

Comisión de un delito de estafa en el que se da el elemento del engaño conducente a que una entidad bancaria otorgara al condenado un préstamo para la apertura de un negocio con apariencia de solvencia.

Plantea el actor, entre otras cuestiones, la falta de diligencia de la víctima del delito, una entidad bancaria, a la hora de conceder al procesado un préstamo, lo cual excluiría el elemento típico del engaño. La Sala, en este sentido, constata que los documentos falsos que fueron presentados aportaban una ficticia credibilidad al negocio y una apariencia de fiabilidad financiera al plan de compra proyectado. No puede afirmarse que el Banco actuara con ligereza al conceder el préstamo, ampliamente documentado; sin que quepa imponer en cada operación un exhaustivo estudio de la solvencia de los contratantes. Así pues, es evidente que existió engaño bastante, sin que sea posible exigir una mayor diligencia a la entidad crediticia, en tanto en cuanto los documentos falsos presentados con la solicitud, por sí mismos, eran indiciarios de la sinceridad y regularidad del préstamo solicitado.

Tribunal Supremo

Sala de lo Penal

Sentencia 352/2012, de 11 de mayo de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 834/2011

Ponente Excmo. Sr. JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO

En la Villa de Madrid, a once de Mayo de dos mil doce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Rubén, Juan Antonio Y Celestino, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, que le condenó por un delito de estafa y falsedad documental, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. García Espinar, Martínez de Lejarza Ureña, y Quintero Sánchez. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representado por el Procurador Sr. Villasante Almeida. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. dos de Torrent (Antiguo Mixto n.º 4) de los de Valencia incoó Procedimiento Abreviado con el número 42/10, contra Juan Antonio, Celestino, Rubén, y Matías, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. Primera) que, con fecha siete de febrero de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"" **ÚNICO.**- Rubén, mayor de edad y sin antecedentes penales en su condición de propietario del concesionario de coches "Autos Belgium", sito en Alaquàs, guiado por un propósito económico de defraudar a la entidad bancaria BBVA, concertó las siguientes operaciones en el año 2005.

El 14 de julio de 2005, Juan Antonio, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delitos de robo con fuerza en las cosas en sentencias de 3 de julio de 2003 y 16 de diciembre de 2003 a sendas penas de prisión de 6 meses, así como en sentencia de 28.7.2004, firme el día 12.1.2005 a una pena de prisión de 1 año y 10 meses por un delito de lesiones, en connivencia con Rubén, firmó un contrato de préstamo de 25.000 € con la sucursal del BBVA sita en la Avenida País Valenciano de Torrent, presentando para ello unas nóminas inciertas y preparadas al efecto de la empresa "Expo Trans Mudanzas, S.L.", una declaración falsificada del IRPF, así como el pago del IBI de un domicilio que no era el suyo, creando una apariencia de viabilidad financiera. Dicho préstamo era para la adquisición del vehículo Mercedes C-220, con n° de bastidor NUM000, turismo que había sido vendido en el mes de abril de 2005 en el concesionario "Autos Kemal" a Balbino. Ninguno de los vencimientos del préstamo ha sido abonado. De este modo, el BBVA ingresó en la cuenta corriente de Rubén la cantidad de 25.000 € el día 20 de julio de 2005, haciendo suya esta cantidad.

El día 4 de agosto de agosto de 2005, una persona declarada rebelde, en connivencia con Rubén Y Celestino, mayor de edad y sin antecedentes penales, firmó ante la sucursal del | BBVA de la calle Ruzafa de Valencia un contrato de préstamo de 24.000 € para la adquisición de un Mercedes C-180 del concesionario "Autos Belgium", aportando para ello documentación incierta y preparada al efecto respecto a unos salarios en la empresa "Milar" y una declaración de IRPF exacta a la del Sr. Juan Antonio, creando una apariencia de viabilidad financiera. Ninguno de los vencimientos del préstamo ha sido abonado. De este modo, el BBVA ingresó en la cuenta corriente de Rubén la cantidad de 24.000 € el día 5 de agosto de 2005, haciendo suya esta cantidad.

Celestino trabajaba como comisionista en la empresa "Autos Belgium" de Rubén y acompañó a Onesimo a la puerta del Notario, dado que era compañero sentimental de su hermana Verónica. Celestino ingresó en su cuenta corriente de la CAM el día 9 de agosto de 2005 la cantidad de 13.000 € procedentes de la cuenta corriente de la empresa "Autos Belgium", la de Rubén.

Para la firma ante Notario del préstamo, Onesimo acudió junto a Verónica, localizada en el presente procedimiento, y Matías, amigo de Celestino, quien actuó ante el Notario reconociendo al comprador, pero se ignora si conocía las intenciones de los otros^{""}.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

^{""}FALLAMOS.- Condenar a Rubén, como autor criminalmente responsable de un delito de estafa continuada, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y pago de costas proporcionalmente.

Condenar a Celestino, como autor criminalmente responsable de un delito de estafa, a la pena de 10 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, más el pago de las costas procesales proporcionalmente.

Condenar a Juan Antonio, como autor criminalmente responsable de un delito de estafa, a la pena de 7 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y pago de costas proporcionalmente.

Absolver a Matías del delito de estafa y falsificación de documento mercantil de que venía siendo acusado en esta causa.

Absolver a Rubén, a Celestino y a Juan Antonio, del delito de falsedad de que venían siendo acusados en esta causa.

Por vía de responsabilidad civil, Rubén deberá Indemnizar al BBVA en 50.663 euros, respondiendo solidariamente con Juan Antonio en la suma de 25.848,67 euros y con Celestino en la cuantía de 24.814,73 euros, sumas estas que corresponde abonar también solidariamente a cada uno de ellos en relación con el primero, devengando el interés legal del dinero previsto en el artículo 576 de la LEC.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación.

Así, por ésta nuestra Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.^{""}.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los procesados Rubén, Juan Antonio y Celestino, 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 dicho recurso.

4.- El recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Rubén, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.**-Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. **Segundo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 del CPenal. **Tercero.**- Por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos, al amparo del art. 849.2 de la LECriminal. **Cuarto.**- Por indebida inaplicación del art. 21.6 y los arts. 66, 71 y 72 del Código Penal, al art. 849.1 de la LECriminal. **Quinto y Sexto.**- Al amparo del art. 850.5 de la LECriminal por quebrantamiento de forma, al no haberse suspendido el juicio ante la incomparecencia de un acusado -motivo cuarto-. Al amparo del art. 851.1 de la LECriminal, por contradicción entre los hechos probados -motivo sexto-.

En el recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Juan Antonio, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero y único.**- Al amparo del art. 849.2 de la LECriminal por error en la apreciación de la prueba.

En el recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Celestino, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.**- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. **Segundo.**- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **Tercero.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 del Código Penal. **Cuarto.**- Por indebida inaplicación del art. 21.6 y los arts. 66, 71 y 72 del C.Penal, al art. 849.1 de la LECriminal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto pidió la desestimación de todos los motivos de cada uno de los recursos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiese.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día veinticinco de abril del año 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Rubén.

PRIMERO.- A través del art. 5.4 de la LOPJ y el art. 852 de la LECriminal, el recurrente en este **primer motivo** alega infracción del derecho a la presunción de inocencia regulado en el art. 24.2 de la Constitución Española.

1. Nos dice que no existe prueba de cargo suficiente para condenarle, pues la sentencia en la fundamentación jurídica explica que la base de la condena la integran los documentos falsos aportados a la causa, junto con los testimonios de los representantes de la mercantil perjudicada, interpretados según expresa la Audiencia "con la fuerza de la lógica más elemental", entendiéndose que un delito no puede estar acreditado por la "lógica más elemental". A continuación desviándose de los estrictos límites del cauce procesal que utiliza, arremete contra el Banco tratando de trasladarle parte de culpa, por la ligereza en el otorgamiento de los préstamos que ni siquiera exigían la documentación del vehículo adquirido para la concesión del préstamo, resultando obvia la falta de diligencia de la entidad bancaria. En definitiva, no hay pruebas palmarias de su intervención en la operación fraudulenta.

2. El recurrente indirectamente reconoce que su empresa "Autos Belgium" se dedicaba a la compraventa de vehículos de importación, y que con sólo una documentación completamente falsa el Banco perjudicado otorgó préstamos para adquisición de vehículos a individuos que expresaban su voluntad de comprarlos al recurrente, pero no se ha probado que él falsificara nada.

Sin embargo el recurrente oculta que los compradores ni tenían capacidad económica para comprar ese coche, ni nunca la tuvieron, ni existió coche cierto objeto del contrato, y que el préstamo del banco fué a parar íntegramente a su cuenta corriente, haciéndolo suyo.

Con ello queremos afirmar que cuando el Tribunal de instancia nos habla de la prueba de cargo, está haciendo referencia a la básica o fundamental, pero junto a ella habría en la causa datos, circunstancias y elementos probatorios de naturaleza incriminatoria que daban fortaleza a la convicción culpabilística alcanzada y cuando nos habla de la "lógica más elemental" está refiriéndose a la valoración probatoria por vía inferencial. Sobre este particular la Sala II ha repetido hasta la saciedad que la prueba indiciaria es apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Ciertamente es que se han exigido determinados requisitos, tales como la existencia de elementos indiciarios de naturaleza plural, que se refuerzan entre sí, y se valoren conforme a criterios de lógica y experiencia, explicando el Tribunal el razonamiento o motivación que le ha llevado de los indicios a la conclusión final.

El Tribunal de casación en estos casos debe limitarse a verificar que la conclusión es en sí misma razonable, aunque existan o puedan existir otras interpretaciones, porque la garantía de la interdicción de la arbitrariedad queda satisfecha en tales términos, sin que a pretexto de dicho control se pueda sustituir el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal de origen por el de esta Sala casacional.

3. Dicho lo anterior y descendiendo al caso concreto el Tribunal contó con un sinnúmero de elementos probatorios de cargo, entre los que podemos enumerar:

a) las operaciones realizadas con la aportación de documentación falsa, ratificada ante el Tribunal por las entidades bancarias perjudicadas, lo que acredita la solicitud formalmente correcta de un préstamo.

b) documentos bancarios que acreditan el destino de los préstamos otorgados por 25.000 y 24.000 euros respectivamente, que fue precisamente a la cuenta del recurrente, haciendo propia la cantidad ingresada.

c) los expedientes de concesión del préstamo que refuerzan la falsedad de éstos al acreditarse que las nóminas no respondían a la realidad, las declaraciones de impuestos eran irreales y los recibos de IBI lo eran sobre inmuebles que no pertenecían al comprador.

Tales documentos falsos aportaban una ficticia credibilidad al negocio y una apariencia de fiabilidad financiera al plan de compra. En este sentido el Banco no actuó con ligereza al conceder el préstamo, ampliamente documentado.

d) acerca de la falacia o veracidad de la operación, es decisivo la ausencia de objeto contractual, es decir, en la primera adquisición se adquiere un vehículo que ya se había vendido con anterioridad; el segundo que repetía algunos documentos falsos presentados en el primero lo era para adquirir un vehículo en el concesionario del acusado, pero el acusado no aportó documento alguno acreditativo de la existencia del vehículo, cuando -como bien apunta la Audiencia- es inevitable que las ventas hubieran dejado algún rastro documental, pues el itinerario de matriculación, tráfico, ITV, Hacienda e importación hubieran permitido acreditar que los vehículos existieron y se hallaban en condiciones de ser vendidos en la fecha de los hechos.

e) los compradores de las dos operaciones ficticias carecían de cualquier poder económico para permitirse la adquisición del vehículo de la más alta gama en el mercado. Como proclama la sentencia recaída, "la vida carcelaria del primero y la semejante del segundo justificaba su condición de comparsas en el fraudulento negocio".

f) como circunstancias inferenciales últimas la Audiencia tuvo en cuenta que las dos operaciones fueron semejantes, con igual modus operandi" y con presentación de documentos idénticos o semejantes, con el objeto de dar la apariencia de auténticas operaciones de financiación.

Resulta, igualmente, de capital importancia que el beneficiario único sea el acusado, al ser él quien recibe el importe de las prestaciones.

Consiguientemente podemos concluir que la prueba indiciaria enervó la presunción de inocencia invocada. Los indicios múltiples, convergentes y apoyados en pruebas documentales o personales permitieron alcanzar la convicción de que con la estratagema de los acusados se pretendía engañar y se engañó a la entidad bancaria, induciéndole a realizar un acto de disposición que no habría efectuado de haber conocido la enmascarada insolvencia de los compradores utilizados como meros instrumentos al servicio del auténtico autor intelectual del delito, que fue el acusado.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el **correlativo ordinal**, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, considera indebidamente aplicados los arts. 248 y 249 del Código Penal.

1. Según expresa en el desarrollo del motivo no se han acreditado la concurrencia de todos los elementos que configuran el delito de estafa, por lo que la aplicación del art. 248 del Código Penal vulneraría el art. 25 de la Constitución.

Según su tesis no existió ánimo de lucro, porque no tenía ninguna necesidad de cometer ningún ilícito, ya que poseía un negocio.

Pero además no existió engaño bastante que supusiera error en la entidad bancaria, por cuanto en ningún momento actuó aquélla con la debida diligencia a la hora de solicitar la documentación a la persona a la que posteriormente se concede el préstamo.

2. Al achacar incuria o negligencia a la entidad bancaria el recurrente en el fondo esta combatiendo la existencia del error como elemento del tipo o la capacidad objetiva de producirlo a través del engaño orquestado, que según el recurrente, sólo había sido producto de la voluntaria desprotección de la víctima.

Es cierto que en excepcionales ocasiones esta Sala ha negado el juicio de tipicidad que define el delito de estafa por las razones alegadas; pero ha sido en aquellos particulares casos en que la propia indolencia del perjudicado y su sentido de la credibilidad no merecedora de tutela penal han estado en el origen del acto dispositivo. El engaño bastante que aparece como elemento normativo en el delito de estafa ha de interpretarse en el contexto en que se despliega, y partiendo de que si se ha inducido a disponer al sujeto pasivo -cuya voluntad no es resultar perjudicado- es que en principio era apto para engañar. No obstante un dato esencial ha de ser su consideración objetiva, esto es, ha de determinarse la idoneidad o capacidad en sí mismo del engaño desenvuelto por el agente para causar error en la víctima.

En nuestro caso particular el desplazamiento patrimonial se verifica sobre el presupuesto del engaño objetivo y causal. No es cierto como afirma el recurrente que el Banco fue negligente a la hora de exigir documentos, sino que el problema es que los documentos presentados eran falsos, los compradores meros comparsas y la solvencia económica pura ficción al servicio del fraude.

Por otra parte no puede olvidarse -como ciertamente nos recuerda el Fiscal- que el principio de confianza y de seguridad de la vida mercantil impone cierta fluidez en las transacciones y frente a documentos que no es lo normal que se falsifiquen, so pena de incurrir en delito, y la intervención del notario, el Banco puede confiar en la documentada formulación de la petición para otorgar el crédito, pues de promover una investigación a fondo sobre la realidad de lo solicitado y la solvencia del solicitante podría comportar una paralización de la vida empresarial.

Solo en casos especiales en que el engaño fuera burdo, podía considerarse no concurrente al engaño bastante, pero este no es el caso.

El motivo ha de desestimarse.

TERCERO.- Con base en el art. 849-2 L.E.Cr. y en el **motivo del mismo ordinal** se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Nos dice el impugnante que la sentencia "basa la condena en una serie de argumentos que han quedado desvirtuados a través de la prueba practicada".

En primer lugar se atribuye, dentro del concierto delictivo, la intervención decisiva del acusado, cuando a su juicio ninguno de los testigos deponentes en el plenario le conocen, como tampoco le conocen los directores de los Bancos.

En segundo lugar considera que el atestado policial (folio 8 de la causa) acredita que el vehículo con número de bastidor NUM000, no era del recurrente en el momento de la venta, pues del documento n.º 1 aportado a autos se desprende que "quien efectivamente compró el vehículo con dicho número de bastidor fue él, aunque luego lo vendiera a Autos Spart, regentado por el mismo legal representante de Autos Kemal".

2. El recurrente no puede acudir para desvirtuar los hechos que le incriminan a la prueba testifical como base del primer apartado de su protesta, al hallarse limitado el motivo a la documental, cuando los testigos aunque se documente su declaración (declaración documentada) sigue siendo prueba de carácter personal. Respecto al segundo de los alegatos, referido al primero de coches Mercedes adquiridos fraudulentamente en la primera venta, hemos de afirmar, que igualmente no constituye el atestado documento casacional apto para alterar el factum. Pero además, el dato que pretende corregir no ha sido objeto de una apreciación equivocada, ya que aunque el documento n.º 1 aclare que ese vehículo (el de la primera venta) hubiera podido pertenecer en su día a "Autos Belgium", éste lo vendió a "Motor Sport" y posteriormente éste a "Motor Kemal", lo cierto es que resulta irrelevante a quien hubiera podido pertenecer el vehículo en el pasado, desde el momento que ese vehículo, sobre el que se había perdido toda titularidad dominical por pertenecer a tercero, se presenta como objeto ficticio de una compraventa completamente irreal, que es el acusado el que gestiona, en tanto es él el que tiene el mayor interés al hacer propio el importe del préstamo concedido.

El motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- Amparado en el art. 849-1.º L.E.Cr. estima inaplicable cuando debió serlo el art. 21.6 C.P. en relación al 66 y 72 C.P.

1. Alegada en juicio la atenuante de dilaciones indebidas, el tribunal de instancia la rechaza argumentando en los términos siguientes: "La solicitada atenuante de dilaciones indebidas se rechaza de plano, pues aunque es cierto que el procedimiento se ha alargado en el tiempo, no ha sido por la actuación judicial sino por la actuación de alguno de los inculcados, además de su número plural, gestionando un sistema defensivo basado en la invención de coartadas y derivación de responsabilidades hacia terceras personas inexistentes o ignorantes de todo lo sucedido, naciendo de este recriminable proceder la causa del retraso en la investigación".

No obstante tales argumentos tropiezan con la objetividad de que el plazo entre la comisión de los hechos, la incoación del proceso y la fecha de la sentencia dictada es absolutamente excesivo e injustificado.

2. Acudiendo a la causa, vía art. 899 L.E.Cr., se constata que los hechos se cometieron en el mes de julio de 2005, la causa se inicia el 21 de febrero de 2006, siendo enjuiciados el 27 de enero de 2011 y dictada sentencia el 7 de febrero del mismo año, por lo que el proceso en términos absolutos se alargó casi cinco años. Sin embargo, hay que hacer notar que el auto de apertura del juicio oral se produjo el 20 de noviembre de 2009, hasta la fecha de la sentencia transcurrieron 15 meses.

Si pensamos que existieron diversos trámites dentro de este último plazo, resulta que la mayor dilación se produjo en la fase investigadora, lo que otorga razón al argumento del tribunal sentenciador.

A mayor abundamiento, la interpretación de la circunstancia 21-6 C.P. ha de ser rigurosa dados los términos de su constatación legal, más estrictos que cuando se aplicaba en base a declaraciones jurisprudenciales. En la actualidad es preciso que se produzcan dilaciones extraordinarias para estimarlas como atenuante ordinaria.

Si ello daría al traste con el motivo, como argumento de fondo, no se pueden pasar por alto razones de orden formal, que impedirían la estimación del motivo. En efecto, para su apreciación los hechos probados deberían recoger la base fáctica que la propiciaría, pero a su vez, en el recurso no se concretan los plazos o términos en que la causa estuvo paralizada injustamente.

Por tales razones el motivo debe decaer.

QUINTO.- Con sede en el art. 850-5 L.E.Cr. (quebrantamiento de forma), **en el motivo del mismo orden** se estimó que debió suspenderse la celebración del presente juicio.

1. El recurrente solicitó en su día la suspensión del juicio, habida cuenta de que el coimputado Onesimo no compareció al acto del juicio inicialmente señalado, entendiéndose que su declaración podía ser indispensable para el ejercicio del derecho de defensa.

2. El art. 850-5 L.E.Cr. textualmente establece como quebrantamiento de forma: "Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía".

De los términos del precepto resulta que la estimación del motivo se halla condicionada a que no haya recaído auto de rebeldía. En el presente caso Onesimo, estaba formalmente declarado en rebeldía, luego el reproche casacional debe decaer.

SEXTO.- También por quebrantamiento de forma en el **último motivo** se alega contradicción en los hechos probados (art. 851-1.º L.E.Cr.).

1. El recurrente resume en cuatro líneas sus argumentos impugnativos. Nos dice "De conformidad con lo expresado en los tres primeros motivos del presente recurso existe una clara contradicción en los hechos que se entienden probados por parte de la sentencia que por medio del presente escrito de impugnación" (sic).

2. La falta de claridad del motivo no permite formarse juicio sobre cuál es su voluntad impugnativa, que el tribunal de casación no puede adivinar.

De todos modos la remisión a otros motivos parece indicar que la contradicción se referiría a la existente entre el factum y la fundamentación jurídica, cuando la previsión legal es que la contradicción sea interna, esto es, entre los propios hechos probados y es lo cierto que ningún extremo antitético del factum se menciona.

El motivo ha de claudicar.

Recurso de Juan Antonio.

SÉPTIMO.- En **motivo único** protesta al amparo del art. 849-2 L.E.Cr. por existir un error de hecho cometido por el tribunal sentenciador al valorar la prueba.

1. Los documentos invocados son los dos siguientes:

a) el informe del centro penitenciario del acusado de fecha 6 de junio de 2006.

b) certificación notarial de la póliza de préstamo obrante a los folios 35 a 40.

Con el primer documento se pretende acreditar que el acusado no pudo haber comparecido el día catorce de julio de 2005 a la Notaría, pues estaba preso en el Centro Penitenciario. Con el segundo no se alcanza a comprender lo que quiere acreditar, ya que si no pudo estar en la Notaría, quien estampó la firma en la escritura sería un impostor.

2. Ante tal reproche hemos de hacer las siguientes consideraciones:

a) el Notario autorizante dió fé de la presencia del interesado en el acto, identificándose con documento auténtico, que no consta fuera falso. Los demás intervinientes también pudieron apercibirse de la correspondencia e identidad entre el titular formal del DNI y el propio acusado portador del mismo. La escritura pública, no ha sido impugnada por nadie.

b) el acusado provocó la búsqueda de una tercera persona, que le hubiera suplantado, en un desesperado intento de proveerse de una eficaz coartada, pero no surtió efecto.

c) el Centro Penitenciario dejó bien claro en la certificación librada que en la fecha de los hechos el acusado estaba en régimen abierto con la posibilidad de salir al exterior cuantas veces quisiera.

Los documentos invocados no acreditan el error del Tribunal, que podría producirse bien porque se haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque haya ocurrido un hecho relevante para el fallo, existiendo prueba documental en ambos casos que así lo acrediten, pero ello no ha ocurrido en la hipótesis concernida. Muy al contrario, el Tribunal sentenciador valoró ambos documentos otorgándoles un sentido opuesto al pretendido, siendo obvio que los referidos documentos no revelan nada distinto a lo recogido en los hechos probados.

El motivo, por todo ello, debe rechazarse.

Recurso de Celestino.

OCTAVO.- En el **primer motivo**, con sede procesal en el art. 5.4 de la LOPJ, alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE). El **motivo tercero**, canalizado vía arts. 849.1.º de la LECriminal, denuncia infracción del art. 248, en relación al 249 del Código Penal, que se aplican indebidamente.

1. La insuficiencia de prueba la contempla desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia.

A continuación, fuera de los cauces que autoriza el motivo, rechaza que el error provocado en la entidad bancaria fuera idóneo para propiciar el acto de disposición patrimonial. La falta de diligencia de la entidad bancaria en su obligación de autoprotección sería la causa del desplazamiento patrimonial, pero no el engaño instrumentado por el recurrente y los demás consortes delictivos. Este segundo aspecto del motivo se hace coincidir con el tercero. De ahí su análisis conjunto.

2. Sobre el primero, único que realmente pone en entredicho el derecho a la presunción de inocencia, de nuevo tenemos que recordar la aptitud de la prueba de indicios, que llevó al Tribunal a alcanzar la convicción inferencial de la culpabilidad del recurrente.

Sobre éste existían los siguientes elementos probatorios de naturaleza incriminatoria:

a) la clase de trabajo que desarrollaba, junto al jefe, en actividades contables de la empresa beneficiaria de la estafa, lo cual le debía permitir necesariamente el conocimiento de las maniobras y operaciones que se realizaban.

b) el acusado buscó a dos testigos para que reconocieran al comprador por no tener vigente el DNI, los trasladó a la puerta de la Notaria, en donde les indicó el contenido de su colaboración (testimonio del recurrente).

c) el testigo que había que identificar era el compañero sentimental de su hermana, cuyo nivel económico, no justificaba la adquisición de un coche de alta gama de un precio elevadísimo.

d) en fecha próxima a la operación, es decir, el trece de agosto de 2005 recibe en su cuenta corriente la suma de 13.000 euros, procedentes de la cuenta de Rubén, precisamente a donde había ido a parar la suma del préstamo abonada por el banco, lo que nos indicaría un reparto de beneficios.

e) las explicaciones dadas por el acusado sobre la cantidad recibida eran absolutamente inadmisibles, pues su trabajo de naturaleza comercial no implicaba disposición de tales cantidades. Tampoco podía obedecer a finalidades de la empresa, ya que para ello no sale el dinero de la sociedad para su ingreso en la cuenta personal de un trabajador de la misma.

Tales elementos probatorios han permitido concluir con racionalidad y coherencia que el recurrente estaba implicado en la segunda operación fraudulenta.

3. Acerca del incumplimiento de la entidad bancaria de su deber de autoprotección, no es aplicable en nuestro caso, como tuvimos ocasión de explicar al resolver el motivo equivalente del acusado Rubén, en tanto el desplazamiento patrimonial se efectúa sobre el presupuesto del engaño objetivo y causal, además de que los documentos presentados son falsos, lo que no es usual, teniendo en cuenta que ello requiere la comisión de un delito.

Por otro lado no puede olvidarse el principio de confianza y de seguridad de la vida mercantil, que no impone en cada operación un exhaustivo estudio de la solvencia de los contratantes, ni se disponen de datos fiables que usualmente acrediten la regularidad de la operación.

Así pues, es evidente que existió engaño bastante, sin que sea posible exigir una mayor diligencia a la entidad crediticia, en tanto en cuanto los documentos falsos presentados con la solicitud, por sí mismos, eran indiciarios de la sinceridad y regularidad del préstamo solicitado.

El engaño fue bastante para provocar el error, que a su vez motivó el desplazamiento patrimonial. Consecuentemente los arts. 248 y 249 del Código Penal no han sido infringidos.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- El **motivo segundo** se articula a través del art. 5.4 de la LOPJ por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1.º del Código Penal).

1. Al acusado recurrente se le impuso una pena de 10 meses de prisión, considerando que el Tribunal no respetó el principio de proporcionalidad y pudo incluso lesionar el principio de igualdad.

La comparación la establece con un acusado que resultó absuelto y con otro condenado a siete meses, lo que implica -en su opinión- un claro agravio comparativo que podía resolverse reduciendo la pena a siete meses.

2. La facultad individualizadora de la pena reside en el Tribunal de origen, limitándose el de casación a un simple control, sobre la no arbitrariedad de la misma (art. 9.3 de la CE) y su fundamentación o motivación. Mas, cuando de los hechos y fundamentos jurídicos fluye con nitidez los elementos conmensurantes de la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto afectado y la pena resulta moderada e incluso benévola, la motivación impuesta por el art. 120.3 de la CE. puede reducirse a límites mínimos, en cuanto debe compatibilizarse con otro derecho fundamental que se debe respetar (derecho a un juicio sin dilaciones: art. 24 de la CE).

En nuestro caso, a unos hechos que hacían referencia a un importe del perjuicio de cierta consideración, 25.000 euros, se unía la afirmación del fundamento jurídico quinto, en el que por una parte influía de forma benévola o positiva el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, aunque no se haya apreciado la atenuante de dilaciones indebidas y por otro lado, con carácter negativo, el "costoso sistema investigador propiciado por las conductas defensivas".

En tales condiciones, partiendo de un recorrido penológico de seis meses a tres años, la pena se impone dentro de la mitad inferior, como si concurriera una atenuante, (de seis meses a un año y nueve meses) y dentro de esta mitad inferior mucho más próxima al límite mínimo que al máximo.

De ahí que consideremos justa y adecuada la pena impuesta y respetuoso el Tribunal de origen con el principio de proporcionalidad.

3. Respecto al principio de igualdad sólo podía verse vulnerado con un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable.

Habría que acreditar un tratamiento desigual a supuestos de igualdad o un tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente. En cualquier caso el principio de igualdad ante la ley no debe dar cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, ni se puede pretender la impunidad porque otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos, no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos.

Conforme a tal doctrina la igualdad exige tratar igual a lo que es igual y desigual a lo desigual. Consiguientemente, -como bien apunta el Fiscal- cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros, es decir, la no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues en realidad sólo importa si la conducta que se sanciona era o no merecedora de dicha sanción.

4. En su relación con el acusado sancionado con 7 meses, es obvio que su participación en el hecho o aportación causal el delito fue diferente. El menos sancionado era mero instrumento captado desde la vida carcelaria y el recurrente poseía un evidente relieve dentro de la trama criminal con un mayor dominio funcional del iter criminis. Perteneía a la empresa y fue retribuido con cargo a la cantidad defraudada. Su relación con el hecho lo situaba jurídicamente como coautor, mientras que Juan Antonio era simple partícipe en el hecho de otro, actuando como cooperador necesario.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO.- En el **último motivo**, al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, denuncia la inaplicación del art. 21.6 del Código Penal, en relación al 66 y 72 del mismo cuerpo legal.

1. El impugnante entiende que debió estimarse la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, atendiendo al plazo transcurrido desde la comisión del delito (2005), posterior denuncia del mismo (2006) la

celebración del juicio (enero de 2011) y dictado de la sentencia (febrero 2011), haciendo notar que la fase de investigación concluye a finales de 2009, 20 de noviembre), fecha del auto de apertura del juicio oral.

2. La respuesta ha de ser la misma que se dio a su consorte delictivo Rubén. Como el recurrente indica la mayor dilación se produce en la instrucción, pero no sólo no indica periodos de inactividad procedimental, sino que dicha extensión temporal se produjo por la actuación de los inculpados y no por la del juez. Realmente la dilación, de existir, fue atribuible al comportamiento culposo y deliberado de los propios inculpados, dada esa suerte de solidaridad en el delito y en el proceso que une a todos los partícipes, en el que el retraso provocado por uno (que los otros debieron denunciar) aprovecha a los demás. Como dice el Fiscal premiar este deliberado propósito de alargar el proceso con la estimación de una atenuante supondría el triunfo de la sinrazón.

El motivo ha de declinar.

DÉCIMO PRIMERO.- La desestimación de todos los motivos hace que las costas del recurso se impongan de forma expresa a los recurrentes de conformidad al art. 901 de la LECriminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por los acusados Rubén, Juan Antonio y Celestino, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, con fecha siete de febrero de dos mil once y con expresa imposición de costas a dichos recurrentes.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gomes de la Torre Antonio del Moral García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.