

Roj: STS 1742/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1742
Id Cendoj: 28079120012015100212

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2046/2014

Nº de Resolución: 250/2015

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y Preceptos Constitucionales que ante Nos pende, interpuesto por **el MINISTERIO FISCAL Y Diana**, contra Sentencia de fecha 10 de junio de 2014, de la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 93/12 dimanante de las Diligencias Previas núm. 730/09, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vilanova I La Geltru, seguido por delito de estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano; siendo parte como recurrente el Ministerio Fiscal y Diana, representada por M^a Isabel Salamanca Alvaro, como parte recurrida Unoe Bank representada por el Procurador de los Tribunales D^a. M^a Luisa Maestre Gómez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Vilanova I La Geltru, nº 3, incoó Diligencias Previas nº 730/09, contra Diana, por estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Primera, que con fecha 10 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" **HECHOS PROBADOS** :PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que Diana, mayor de edad, D.N.I. NUM000, condenada ejecutoriamente en *Sentencia de 22 de marzo de 2007 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Mataró por delito de falsificación en documento público, acudió el día 17 de noviembre de 2008, por la mañana, al establecimiento Miró de la calle Metalurgia de la localidad de Vilanova i la Geltrú. Lo hizo acompañada por su tío, Sr. Ezequias, de 72 años de edad, y quien se había ofrecido a ayudarla a comprar algún objeto, dado que ella no disponía de solvencia para obtener un crédito. El Sr. Ezequias accedió a comprar un televisor y una consola para lo cual solicitó financiación en la tienda. Posteriormente, acudió de nuevo la acusada a la referida tienda, esta vez sola, y señaló que quería ampliar la compra a otros objetos, para lo cual había que solicitar un nuevo crédito de financiación. Aprovechando que su tío había prestado consentimiento anterior y que disponía de sus datos, falsificó la firma de éste en la solicitud, sin que su tío lo supiera, y haciendo creer al personal de la tienda que era él quien lo había firmado, y compró objetos por importe de 1994,54 euros, cuyo pago se financió a través de la entidad FINCONSUM. Diana hizo suyos los objetos comprados, si bien no abonó las cuotas del préstamo, ni a la financiera, ni a su tío, Sr. Ezequias. Éste, a su vez, y denunciados los hechos, tampoco abonó el importe del préstamo a la entidad financiera FinConsum.*

Días después, el 23 de diciembre de 2012 y otros, y con el mismo propósito, acudió a la tienda Telematic, en la calle Sant Sebastiá de la localidad de Vilanova i la Geltrú, y allí convenció al personal de que financiaría la compra de objetos su tío, el Sr. Ezequias, si bien ella siempre dijo que era su padre, a cuyo fin simuló la firma de éste en la solicitud de crédito, con la entidad financiera UNOE BANK, S.A., que finalmente no la aprobó. No obstante, Diana consiguió que desde la tienda se le entregaran los productos adquiridos, por importe de 1240 euros, de los que obtuvo financiación por 1100 euros, los cuales hizo suyos. Del importe de 1100 euros financiados se satisfizo una cuota de 103,70 euros, dejando a deber el resto".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS** : LA SALA DECIDE: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Diana como autora criminalmente responsable de un delito continuado de estafa, previsto y penado en el artículo 248 y 249 en relación con art. 74 del Código Penal , concurriendo circunstancia atenuante analógica por dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de CUATRO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y, en concurso media! del art. 77 del Código Penal .

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Diana como autora criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en el art. 392 en relación con art. 390.1.1 ° y art. 74 del Código Penal , concurriendo circunstancia atenuante analógica por dilaciones indebidas como muy cualificada y circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de CINCO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y MULTA DE CINCO MESES A RAZÓN DE SEIS (6.-) EUROS DIARIO, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada das cuotas no satisfechas.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Diana a pagar, en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, la cantidad de MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS Y CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1994,54.-#) a la entidad FINCONSUM, y la cantidad de NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS Y TREINTA CÉNTIMOS (996,30.-#) a la entidad UNOE BANK, S.A.

Y al pago de las costas causadas en el procedimiento".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y preceptos constitucionales, por la representación de Diana y Ministerio Fiscal, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

En cuanto al recurso interpuesto por el Mº Fiscal: Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por incorrecta aplicación de las reglas previstas en los artículos 74. 1 y 2, en relación con los arts. 248 y 249 del Código Penal . Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por incorrecta aplicación de las reglas previstas en los arts. 66.1.7 y 74 del Código Penal , en relación con el art. 392 del citado cuerpo legal .

Respecto al recurso interpuesto por la representación de Diana : Infracción de Ley y Precepto Constitucional, al amparo de lo establecido en los arts. 849 y en el art. 5.4 de la LOPJ , por indebida aplicación del art. 248.1 , 249 , 250.7 , 390.1 y 392, 20.5 , 21.6 y 21.5 , 109 , 116 y consiguientemente e indebida inaplicación del art. 21.1 y 2 de la C.E .

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 23 de abril de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE LA ACUSADA Diana

PRIMERO.- Con dúplice apoyo procesal, en el primer motivo, bien invocando el art. 5.4 LOPJ , o el 849.1º LECrm, considera que se infringió el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .) y por tal razón se aplicaran indebidamente los arts. 248 , 249 , 390.1 y 392 C.P .

1. En el apartado de la enervación del derecho a la presunción de inocencia sostiene que la única prueba obrante en autos de carácter incriminatorio está integrada por una serie de datos indiciarios, especialmente manifestaciones de testigos, que tuvieron conocimiento de que era hija del Sr. Ezequias , pariente que financió parte de un préstamo, y además que fue ella quien tramitó los préstamos concedidos.

En suma, las dos objeciones opuestas a la sentencia por la recurrente se contraen a la ausencia por parte de los ofendidos de la adopción de medidas o despliegue de la diligencia precisa para detectar el engaño y por otra parte niega la autoría de la falsificación.

2. Acerca de las pruebas de cargo existentes el fundamento jurídico primero las enumera y desarrolla de forma amplia justificando la enervación del derecho a la presunción de inocencia. Lo cierto es que los dos reproches incluidos en este primer motivo son contradictorios pues por una parte considera que los perjudicados no desplegaron la diligencia necesaria para detectar la falsedad y el fraude y por otra parte niega la autoría de tal falsedad o fraude.

Entre las pruebas de cargo son del caso mencionar:

a) La testifical, del Sr. Sebastián , Vidal , Carlos Miguel y Juan Ignacio , empleados de los establecimientos Miró y Telematic, los cuales sostuvieron que la acusada al principio vino acompañada de quien dijo ser su padre o así lo dio a entender, Sr. Ezequias , el cual firmó el documento de garantía y solicitud de financiación en el mismo establecimiento Miró. Resulta indiferente que se tratase de su padre o de su tío, ya que el engaño no se comete por la identidad o grado de parentesco del avalista, por cuanto en ambos casos se trataba de un familiar próximo, que financiaba la compra, a la vista de la falta de solvencia de la acusada conocida por el establecimiento.

Sin embargo, el engaño se produce cuando esa misma tarde de la compra inicial o a lo sumo al día siguiente, se presentó la acusada, *so/a* , en el establecimiento Miró para ampliar la compra a otros artículos. Al ser precisa otra solicitud, esta se llevó la documentación necesaria o impresos y los rellenó simulando o falsificando la firma del tío, como si fuera una solicitud o iniciativa de aquél, cuando el tío no tenía el menor conocimiento de lo ocurrido. Es indiferente que la solicitud se firmara dentro o fuera del establecimiento, pues en cualquier caso no la suscribió el tío, como corrobora la prueba pericial practicada.

Al establecimiento Telematic nunca accedió el tío y con la promesa de hacerlo, con todos los datos disponibles y con la solicitud aparentemente firmada por aquél se le otorgó inicialmente la financiación, aunque al final no fuera íntegramente confirmada.

b) Testimonio del tío Ezequias , que corrobora lo afirmado por los testigos, según expresó en la denuncia formulada ante la policía y ratificada ante el Juez, a la que se dio lectura en el juicio, de conformidad al art. 730 LECrm. al haber fallecido el declarante cuando aquél se celebró.

El testimonio del tío y de los testigos vienen a desmentir la versión de la acusada, que sostenía que siempre fue acompañada del tío, cuando eso solo ocurrió al principio, como reclamo o acicate para generar confianza en las posteriores adquisiciones en el primer establecimiento y también en el segundo, en el que también tuvieron noticia de la insolvencia de la acusada.

c) Testimonio de la propia acusada, que reconoció que los fraudes se produjeron en el contexto de importantes dificultades económicas al tener que hacerse cargo de dos hijos menores de edad, sin empleo, que acababa de perder y con su marido en prisión. Tal situación fue confirmada por la hija o hermana del perjudicado Francisca .

d) Pericial caligráfica (folio 163 y ss.). en cuyo dictamen ratificado en el plenario se concluye que las dos firmas supuestamente estampadas junto a la antefirma de " Ezequias " en los escritos de solicitud de financiación *son falsas* , es decir, no corresponden a la persona a la que se atribuyen, y sin embargo sí presentan rasgos de haberla realizado la acusada.

e) Documental integrada por los contratos y solicitudes de financiación, el certificado de pensionista del tío de la acusada y los pagos recibidos, a razón de cuotas de 159,56 euros ó 103,70 euros, sobradamente garantizados por el importe de la pensión, si realmente las firmas fueran reales y auténticas de su tío.

Por lo demás es irrelevante que fuera tío o padre, la persona que garantizaba el pago, siendo indiferente que el documento de solicitud se suscribiera dentro o fuera del establecimiento. Al principio compareció el tío, en las posteriores solicitudes se aportó el documento falazmente suscrito por aquél o se llevó la documentación fuera del establecimiento para después aportarse con la suplantada firma de Ezequias .

3. Acerca de la indebida aplicación de los preceptos sustantivos tipificadores del delito de falsedad, los hechos probados están dotados de todas las exigencias para ser subsumidos en el art. 392 en relación al 390 C.P .

Así, la prueba pericial asegura que las firmas en cuestión no fueron estampadas por Ezequias y del cuerpo de escritura formado por la acusada se concluyó la alta probabilidad de que fuera la autora de la superchería o imitación de firma. Tal autoría según la Audiencia se ve reforzada por el hecho de que quien entrega los documentos para financiar las compras es ella, que a su vez se lleva las mercancías y se beneficia del engaño generado. Por lo demás resultaría indiferente que se hubiera servido de un tercero para que

materializase la falsificación, ya que el delito en cuestión no es de propia mano y quien tuvo en todo momento el dominio del hecho fue la acusada. Fue dicha acusada, quien presentando los documentos provocó el engaño de los vendedores y obtuvo el desplazamiento patrimonial, fruto del error provocado en aquéllos.

4. Aduce la recurrente que los establecimientos perjudicados y sus empleados no adoptaron las medidas pertinentes para evitar el engaño, atribuyéndoles el incumplimiento de los deberes de autotutela.

Sobre este punto la doctrina de esta Sala ha venido rechazando la posibilidad de partir necesariamente de la existencia de un clima de desconfianza generalizada entre las partes contratantes, que obligue a comprobar todas y cada una de las afirmaciones de la contraparte. En cualquier caso habrá que distinguir la naturaleza y la importancia de la operación comercial, las obligaciones asumidas y las circunstancias todas concurrentes así subjetivas como objetivas. En la hipótesis concernida se parte de la presencia del familiar y la justificación de su solvencia. En las posteriores operaciones de escaso monto económico, ante los datos del mismo financiador y una firma que la acusada atribuye al pariente financiador, vista su similitud, parece suficiente para creer por parte de la entidad vendedora en la realidad de lo manifestado por la acusada. El engaño integrado por la documentación aparentemente firmada por el tío de la recurrente permitió entender con razón que persistía el aval del mismo, lo que integra el engaño idóneo, enmarcado en la confianza previa generada en relaciones similares en el ámbito comercial.

Por todo lo expuesto el motivo deberá rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal la recurrente denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECrm.)

1. Sostiene en este motivo que la denuncia de los hechos se produjo dos meses después de que éstos ocurrieran, obedeciendo a presiones efectuadas por la hija del perjudicado, extremo que no pudo comprobarse porque falleció dicho perjudicado antes de que se celebrara el juicio oral. En segundo lugar de la prueba pericial se deduce que los documentos con firma falsa pudieron no haber sido suscritos por la recurrente si nos atenemos a la prueba pericial practicada.

Los documentos invocados por la recurrente están integrados por la denuncia del perjudicado, los documentos de crédito firmados y la pericial sobre las firmas.

2. La recurrente da un enfoque equivocado a la finalidad del motivo, según tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala.

Para la prosperabilidad de un motivo por error facti, sería preciso la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Además de los vicios ya detectados que arrastrarían a la desestimación del motivo, para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. En nuestro caso no concurren tales elementos, ya que la denuncia no posee el carácter de documento literosuficiente o auténtico, es decir, aquél, que por su propio contenido y sin necesidad de ningún complemento ni interpretaciones complementarias permita evidenciar un error del juzgador en el relato probatorio.

Los contratos de financiación y sus solicitudes sí constituyen documentos, pero el Tribunal los ha valorado en su justa medida. Igualmente sobre la prueba pericial, ya indicamos que resultando excluida la autoría del tío de la acusada, es indiferente que la firma de los mismos la haya imitado la recurrente u otra persona a su instancia.

En cualquier caso la recurrente no identifica el particular que evidenciaría el error ni propugna una redacción alternativa, que suprima, complete o modifique el factum de tal suerte que dé base a una subsunción alternativa de los hechos o a su atipicidad. Tampoco son únicas tales pruebas, ya que lo que pudiera pretender la recurrente se había impuesto por otros datos probatorios. La propia pericial acredita, sin ningún género de dudas, que la firma no es de su tío, y el propio pariente confirma que solo firmó el primer documento no los otros dos, en los que se estampan firmas falsas.

Por todo lo expuesto el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.11 LECrm. en el correlativo ordinal, alega infracción de los arts. 109 y 116 del C.P .

1. El único argumento que sustenta la alegación del recurrente es la estimación de los motivos precedentes, partiendo de un supuesto inexistente, es decir, que los hechos declarados probados no constituyen los delitos por los que se le condena.

2. Se trata por tanto de un motivo condicionado a la estimación de los precedentes, por lo que rechazados aquéllos el presente tampoco puede prosperar.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- En el cuarto y último motivo la recurrente denuncia la inaplicación de los arts. 20.5 , 21.5 y 21.6 C.P .

1. Pretende que se estime la eximente de estado de necesidad, la atenuante de eximente incompleta o la analógica de la misma atenuación (art. 20.5 C.P .) y a su vez se acoja también la atenuante genérica o analógica de reparación del daño prevista en el art. 21.5 C.P .

2. La exención o atenuante del estado de necesidad ha sido ampliamente tratada en el motivo séptimo de la recurrida. La Audiencia en modo alguno ha considerado acreditado que en el supuesto de hecho objeto de la causa existiera un conflicto de bienes o colisión de deberes, integrado por una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparezca como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. La exención o atenuación de la responsabilidad penal ha sido examinada por esta Sala considerando la situación atenuatoria como límite en la que el equilibrio, la ponderación o la ecuanimidad del juzgador ha de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. La jurisprudencia de esta Sala se ha preocupado de resaltar los requisitos y que la Audiencia oportunamente señala en el fundamento séptimo al que nos remitimos.

En nuestro caso la acusada alegó que se hallaba en paro, pero no se precisó si cobraba prestaciones por hallarse en tal situación. La testigo Francisca afirmó que tenía apoyo económico de la familia y que su tío Ezequias ya le había hecho otro préstamo con anterioridad. Pero lo determinante es que por más que se aluda a la penuria económica no puede pasar por alto que los bienes adquiridos no son, ni mucho menos, de primera necesidad. Al parecer pretendía iniciar un nuevo negocio, según la prueba testifical. Consiguientemente no concurre la circunstancia ni como eximente, ni semieximente, ni analógica.

3. Respecto a la atenuante de reparación del daño, parece deducirla la recurrente de la obligación asumida de realizar pagos en períodos temporales determinados, y en esa línea realizó uno por importe de 150 euros.

La Audiencia en certera decisión excluye cualquier posibilidad de reparación del daño al realizar el pago de un plazo, que apenas si alcanza a un 10 % de la reiterada compra, pues preveyéndose un fraccionamiento

de los pagos a razón de 200 euros mensuales (folio 76) solo pagó parcialmente el primero, con el muy probable objetivo de eludir la denuncia inmediata y las correspondiente responsabilidades penales.

4. Independientemente de lo alegado, desde la óptica del más estricto respeto a las exigencias procesales, tratándose de unos motivos por corriente infracción de ley, no está permitido a la recurrente el apartamiento del tenor de los hechos probados (art. 884.3 LOPJ) y en ellos no se contiene el sustento fáctico preciso para alumbrar las dos atenuaciones pretendidas. El motivo se desestima.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

QUINTO.- En el primero de los dos motivos articulados por el Fiscal y al amparo del art. 849.1º LECrm. considera indebidamente aplicadas las reglas previstas en los arts. 248 , 249 en relación con el art. 74.1º y 2º todos del C.P .

1. Según el Fiscal el Tribunal "a quo" impone por el delito continuado de estafa unas penas inferiores a las legales, al no aplicar en la determinación penológica lo dispuesto en el art. 74.1 C.P .

La Audiencia no tuvo en cuenta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 en el que esta Sala estableció lo siguiente: *"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 del art. 74.1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración"*.

La razón del Acuerdo se justifica en el hecho de que la exasperación punitiva general del delito continuado prevista en el nº 1 del art. 74 C.P . quedaría sin virtualidad en los delitos patrimoniales si esa continuidad se resolviera aplicando simplemente la regla especial del 74.2º, es decir, atendiendo al perjuicio total causado, pues ello no supondría una pena distinta de la que ya sería imponible por la realización de una sola de las estafas o delitos patrimoniales integrantes de la continuidad.

Consiguientemente en principio la pena del delito continuado patrimonial se calculará sumando la cuantía de las infracciones y si no existe precepto específico que intensifique la penalidad por la adición de las cuantías deberá aplicarse la regla general del 74.1º, después de aplicada la regla 2ª de ese mismo artículo.

Todo ello resulta claramente explicitado en la sentencia 463/2009 de 7 de mayo que señala los siguientes criterios:

"A) Como primer paso ante un delito patrimonial continuado debemos acudir a la especificidad del nº 2 del artículo 74 del Código Penal , que establece una forma de punición, pero también un mecanismo para determinar la infracción más grave, que en delitos de esta naturaleza se forma adicionando el valor de los distintos quebrantos económicos ocasionados por la continuidad.

B) Si de la suma de las distintas cuantías económicas surge un marco punitivo exasperado diferente, sólo debe aplicarse éste, sin que se recargue la sanción por la continuidad, porque al proceder conforme al nº 2 del artículo 74 se exasperó la pena. Los casos serían:

B.1) Varias sustracciones o apropiaciones integrantes de falta, originan, por razón de la cuantía, la aparición de un delito.

B.2) Varias infracciones comunes o genéricas por la cuantía (artículo 249 del Código Penal , en materia de estafa, como es el caso concernido) que determinan la aplicación del art. 250.1.6 Código Penal .

B.3) Que nos hallemos ante un delito masa (que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas) regulado en el último inciso del artículo 74-2 Código Penal .

2. Fuera de estos casos cabría aplicar el artículo 74-2 del Código Penal , para determinar la infracción más grave y después recurrir a la norma general (en evitación de agravios comparativos con otras infracciones no patrimoniales) e intensificar la pena en la medida establecida en el nº 1º del artículo 74 pena básica en su mitad superior, que puede alcanzar a la mitad inferior de la superior en grado, todo ello siempre que no se produzca una doble valoración de las conductas, reñidas con el principio "non bis in idem".

En atención a todo lo ello el Fiscal entiende que la mínima sanción por el delito de estafa individualmente considerado no podrá bajar de una pena que oscilaría entre 10 meses y 15 días y 1 año y 9 meses de prisión. No habiéndolo hecho así la Audiencia debe procederse a la rectificación.

El motivo debe estimarse.

SEXTO.- Con sede procesal en el art. 849.1 LECrm. en el motivo segundo considera incorrecta la aplicación de las reglas previstas en los arts. 66.1 .7 y 74 C.P .

1. No opone ningún reparo ni a la estimación de la atenuante cualificada ni a la intensidad atenuatoria bajando en un grado la pena. El reproche se formula por haber calculado de forma errónea el "quantum" de las penas impuestas, tanto de la prisión como la de multa en relación del delito continuado de falsedad en documento mercantil, por haber alterado el orden de los efectos sucesivos entre la continuidad delictiva, la atenuación cualificada por dilaciones y la agravante de reincidencia.

La Audiencia sigue el siguiente orden equivocado:

- a) Sobre la pena básica rebaja un grado por la atenuante cualificada.
- b) Dentro de ese grado impone la pena en la mitad superior por la continuidad delictiva.
- c) Por último sobre el nuevo marco punitivo resultante aplica la reincidencia.

Lo correcto, según el Fiscal, sería el orden siguiente:

- a) Pena básica de la falsedad, impuesta en su mitad superior por efecto de la continuidad delictiva.
- b) Después de la pena resultante descender un grado por la atenuante cualificada, en tanto, al concurrir con una agravante prevaleció el fundamento cualificado de atenuación, que alcanza una horquilla de 10 meses y 15 días a 1 año y 9 meses.
- c) Sobre esta horquilla se individualizaría la pena, en que la agravante de reincidencia solo influiría en la determinación última de la sanción de acuerdo al arbitrio del Tribunal (compensándola o valorándola) ya que la misma se computaba como necesaria para aplicar el nº 7 del art. 66.1 C.P .

Finalmente el Fiscal considera que en la comparación no es más beneficioso para el reo penar por separado los delitos que penar el más grave por exasperación (esto es, en la mitad superior: art. 77 C.P .) estimando que esta última alternativa es más favorable.

2. Al Fiscal le asiste razón una vez hechos los pertinentes contrastes comparativos.

El Fiscal argumenta del siguiente modo: "En el presente supuesto la infracción más grave es el delito continuado de falsificación de documento mercantil, de los arts. 392.1 y 390.1.1.g del Código Penal (por venir penado con penas que van de los seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses) que debe pensarse con la pena en su mitad superior, por la regla de continuidad prevista en el art. 74.1, es decir, con la pena de un año y nueve meses a tres años de prisión y multa de nueve a doce meses (1 año y 9 meses a 3 años de prisión y multa de 9 a 12 meses) y, esta pena a su vez debe imponerse en su mitad superior por mor de la regla del concurso ideal o medial prevista en el art. 77.2 resultando así que hemos de partir de una pena de 2 años y 4 meses y 15 días de prisión a 3 años de prisión y multa de 10 meses y 15 días a 12 meses, en el caso de que se sancione el referido concurso ideal de acuerdo con lo previsto en el artículo 77.2 del Código Penal .

A esta pena se habría de aplicar el descenso por la concurrencia de una atenuante muy cualificada y una agravante simple. Nos situaríamos en una pena de 1 año, 2 meses y 8 días a 2 años 4 meses y 14 días y multa de cinco meses y 7 días a 10 meses y 15 días.

Dentro de la horquilla comprendida en uno otro caso, se ha de considerar que la pena mínima imponible de sancionar los dos delitos separadamente sería 1 año y 9 meses más la multa de 4 meses y 15 días. En tanto atendiendo a la pena más grave en su mitad superior, la mínima imponible se situaría en 1 año, 2 meses y 8 días y multa de 5 meses.

Por ello se entiende más beneficiosa la punición conjunta y se interesa la imposición de la pena de 1 año y 4 meses de prisión y multa de 7 meses, accesorias y costas, manteniendo la responsabilidad civil acordada.

3. Conforme a lo hasta ahora argumentado es procedente imponer la sanción del delito más grave en su mitad superior, con estimación de los dos motivos articulados por el Fiscal.

El motivo también debe estimarse.

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos del acusado determina la expresa imposición de costas en su recurso de conformidad al art. 901 LECrm.

III. FALLO

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de Diana , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 10 de junio de 2014 , en causa seguida contra la misma por delito de estafa. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su respectivo recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió por la acusada con expresa imposición de costas procesales.

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS íntegramente los dos motivos articulados por el Mº Fiscal, casando y anulando la sentencia, dictando otra más conforme a derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción nº 6 de Vilanova i la Geltrú, incoó Diligencias Previas nº 730/09, contra Diana , por delito de estafa y falsedad en documento mercantil y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que con fecha 10 de junio de 2014, dictó Sentencia , la cual ha sido recurrida en casación por el Mº Fiscal y por la representación legal de dicha acusada, habiendo sido desestimado dicho el recurso, y casada y anulada respecto al recurso interpuesto por el Mº Fiscal, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** ; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda **Sentencia** , con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se reproducen los hechos probados de la Sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos salvo en aquello que se oponga a esta Segunda Sentencia.

SEGUNDO.- Tanto el motivo primero del Fiscal como el segundo, propugnaban la correcta aplicación de la pena, por cuanto debió tenerse en cuenta no solo el párrafo 2º del art. 74, sino también el 1º, lo que altera la individualización de la pena.

Asímismo a la vista de la comprobación de los marcos punitivos asignados a ambas infracciones resulta más beneficioso para el reo castigar ambos delitos conjuntamente por la vía de la exasperación del más grave de ellos. Se estima correcta la pena interesada por el Fiscal de 1 año y 4 meses de prisión, a lo que debe añadirse una multa de 7 meses.

III. FALLO

CONDENAR a la acusada como autora de dos delitos consumados en continuidad delictiva, uno de falsedad y otro de estafa en concurso medial, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la agravante de reincidencia a la pena de 1 año y 4 meses de prisión y multa de 7 meses (210 días) a razón de una cuota diaria de 6 euros.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la recurrida en cuanto no hayan sido modificadas por la presente resolución, en especial, penas accesorias, responsabilidades civiles y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.