para su transmisión a terceros (recepción de dinero en cuentas para su posterior transferencia a un tercero), o se trata de «cualquier otro acto» para ocultar su origen ilícito o ayudar al infractor a eludir las consecuencias de sus actos. Si bien es cierto que no tienen el dominio funcional de los hechos, no es menos cierto que su conducta lo es de cooperación necesaria, que, en realidad, en el tipo delictivo que se describe en el art. 301 del Código Penal es más bien la que conforma propiamente la estructura del tipo, al referirse a actos que están conectados con otro delito. En definitiva, son actos de adquisición y transformación de bienes, con la finalidad de encubrir su verdadero origen, y poner a salvo la responsabilidad penal de los autores. Son numerosas las resoluciones de esta Sala que, tratando de camuflar el origen de los bienes, consideran autores de un delito de blanqueo de capitales a quienes ponen ficticiamente a su nombre automóviles, embarcaciones, cuentas corrientes, activos mobiliarios, etc. De modo que la complicidad es muy difícil de construir, dada la amplitud del texto legal que llega a incriminar incluso «cualquier otro acto» de colaboración; en consecuencia, no se pueden acoger las pretensiones de los recurrentes.

En un segundo apartado, la conexión con un delito procedente de tráfico de drogas, está declarada en el «factum», al decir que las cantidades que ingresa en la cuen-

ta corriente Sonia, son «procedentes de la venta de drogas», y que José Ignacio tenía pleno «conocimiento y consentimiento», y respecto a Consuelo (dos vehículos tasados en 36.000 euros) que lo fue «en esta actividad de aprovechamiento y ocultación de ilícita de bienes», y que «lo cierto es que prestó su identidad a Carlos Alberto para transformar el dinero procedente de su actividad delictiva como narcotraficante» (STS 449/2006, de 17 abril [RJ 2006\3101]).

* * *

«...El motivo duodécimo censura la indebida aplicación del primer inciso del art. 303 del CP, a cuyo tenor: «si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años».

La Sala sentenciadora ha aplicado estrictamente dicho precepto, y no el artículo 56 del propio Código, como pena accesoria, ya que la norma contenida en el art. 303 es regla especial respecto a la anterior. Y lo ha hecho en su condición de Letrado, privándole, mediante inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado por tiempo de tres años.

Las profesiones especialmente previstas por la Ley para poder sufrir una inhabilitación son las mencionadas en el tipo, esto es, empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, y cuando se trata de facultativos, la norma lo interpreta de forma auténtica, señalando en su párrafo segundo, que «a tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

Lo primero que debemos indicar es que no parece un elenco de profesiones que puedan estar ordinariamente dedicadas a cometer un delito de blanqueo de capitales, dentro del ejercicio de su profesión u oficio, como reclama expresamente el precepto analizado. Y, en segundo lugar, que el principio de taxatividad que requiere la interpretación de la norma penal, proscribiendo toda interpretación extensiva «in malam parte», impide subsumir la profesión de abogado en tal enumeración, pues los hechos se produjeron en una especie de intermediación mediante comisión; al no estar incluida la profesión de abogado en el listado de posibles inhabilitaciones, y no haberse cometido los hechos como abogado en ejercicio (defensa de derechos e intereses ajenos), se ha producido la infracción legal demandada, y el motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado...» (STS 1501/2003, de 19 diciembre [RJ 2004\2128]).

* * *

«...el tipo delictivo del blanqueo de capitales, exige que los bienes procedan de un delito, pero no requiere la previa condena del mismo, ha de establecerse su relación genérica (sin que haya de precisarse un concreto supuesto fáctico delictivo), y cuando se trata de uno de los tipificados en los arts. 368 a 372 del Código Penal, cualquiera de ellos sirve para comprender la agravación específica del párrafo segundo del apartado 1 del art. 301 del Código Penal, sin que tenga que tratarse, a la vez, de un delito grave (discusión que, tras la LO 15/2003, ya no tendrá ninguna trascendencia).

Respecto a la posibilidad de que el propio narcotraficante sea, a la vez, el blanqueador de los bienes procedentes de tal origen, por más de ser ésta una cuestión

discutida en la doctrina científica, es lo cierto que no es procedente resolverla en este caso, toda vez que los bienes blanqueados no proceden del delito por el que ha sido condenado el ahora recurrente. Esto es patente, pues la detención por tal delito es inmediata al comienzo de la instrucción de esta causa criminal. La multitud de bienes blanqueados proceden de otros muchos delitos de narcotráficos que no se han juzgado, ni es precisa una condena penal por ellos, como claramente declara nuestra doctrina jurisprudencial (conforme a lo analizado con anterioridad). Y, para agotar el tema, ya dijimos, en todo caso, en STS 1293/2001, de 28 de julio, que «... tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...» Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal».

En suma, esta sentencia mantiene que los actos de blanqueo definidos son de propia procedencia o de ajena producción, pues la disyuntiva «o» relacionada con actos de ayuda a terceros que «hayan participado en la infracción», parece no eliminar la propia comisión del blanqueador en la misma producción del dinero ilícito. Y abundando en la tesis que mantiene esta sentencia, el art. 301.2 del Código Penal, que trata del denominado blanqueo sucesivo, requiere, por un lado, que el autor del delito conozca que la actividad que despliega lo sea de alguno de los delitos que pueden dar lugar a su origen, pero también que proceda de un «acto de participación en ellos». Tal distinción puede interpretarse en el sentido de que se trate de un delito propio, o bien de un acto de participación ajena. Finalmente, sería un contrasentido que el blanqueo de bienes procedente de un delito de escasa entidad punitiva, pero de pingües beneficios económicos, quedara impune, y en caso de no lograr probarse tal actividad ilícita, se castigase, en cambio, el blanqueo de capitales procedente del aquél...» (STS 449/2006, de 17 abril [RJ 20063101]).

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales