

Resumen

El TS estima el recurso de casación interpuesto por uno de los condenados por delito continuado de estafa y desestima el del otro recurrente condenado por igual delito, declarando respecto al 1º que el análisis de los hechos probados no permite subsumirlos en los preceptos penales aplicados pues sólo consta que el acusado constituyó una sociedad con otras personas, que fue nombrado administrador único, y que se asoció con otro de los acusados y designó apoderado a otro de ellos. Todas ellas son acciones atípicas, relatando la sentencia luego acciones fraudulentas en las que no se menciona la intervención concreta del acusado, no consta su intervención ni que se beneficiase de las mismas. Respecto al 2º recurrente, declara la Sala que los llamados "contratos criminalizados" constituyen modalidad característica de la estafa en los que el contrato mismo se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento o fraude, aprovechándose el infractor de la confianza y buena fe de los perjudicados, con claro y terminante ánimo ab initio de incumplimiento.

NORMATIVA ESTUDIADA

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971 art.528 , art.529

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	5
FUNDAMENTOS DE DERECHO	9
FALLO	10
SEGUNDA SENTENCIA	10

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- ESTAFA
 - ENGAÑO; TIPOLOGÍA
 - Contrato simulado en perjuicio de tercero
- DOLO
 - En general
- FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN
 - Delito continuado

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

- Aplica art.528, art.529 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
- Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
- Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
- Cita art.849.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por SAP Valencia de 1 diciembre 2003 (J2003/223827)
- Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 28 noviembre 2003 (J2003/257558)
- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados, ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por AAP Barcelona de 22 julio 2004 (J2004/108398)
- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - DOLO - Diferencia del dolo civil por AAP Madrid de 1 marzo 2004 (J2004/111548)
- Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 21 junio 2004 (J2004/171450)
- Citada en el mismo sentido por AAP Vizcaya de 16 abril 2004 (J2004/171512)
- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 30 noviembre 2004 (J2004/197357)
- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 22 diciembre 2004 (J2004/219332)
- Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Vizcaya de 16 noviembre 2004 (J2004/234611)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Conceptuación general por AAP Almería de 18 octubre 2004 (J2004/243019)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Madrid de 3 diciembre 2004 (J2004/277601)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por AAP Madrid de 12 noviembre 2004 (J2004/278576)

Citada en el mismo sentido por AAP Cádiz de 30 diciembre 2004 (J2004/293196)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 3 marzo 2004 (J2004/300222)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Burgos de 19 mayo 2005 (J2005/111416)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Burgos de 6 junio 2005 (J2005/114131)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 15 julio 2005 (J2005/119217)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 7 julio 2005 (J2005/119244)

Citada en el mismo sentido sobre APROPIACIÓN INDEBIDA - MODALIDADES AGRAVADAS - Valor de la defraudación por SAP Murcia de 18 febrero 2005 (J2005/12341)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por SAP Zaragoza de 1 julio 2005 (J2005/139735)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por SAP Albacete de 5 mayo 2005 (J2005/153091)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 30 septiembre 2005 (J2005/157529)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 21 junio 2005 (J2005/182976)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados, ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por SAP Madrid de 14 enero 2005 (J2005/185751)

Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 14 febrero 2005 (J2005/191042)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por AAP Madrid de 27 junio 2005 (J2005/192536)

Citada en el mismo sentido por AAP Las Palmas de 31 octubre 2005 (J2005/195732)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Navarra de 10 octubre 2005 (J2005/222455)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Zaragoza de 14 noviembre 2005 (J2005/224922)

Citada en el mismo sentido por AAP Almería de 24 mayo 2005 (J2005/237917)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 29 diciembre 2005 (J2005/244452)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 diciembre 2005 (J2005/259785)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ENGAÑO; TIPOLOGÍA - Supuestos diversos por AAP Lleida de 2 noviembre 2005 (J2005/265901)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 11 abril 2005 (J2005/307859)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 16 junio 2005 (J2005/309573)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 21 abril 2005 (J2005/319189)

Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 9 diciembre 2005 (J2005/326190)

Citada en el mismo sentido por AAP Cádiz de 10 enero 2005 (J2005/328445)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 17 junio 2005 (J2005/331258)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por SAP Burgos de 14 febrero 2005 (J2005/63286)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 15 febrero 2005 (J2005/71523)

Citada en el mismo sentido por SAP Córdoba de 24 febrero 2005 (J2005/77755)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 3 julio 2006 (J2006/103001)

Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 14 junio 2006 (J2006/110084)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Conceptuación general por AAP Madrid de 23 enero 2006 (J2006/14171)

Citada en el mismo sentido por AAP Valladolid de 17 febrero 2006 (J2006/20132)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 9 marzo 2006 (J2006/248853)

Citada en el mismo sentido por SAP Navarra de 12 junio 2006 (J2006/249275)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 16 junio 2006 (J2006/287117)

Citada en el mismo sentido por SAP León de 2 marzo 2006 (J2006/30201)
Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 25 septiembre 2006 (J2006/303475)
Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 10 octubre 2006 (J2006/307156)
Citada en el mismo sentido por AAP León de 3 octubre 2006 (J2006/307591)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 30 noviembre 2006 (J2006/319118)
Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - DOLO - Diferencia del dolo civil por SAP Barcelona de 30 mayo 2006 (J2006/331843)
Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 23 noviembre 2006 (J2006/346140)
Citada en el mismo sentido por SAP Córdoba de 12 mayo 2006 (J2006/346563)
Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por STS Sala 2ª de 20 diciembre 2006 (J2006/353234)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 15 febrero 2006 (J2006/35878)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 6 octubre 2006 (J2006/367455)
Citada en el mismo sentido por SAP León de 23 noviembre 2006 (J2006/371593)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 22 septiembre 2006 (J2006/375488)
Citada en el mismo sentido por AAP Barcelona de 25 julio 2006 (J2006/382926)
Citada en el mismo sentido por SAP Toledo de 14 diciembre 2006 (J2006/392319)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 13 noviembre 2006 (J2006/395242)
Citada en el mismo sentido por SAP Navarra de 21 noviembre 2006 (J2006/396031)
Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 8 noviembre 2006 (J2006/408868)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 diciembre 2006 (J2006/430705)
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 27 febrero 2006 (J2006/43505)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 18 diciembre 2006 (J2006/463787)
Citada en el mismo sentido por SAP Zamora de 11 abril 2006 (J2006/75550)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 22 febrero 2006 (J2006/7971)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 24 febrero 2006 (J2006/85944)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 26 abril 2006 (J2006/92191)
Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 8 mayo 2006 (J2006/92443)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 19 abril 2006 (J2006/96414)
Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 12 marzo 2007 (J2007/131121)
Citada en el mismo sentido por SAP León de 24 abril 2007 (J2007/139684)
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 23 mayo 2007 (J2007/150053)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 23 mayo 2007 (J2007/161448)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 31 mayo 2007 (J2007/161762)
Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 22 febrero 2007 (J2007/171383)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 16 octubre 2007 (J2007/188957)
Citada en el mismo sentido por SAP Lleida de 21 septiembre 2007 (J2007/196767)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 22 junio 2007 (J2007/223745)
Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 22 octubre 2007 (J2007/231124)
Citada en el mismo sentido por SAP Guipúzcoa de 5 noviembre 2007 (J2007/270091)
Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 23 octubre 2007 (J2007/287181)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 16 noviembre 2007 (J2007/296336)
Citada en el mismo sentido por SAP Navarra de 8 octubre 2007 (J2007/349367)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 23 marzo 2007 (J2007/351424)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 27 junio 2007 (J2007/351445)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 6 marzo 2007 (J2007/351775)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 17 octubre 2007 (J2007/351990)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 7 febrero 2007 (J2007/36382)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 13 febrero 2007 (J2007/54534)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 23 febrero 2007 (J2007/54535)
Citada en el mismo sentido por AAP Santa Cruz de 5 enero 2007 (J2007/56523)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 11 enero 2007 (J2007/59772)
Citada en el mismo sentido por AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 abril 2007 (J2007/66461)
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 febrero 2007 (J2007/79145)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 19 enero 2007 (J2007/95689)
Citada en el mismo sentido por SAP Girona de 15 mayo 2008 (J2008/100057)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 14 febrero 2008 (J2008/102161)
Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 8 abril 2008 (J2008/114127)
Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ENGAÑO; TIPOLOGÍA - Contrato simulado en perjuicio de tercero por STS Sala 2ª de 17 julio 2008 (J2008/128073)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 22 mayo 2008 (J2008/140112)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por STS Sala 2ª de 24 septiembre 2008 (J2008/166731)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 8 mayo 2008 (J2008/177573)

Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 23 junio 2008 (J2008/191299)

Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 13 junio 2008 (J2008/254433)

Citada en el mismo sentido por SAP Castellón de 16 septiembre 2008 (J2008/254746)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 16 octubre 2008 (J2008/313897)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 29 enero 2008 (J2008/31924)

Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 31 octubre 2008 (J2008/329364)

Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 5 diciembre 2008 (J2008/359415)

Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 18 diciembre 2008 (J2008/359505)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 23 enero 2008 (J2008/5028)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 21 abril 2008 (J2008/67682)

Citada en el mismo sentido por SAP Navarra de 7 febrero 2008 (J2008/80578)

Citada en el mismo sentido por AAP Barcelona de 29 febrero 2008 (J2008/92213)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 11 mayo 2009 (J2009/110880)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por STS Sala 2ª de 2 junio 2009 (J2009/112110)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 25 mayo 2009 (J2009/120692)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 5 mayo 2009 (J2009/128122)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 6 febrero 2009 (J2009/13366)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 26 junio 2009 (J2009/134685)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 12 junio 2009 (J2009/142771)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - CUESTIONES GENERALES - Contratos privados criminalizados por STS Sala 2ª de 6 julio 2009 (J2009/158064)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 25 junio 2009 (J2009/165933)

Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 13 mayo 2009 (J2009/167201)

Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 18 junio 2009 (J2009/168703)

Citada en el mismo sentido por SAP Zamora de 30 junio 2009 (J2009/177783)

Citada en el mismo sentido por SAP Lleida de 11 junio 2009 (J2009/202899)

Citada en el mismo sentido por SAP Lleida de 7 mayo 2009 (J2009/214540)

Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 31 agosto 2009 (J2009/214714)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 23 septiembre 2009 (J2009/225084)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 17 febrero 2009 (J2009/22875)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 22 octubre 2009 (J2009/245671)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 16 octubre 2009 (J2009/251510)

Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 2 octubre 2009 (J2009/254595)

Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ELEMENTOS - Conducta engañosa: concepto por STS Sala 2ª de 15 octubre 2009 (J2009/265698)

Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 24 noviembre 2009 (J2009/282585)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 20 noviembre 2009 (J2009/351376)

Citada en el mismo sentido por SAP Castellón de 6 noviembre 2009 (J2009/364708)

Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 5 febrero 2009 (J2009/52383)

Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 20 febrero 2009 (J2009/59504)

Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 23 marzo 2009 (J2009/73629)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 26 marzo 2009 (J2009/89479)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 17 marzo 2009 (J2009/89673)

Citada en el mismo sentido por SAP Castellón de 16 abril 2010 (J2010/114381)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 23 marzo 2010 (J2010/124338)

Citada en el mismo sentido por SAP Castellón de 24 junio 2010 (J2010/170420)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 9 julio 2010 (J2010/199002)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 30 julio 2010 (J2010/199003)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 26 febrero 2010 (J2010/214214)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 21 septiembre 2010 (J2010/245572)

Citada en el mismo sentido por SAP Guipúzcoa de 5 febrero 2010 (J2010/259958)

Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 29 octubre 2010 (J2010/269957)

Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 5 abril 2010 (J2010/273871)

Citada en el mismo sentido por AAP Las Palmas de 19 mayo 2010 (J2010/274293)

Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 19 octubre 2010 (J2010/289779)

Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 16 noviembre 2010 (J2010/303300)

Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 14 diciembre 2010 (J2010/315131)
Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 28 diciembre 2010 (J2010/356090)
Citada en el mismo sentido por SAP Girona de 30 noviembre 2010 (J2010/360720)
Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 12 febrero 2010 (J2010/45672)
Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 9 marzo 2010 (J2010/45679)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 18 febrero 2010 (J2010/46087)
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 8 marzo 2010 (J2010/47616)
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 25 marzo 2010 (J2010/64398)
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 26 marzo 2010 (J2010/64405)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 mayo 2011 (J2011/141056)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 12 mayo 2011 (J2011/158859)
Citada en el mismo sentido por SAP Toledo de 1 julio 2011 (J2011/160026)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 30 junio 2011 (J2011/192456)
Citada en el mismo sentido sobre ESTAFA - ENGAÑO; TIPOLOGÍA - Contrato simulado en perjuicio de tercero por STS Sala 2ª de 14 julio 2011 (J2011/198019)
Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 10 febrero 2011 (J2011/23227)
Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 24 octubre 2011 (J2011/258709)
Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 28 noviembre 2011 (J2011/291999)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 21 noviembre 2011 (J2011/306123)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 29 noviembre 2011 (J2011/324247)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 19 diciembre 2011 (J2011/326552)
Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 4 marzo 2011 (J2011/49939)
Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 22 marzo 2011 (J2011/76182)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 13 abril 2011 (J2011/97140)
Citada en el mismo sentido por SAP León de 1 febrero 2012 (J2012/11936)
Cita STS Sala 2ª de 16 julio 1990 (J1990/7628)

Bibliografía

Citada en "Determinación exacta del orden jurisdiccional donde tramitar los incumplimientos contractuales"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de mil novecientos noventa y ocho. En los recursos de casación por infracción de Ley, que ante este Tribunal penden, interpuestos por los acusados José Francisco y Oscar, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, que entre otros pronunciamientos condenó a dichos acusados por un delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados respectivamente por los Procuradores Sra. Rabadán Chaves y Sr. Rojas Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alicante, incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 74/1996 contra José Francisco, Oscar y otros y, una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante que, con fecha 14 de octubre de 1996 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probado, y así se declara que:

Primero.- Mediante escritura pública otorgada ante el notario de Barcelona D. Vicente Lázaro Ventura el 7 de noviembre de 1989 se constituyó por Carmen, José Francisco y Josefa, la mercantil Distribuidora "C., S.A." destinada al comercio al por mayor de libros nuevos de cualquier clase fijando como domicilio la ciudad de Barcelona y concretamente la calle C. núm...., entidad que se inscribió en el Registro Mercantil el 2 de enero de 1990, nombrando como administrador único a José Francisco, mercantil que permaneció inactiva hasta 1995, en el que mediante escritura de adaptación otorgada por el notario de Alicante D. José Antonio Nuñez de Cella y Piñol el 13 de febrero, el citado administrador único otorga escritura de adaptación a la nueva normativa y se acuerda por los socios su nuevo nombramiento por un plazo de otros cinco años, permaneciendo idéntica su actividad empresarial. Es en el citado año 1995 cuando José Francisco se pone en contacto con el también acusado Oscar y planean instalarse en Alicante y dedicarse a la compra de grandes partidas de diverso género para su posterior venta a las denominadas tiendas de "TODO A CIEN" y en general a la venta a minoristas, a tal efecto, y por mediación de este último alquilan como sede para sus operaciones el local sito en la Avda. O. núm.... Edificio "J."- de esta ciudad, lugar en el que ya había trabajado con anterioridad Oscar con otra empresa, procediendo José Francisco a nombrar mediante escritura del 8 de junio de 1995 apoderado o factor mercantil de la entidad Distribuidora "C., S.A." al acusado Luis Gerardo, quien a partir de entonces desempeña las funciones de gerente de la entidad abriendo sendas cuentas bancarias a nombre de la citada mercantil una de ellas el 13 de julio en el "Banco A." y otra en la oficina del "Barclays Bank", sucursal de la calle M., figurando en ambas como apoderado de la citada mercantil y único con firma reconocida con saldos medios de unas cinco mil pesetas siéndole entregados por las entidades

bancarias talonarios que posteriormente firmaba a los efectos de atender los pagos de los géneros adquiridos que, naturalmente, y al carecer de fondos dio como resultado el impago de los diversos cheques suscritos.

A fin de llevar a cabo las operaciones de adquisición de material, fueron contratados bien por José Francisco bien por Luis Gerardo los acusados:

a) Luis Fernando que ejercía la función de técnico en compras y que junto con el ya citado Oscar que también actuaba como jefe de compras, efectuaban las gestiones y contactos oportunos para proveer a la empresa de materias primas que luego venderían a los establecimientos de "TODO A CIEN" y minoristas en general, operaciones que posteriormente supervisaba el gerente Luis Fernando y quien autorizaba los respectivos pagos librando cheques o efectos a cargo de las cuentas ya abiertas y que siempre resultaron impagados.

B) El acusado Jesús Manuel que se encargaba de contratar los transportes y almacenaje de las mercancías destinadas a la propia empresa o a la venta posterior una vez adquiridas por aquella, contratando para ello con las mercantiles del ramo tales como "S., S.A.", "Transportes C., S.A." o "L.", de modo que una vez así organizados los acusados José Francisco, Oscar y el gerente Luis Gerardo, todos ellos sin antecedentes penales, de común acuerdo, llevaron a cabo las operaciones mercantiles siguientes:

"Primera.- Como consecuencia de la reunión celebrada sobre las 18 horas del 19 de junio de 1.995, entre Juan Carlos, en su condición de representante legal de la empresa "Aromas N., S.A." con domicilio social en la carretera nacional... de Ozonilla (León) y los que se identificaron como representantes legales de la empresa Distribuidora "C., S.A." Agustín y Fernando, cuyas verdaderas identidades corresponden, respectivamente, a los acusados Juan A. Pedro, declarado en rebeldía y no juzgado en este juicio, y Oscar, celebrada en el local arrendado por esta última entidad, sito en la Avda. O. núm....- Edificio "J."- de Alicante y que tenía por objeto realizar diversas operaciones mercantiles consistentes en la venta por parte de la primera entidad y compra a cargo de la segunda de una partida de materiales por importe de 939.600 ptas., ultimado el acuerdo, las mercancías fueron remitidas el 20 de julio por "Transportes H." desde León a Alicante depositándolas al llegar a esta ciudad en las dependencias de "Transportes L." que previamente los acusados habían contratado; una vez que la mercancía se encuentra en Alicante, se recibe en las oficinas de "Aromas N., S.A." de León, un fax remitido por Distribuidora "C., S.A." en el que se especifica que deben pasar el día 5 de agosto por las oficinas de la empresa en Alicante para recoger el cheque o talón por importe de 960.000 ptas.; personado el indicado día el representante legal de "Aromas N., S.A." le informan los dos acusados que deberá esperar hasta el día 10, llegada esta fecha observa que la empresa se encuentra cerrada existiendo un cartel que indica que permanecerá cerrada hasta el día 21 del citado mes de agosto por vacaciones, adeudándole, en consecuencia Distribuidora "C., S.A." y por el indicado motivo la cantidad de 939.600 ptas. Una vez que las mercancías se encuentran en esta ciudad se hace cargo de ellas "Transportes C." quien posteriormente las traslada desde Alicante a Barcelona capital a cargo de Distribuidora "C., S.A." sin que esta última abonara el importe del transporte. La representación legal de "Aromas N., S.A." ha justificado el género vendido cuyo importe asciende a 939.600 ptas. que es reclamado como indemnización.

Segunda.- A mediados de Junio de 1.995 Distribuidora "C., S.A." a través de quien dice llamarse Fernando, identidad que es utilizada, en realidad por el acusado Oscar, se pone en contacto con la empresa "S., S.A." con domicilio social en calle E. núm.... de Cornellà de Llobregat (Barcelona) y con delegación en el Polígono "M." representado por Antonio realizando hasta 16 pedidos entre el 8 y el 30 de junio de material de oficina que es depositado en "S., S.A." y por importe de 1.348.274 ptas. A mediados de Julio se persona el citado representante de "S., S.A." en la sede de Distribuidora "C., S.A." a efectos de cobrar la deuda, momento en el que el que se hace pasar por Fernando, le presenta al gerente que se identifica como Luis, cuyo nombre completo es el acusado Luis Gerardo quien firma una letra por el importe citado y en la que figuraba como domicilio de pago la "Caja M.", realizadas indagaciones con esta última entidad le indican que se encuentra inoperante, ante ello, vuelve a hablar con el tal Luis que sustituye la letra por un cheque nominativo a favor de la empresa "S., S.A." del "Barclays Bank" oficina de la calle M. cuenta corriente núm.... y por importe de 1.348.567 ptas. que presentado al cobro resultó no existir fondo, ante ello el gerente de "S., S.A." se dirige a las oficinas de Distribuidora "C., S.A." el 4 de agosto comprobando que había un cartel en el que se informaba que permanecía cerrado hasta el 21 de agosto por vacaciones. "S., S.A." ha acreditado vender género por importe de 1.348.274 ptas. que es objeto de reclamación por vía de indemnización.

Tercera.- A finales de junio de 1.995 José, representante de "Transportes C., S.A." recibió una llamada telefónica de quien dijo ser Jesús, cuya identidad completa es el acusado Jesús Manuel interesándose en su condición de encargado de transporte de Distribuidora "C., S.A." sobre las tarifas para el servicio de transporte entre Alicante, Barcelona y Zaragoza quien posteriormente y tras consultar con Luis Gerardo sobre las condiciones económicas ofrecidas se personó mas adelante en "Transportes C., S.A." para contratar diversos servicios, el primero tuvo lugar el 26 de julio de 1.995 consistente en recoger 423 bultos, algunos de ellos fregonas, depositados en "Transportes L." para su posterior traslado a una nave abandonada de Terrasa, elevándose el transporte a 103.680 ptas. mas I.V.A.. Al día siguiente trasladan un conjunto de 2.760 puntales, con un peso de 24.000 kilogramos desde Barcelona a Zaragoza por importe de 228.000 ptas. El 2 de agosto transportan 16 bultos desde la agencia de "Transportes L." en Alicante hasta el almacén de "Transportes C., S.A." en Barcelona, lo que unido a otros traslados de menor entidad, dio lugar a una factura de 70.356 ptas., mas el I.V.A.. Personado un empleado de "Transportes C., S.A." en la sede de Distribuidora "C., S.A." el 3 de agosto hablaron con Jesús Manuel quien les remitió al gerente Luis que es identificado como el acusado Luis Gerardo que al encontrarse ausente no pudo satisfacer el importe de las diversas facturas, por lo que convinieron en verse el 9 de agosto, llegada tal fecha, se encontraron con un cartel que indicaba que la empresa permanecía cerrada hasta el 21 de agosto, no habiéndose satisfecho por Distribuidora "C., S.A." la deuda pendiente que asciende a 402.036 ptas. mas I.V.A.

Cuarta.- A mediados de julio de 1.995 Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto telefónico en la sede social de la empresa "A., S.A." representada por José y con domicilio social en Ollería (Valencia) interesándose por la compra de bolsas de plástico para la basura, identificándose los interlocutores como Fernando y Luis Gerardo, llegando al acuerdo de remitirles mediante "Transportes C." las citadas bolsas cuyo importe ascendía a 934.006 ptas. personándose el citado representante legal de "A., S.A." en la sede social de Distribuidora

"C., S.A." por dos veces se entrevistó con sus interlocutores telefónicos identificados como los acusados Luis Gerardo y Fernando sin que una vez remitido el pedido les fuera abonada la mercancía, reclamando por ello el importe de la factura obrante en autos de 934.006 ptas.

Quinta.- A mediados de junio de 1995, Distribuidora "C., S.A.", y en su nombre el que afirmó ser Fernando se puso en contacto por fax con la mercantil "M., S.A." con domicilio social en Valencia, calle A. núm.... representada por José Vicente, empresa destinada al comercio de baratijas y juguetes, interesándose por sus productos que les fueron remitidos a través del servicio de paque-expres de Renfe el 19 de julio; a los efectos del pago de la mercancía el primero le entregó en Alicante un cheque por importe de 1.676.942 ptas. del "Barclays Bank", agencia de M. de esta ciudad emitido el 5 de agosto y firmado por el gerente Luis Gerardo que resultó devuelto por no haber fondos, habiendo resultado infructuosas las diversas gestiones realizadas para el cobro de la citada cantidad que es reclamada por la perjudicada.

Sexta.- A finales de junio de 1.995 Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto telefónico con la empresa "U., S.L." con domicilio social en Oñate (Guipúzcoa), hablando con el delegado en esta ciudad José Antonio y con el técnico comercial Francisco Javier a los efectos de entablar relaciones comerciales sobre la adquisición por parte de la primera de puntales para la construcción hablando para ello con Oscar quien se identificó como representante legal de Distribuidora "C., S.A." y quien materialmente encargó el pedido y Fernando, llegados a un acuerdo sobre el particular se enviaron dos portes, uno el 19 de junio y otro el 26 de julio con destino a Zaragoza y al almacén de "Transportes C., S.A." en Barcelona, el precio de la operación fue el de 5.755.009 ptas. para el que se libró una letra de cambio a 90 días contra la "Caja M." que resultó impagada, personados los agentes de "U., S.L." en la Avda. O. núm.... de esta ciudad, donde habían tratado sobre la operación de compraventa, se encontraron con que la sede estaba cerrada, reclamando, en consecuencia, el importe de la compraventa efectuada.

Séptima.- El 10 de julio de 1.995 Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto con la mercantil "R., S.A.R.L.", de nacionalidad francesa y dedicada a la distribución de productos cosméticos, interesándose por sus productos, manteniendo conversaciones con el que fuera su agente comercial Jean, quien se entrevistó con Fernando y el llamado Agustín, y una vez llegados a un acuerdo sobre el género interesado y que este le fue servido entregó Luis Gerardo un cheque por importe de 74.900 francos franceses que no fue pagado por inexistencia de fondos.

Octava.- El 8 de junio de 1.995 Distribuidora "C., S.A.", a través de quien dijo llamarse Oscar solicitó un pedido por teléfono a la empresa "M.", con domicilio en Badalona y de la que es director-gerente Luis, llegados a un acuerdo sobre el particular les fue servido girándose un cheque por importe de 55.560 ptas., que no ha sido abonado; el citado gerente ha renunciado a ser indemnizado.

Novena.- A finales de julio de 1995 Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto con la mercantil "C., S.L." representada por Benjamin para interesarse por cuatro aparatos de aire acondicionado por importe conjunto de 1.452.320 ptas., que deberían entregarse en Zaragoza, siendo el consignatario "T." hablando para la formalización del acuerdo con Fernando, quien firmó el albarán de entrega, Luis Gerardo y un tal Agustín, para el pago de los aparatos se entregó un cheque firmado por el último de los citados del "Banco A.", con fecha de vencimiento de 5 de agosto que resultó impagado. La citada cantidad debidamente justificada es objeto de reclamación en estas actuaciones.

Décima.- En julio de 1995, Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto por fax con la mercantil "C., S.L." con domicilio social en Calle S. (Valencia), lo que motivó el desplazamiento de su apoderado Antonio hasta la sede social en Alicante de la primera entidad donde enseñaron las muestras de sus productos y a los dos días les hicieron un pedido por importe de 1.456.248 ptas., que les fue remitida por transporte y posteriormente abonada, mas adelante el 2 de agosto reciben un segundo pedido por importe por importe de 811.689 ptas. que se entregó el día 4 en Barcelona descargando en "Transportes F." y para su abono le entregaron un cheque del "Barclays Bank" en Barcelona al descargar la mercancía.

Decimoprimer.- El 2 de agosto de 1995, Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto a través de quien dijo llamarse Luis y que no coincide con ninguno de los acusados con la empresa "M." representada por Eusebio a fin de e venderle determinados objetos entre ellos, juguetes, ambientadores, guantes de plástico y de tela, llegados a un acuerdo este último abonó en efectivo al citado Luis 4.860.400 ptas. posteriormente Eusebio vendió la mercancía a otra empresa de su propiedad llamada "Lanas P." que se encontraba cerrada.

No se ha acreditado que en el desarrollo de las operaciones anteriores hayan tenido participación alguna delictiva ninguno de los restantes acusados.

Los acusados José Francisco, Oscar, Luis Gerardo y Fernando, de común acuerdo y con propósito de defraudar a terceros llevaron a cabo las operaciones mercantiles o gestiones lucrativas siguientes:

Primera.- A mediados del mes de julio de 1995, Manuel, gerente de la entidad "Neumáticos F., S.L." sita en la Avda. O. núm...., de esta ciudad, y destinada a la venta y reparación de neumáticos, recibe una llamada telefónica de quien afirma pertenecer a Distribuidora "C., S.A." identificándose como Luis Gerardo indicando que es intención de esta entidad mantener relaciones comerciales con la empresa de neumáticos a fin de que se encargue del mantenimiento, cambios de aceite y pequeñas reparaciones de los vehículos utilizados por Distribuidora "C., S.A.", comprometiéndose esta última a abonar las reparaciones que se llevaran a cabo en el plazo máximo de un mes, aceptada la propuesta por el representante de "Neumáticos F. S.L." el 17 de julio se presenta en los talleres vehículo "T." matrícula..., a nombre de Carmen afirmando su conductor pertenecer a la flota de Distribuidora "C., S.A." y encargando le sean colocadas en el vehículo 4 cubiertas y 4 llantas por un importe total de 232.928 ptas.; dos días más tarde se personó en el taller la misma persona acompañada de otras dos conduciendo uno de ellos un turismo matrícula... propiedad de la empresa "I.", y haciéndole saber que pertenecían a Distribuidora "C., S.A.", solicitando el montaje de 4 cubiertas, lo que fue realizado por un importe de 109.894 ptas.; el 25 del mismo mes se presenta un tercer vehículo diciendo pertenecer al conjunto de vehículos de la empresa Distribuidora "C., S.A." marca "P.", matrícula..., a nombre de Pastora al que le es montado dos cubiertas por un precio de 34.211 ptas., incluyéndose, además en esta factura el alineado de las ruedas del vehículo "T." citado por importe de 5.568 ptas. finalmente el 31 de julio, se presenta un cuarto vehículo

de Distribuidora "C., S.A.", resultando ser un turismo matrícula... propiedad del acusado Luis Fernando al que se le instalan 4 cubiertas y 4 llantas.

Segunda.- El 17 de julio de 1.995, en el Taller "E.", ubicado en la Avda. L. 67, regentado por Domingo Manuel, dos personas que resultan ser Luis Fernando y el acusado rebelde Agustín, cuyo nombre completo es Juan A. Pedro en nombre y representación de Distribuidora "C., S.A." manifestando que al sobrepasar los niveles de ventas, esta última entidad les había regalado unos equipos de música con compact disc que debían ser instalados en los vehículos de la empresa, al tiempo que le decían que venían de parte de "Neumáticos F.", comprometiéndose a que la empresa le pagaría el 5 de agosto, aceptada la propuesta en los días siguientes, el 21 de julio le traen un vehículo "T." matrícula... donde es instalado un equipo nuevo de música ascendiendo la factura a 160.750 ptas., más tarde el 31 de julio le traen el turismo úR." matrícula... propiedad de Luis Fernando al que también se le instala un equipo de música, ascendiendo la factura a 122.690 ptas., llegado el 5 de agosto ni la empresa Distribuidora "C., S.A." ni los dos comparecientes en el taller han hecho efectivo el total de la factura que asciende, con IVA a 329.167 ptas. y que es objeto de reclamación en estas actuaciones por un total de 185.122 ptas. A los efectos del abono de las diversas facturas y tal como habían acordado, se persona un empleado del "Taller E." en el domicilio facilitado por Distribuidora "C., S.A." el 3 de agosto poniéndole Oscar varias objeciones para el pago debido a las inminentes vacaciones, si bien, al final entregó un talón del "Barclays", sucursal de la calle M. núm...., firmado por el gerente Luis Gerardo por el importe total de las facturas, esto es 567.723 ptas.; personado el gerente el mismo día en la agencia núm. 1 de la Florida del "Banco A." para interesarse por el cobro del talón, les informaron que la cuenta corriente había sido abierta con 3.000 ptas. siendo este el saldo en la indicada fecha; el 7 de agosto y ante el impago del talón el citado representante se dirige al local de Distribuidora "C., S.A." en la Avda. O. núm...., Edificio "J.", encontrándose con un cartel que indicaba permanecía cerrado hasta el 21 del mismo mes.

Tercera.- A mediados de julio de 1995, Distribuidora "C., S.A." se puso en contacto telefónico con la entidad "Z., S.A." de Ediciones, con domicilio social en Barcelona, para lo cual la citada entidad se puso en contacto con su delegación en esta ciudad que previo acuerdo por teléfono quedaron en visitarles en la propia sede sita en la Avda. O. núm.... personada la agente comercial Luisa en el indicado domicilio se entrevistó con el que se identificó como gerente Luis Gerardo, y dos agentes comerciales identificados como Luis Fernando y el que dijo llamarse Agustín, interesándose por tres enciclopedias universales con dos aparatos de televisión de 14 pulgadas de regalo por un precio, dos de ellas de 225.000 ptas. y la tercera 197.000 ptas., esta última contratada por Luis Gerardo pactándose como forma de pago el abono de 10.000 ptas. mensuales durante 22 meses y con la condición de que deberán servirse las tres a primeros de agosto en el citado domicilio debido a que iban a cerrar durante el citado mes, remitidas las enciclopedias en la fecha prevista a través de "Transportes G.", no han sido abonadas ninguna de las tres enciclopedias, con independencia de que en los tres contratos de compra cada peticionario firmó la suya, en los tres aparecía el sello de Distribuciones "C., S.A.", personada la mencionada agente comercial a primeros de septiembre se encontró con un cartel que indicaba cerrado por vacaciones, la citada mercantil reclama en este procedimiento el importe de los tres contratos de libros adquiridos por Distribuidora "C., S.A."

No se ha acreditado que el acusado Jesús Manuel pese a trabajar como encargado de transportes de Distribuidora "C., S.A." haya tenido participación alguna en los negocios fraudulentos llevados a cabo por los otros integrantes de la citada organización, igualmente tampoco se ha acreditado que en la compra de género llevada a cabo por Eusebio se aprecie actuación delictiva alguna".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Luis Gerardo como autor de un delito de estafa continuado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y MEDIO DE PRISION MENOR, accesorias legales y pago de una séptima parte de las costas. A Oscar y José Francisco como autores responsables de un delito de estafa continuado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos de DOS AÑOS DE PRISION MENOR accesorias legales y una séptima parte de las costas procesales para cada uno de ellos. Igualmente se condena a Luis Fernando como autor de un delito de estafa a la pena de TRES MESES DE ARRESTO MAYOR, accesorias legales y pago de una séptima parte de las costas; y por vía de responsabilidad civil se condena conjunta y solidariamente a los tres citados en primer lugar a que indemnicen a los perjudicados a continuación se enumeran en las cantidades siguientes:

- Al representante legal de "Aromas N." en 939.600 ptas.
- Al representante legal de "S., S.A." en 1.348.274 ptas.
- Al representante legal de "Transportes C., S.A." en 402.036 ptas. mas I.V.A.
- Al representante legal de "A., S.A." en 934.006 ptas.
- Al representante legal de "M., S.A." en 1.676.942 ptas.
- Al representante legal de "U., S.C.L." en 755.099 ptas.
- Al representante legal de "R., S.A.R.L." en 74.900 francos franceses, o la cantidad que resulte en pesetas.
- Al representante legal de "C., S.L." en 1.452.320 ptas.
- Al representante legal de "C2., S.L." en 811.689 ptas.

Los citados acusados y Luis Fernando responderán conjunta y solidariamente a los perjudicados que se indican en las cantidades siguientes:

- Al representante legal de "Neumáticos F." en 561.255 ptas.
- Al representante legal de "Taller E." en 329.117 ptas.
- Al representante legal de "Z., S.A." en 647.000 ptas.

Se absuelve de los delitos de estafa y receptación imputados por el Ministerio Fiscal respectivamente a los acusados Jesús Manuel y Eusebio declarándose de oficio dos séptimas partes de las costas.

Abonamos a los acusados la totalidad del tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Se aprueba por sus mismos fundamentos el auto en cuanto a la insolvencia de José Francisco y Oscar y reclámese del Juzgado Instructor las piezas de responsabilidad del resto de condenados".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recurso de casación por infracción de ley por los acusados José Francisco y Oscar, 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 los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado José Francisco se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Infracción de precepto constitucional con base en el núm. 4 del art. 5 de la LECr, 6/85 de uno de julio EDL 1985/8754 , por haber vulnerado la sentencia el derecho consagrado en el art. 24 de la CE EDL 1978/3879 .

Segundo.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 , aplicación indebida de los arts. 528 y 529.7 del CP de 1973 EDL 1973/1704.

El recurso interpuesto por la representación del acusado Oscar se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

Unico.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 , indebida aplicación de los arts. 528 y 529 del C.P EDL 1973/1704.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebraron la votación y deliberación prevenidas el día 30 de abril de 1998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado José Francisco se articula sobre la base de dos motivos, el primero por la vía del art. 5.4º de la LOPJ EDL 1985/8754 denunciando la supuesta vulneración de la presunción constitucional de inocencia, y el segundo al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , denunciando la indebida aplicación de los arts. 528 y 529 del Código Penal 73 EDL 1973/1704.

Ambos motivos, por su estrecha relación, deben examinarse conjuntamente, procediendo su estimación, como también interesa el Ministerio Fiscal. En efecto el análisis de los hechos declarados probados, concretados y complementados por lo dispuesto expresamente respecto de este procesado en el fundamento jurídico 1º de la sentencia, no permite subsumirlos en los preceptos penales aplicados, pues conforme a lo acreditado únicamente consta que el acusado constituyó en Barcelona una sociedad con otras personas, que tras un periodo de inactividad en 1995 otorgó una escritura de adaptación de la Sociedad a la nueva normativa aplicable a las Sociedades Mercantiles, siendo nombrado administrador único, que se asoció con otro de los acusados, planeando instalarse en Alicante para dedicarse a la compra de diverso género con destino a las tiendas denominadas de "todo a cien", y que designó apoderado a otro de los acusados. Todo ello constituyen acciones, por sí mismas, atípicas, relatándose posteriormente en la sentencia una serie de operaciones -que son las fraudulentas-, en las que no se menciona la intervención concreta del acusado, siendo otras personas, también acusadas, las que las realizaron, utilizando el mecanismo defraudatorio denominado del "Timo del Nazareno", es decir efectuar engañosas adquisiciones sin intención alguna de abonar las compras, cerrando el local comercial y abandonando el lugar con la mercancía, una vez recibida ésta. (S.T.S. 1158/95, de 23 de Noviembre).

Como señala el Ministerio Fiscal, de los hechos no se deduce cual fue la intervención personal del recurrente en dichas operaciones, no siendo suficiente la expresión genérica -carente de sustento probatorio concreto- de que actuó "con ánimo de defraudar a terceros", pues no constando una intervención de cualquier índole en las operaciones que se relatan, y tampoco que se beneficiase de las mismas, lo procedente resulta la estimación del recurso, casando la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al recurso interpuesto por el otro acusado recurrente Oscar, al amparo del núm. 1º del art. 849 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , se impone su desestimación pues, respetándose como deben respetarse en este cauce casacional los hechos declarados probados, resulta evidente que concurren en ellos todos los elementos del delito de estafa objeto de acusación y condena. En efecto, existe estafa en los casos en que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la otra parte y del propio incumplimiento, propósito que se acredita -como sucede en el presente caso- normalmente por la prueba de indicios al deducirse a posteriori de la conducta observada por el reo en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento total, surgiendo así el llamado contrato o negocio civil criminalizado. Los llamados "contratos criminalizados" constituyen una modalidad muy característica de la estafa, en los que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícita aunque no privada de exteriorizaciones o manifestaciones que delatan dicho engaño, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento o fraude, aprovechándose el infractor de la confianza y buena fe de los perjudicados, con claro y terminante ánimo ab initio de incumplimiento. Se constituyen así los esquemas contractuales -en el presente caso de unas compraventas- para instrumentarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el disvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno. Cuando media un contrato, como señalan las SS. 4-11-77, 16-7-90 EDJ 1990/7628 y 19-6-95, el dolo penal consiste en el propósito de

no cumplir o de iniciar muy parcialmente un cumplimiento para desembocar en un incumplimiento definitivo, en el que el contrato es una función al servicio de un fraude, creando un negocio vacío o captatorio que encierra realmente una acechanza al patrimonio ajeno. Cuando -como sucede en este caso- se oculta a la contraparte el decidido propósito de no cumplir y se silencia la imposibilidad de cumplirlo, induciendo por el contrario en la víctima mediante maquinaciones diversas el error de creer en la solvencia y posibilidades reales de cumplimiento del defraudador, se cierra un trato que sólo ha de servir para enriquecer ilícitamente al que diseña el engaño y, en consecuencia, se incurre en responsabilidad penal por estafa.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de Casación interpuesto por José Francisco, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y declarando de oficio para dicho recurrente las costas de este procedimiento.

Por el contrario procede declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de Casación interpuesto por el recurrente Oscar, contra igual sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, imponiéndose las costas de este procedimiento a dicho recurrente.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte a ambos recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, con devolución a esta última de los que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de mil novecientos noventa y ocho. El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado núm. 63/96, contra José Francisco, nacido el 26 de abril de 1949, hijo de José y de Concepción, sin antecedentes penales, con DNI... natural de Crevillente y vecino de San Cugat del Vallés (Barcelona), en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el 6 al 21 de noviembre de 1995, insolvente; contra Oscar, nacido el 5 de septiembre de 1952, hijo de Francisco y de Elisa, con antecedentes penales no computables, natural de Crevillente y vecino de Alicante con DNI..., en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el 16 de octubre al 21 de noviembre de 1995, de ignorada solvencia y contra Luis Fernando, Luis Gerardo, Jesús Manuel, y Eusebio (todos ellos no recurrentes en este procedimiento), se ha dictado Sentencia por la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 14 de Octubre de 1996, que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional procede dictar sentencia absolutoria respecto del recurrente José.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS.- QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al recurrente José del delito por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, quedando subsistente el fallo en cuanto al resto de los acusados.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Móner Muñoz.- Joaquín Martín Canivell.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.

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