



Roj: **STS 158/2024 - ECLI:ES:TS:2024:158**

Id Cendoj: **28079120012024100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2024**

Nº de Recurso: **7241/2021**

Nº de Resolución: **10/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 10/2024**

Fecha de sentencia: 11/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7241/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de Apelación.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7241/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 10/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de enero de 2024.



Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 7241/2021, interpuesto por la representación procesal de **D. Santos**, contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala nº 14/2021, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la acusación particular Obrascon Huarte Lain (OHL); y condenó a D. Santos como autor de los delitos de estafa, corrupción entre particulares y blanqueo de capitales, contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2021 dictada en el Rollo de Sala nº 6/2020 dimanante de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, por la que fue absuelto el recurrente como autor responsable de los delitos que venía siendo acusado, habiendo sido parte en el presente procedimiento el recurrente D. Santos representado por la procuradora Dª. María Jesús Cezón Barahona; bajo la dirección letrada de D. Jorge Casal Llovet, y como parte recurrida la acusación particular Obrascon Huarte Lain, representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira; bajo la dirección letrada de D. Jesús Ignacio Santos Alonso; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 6, tramitó procedimiento abreviado núm. 110/2016 por delitos de estafa agravada, corrupción entre particulares y blanqueo de capitales, contra D. Santos y Dª Valle; una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, (Rollo de Sala nº 6/2020) y dictó Sentencia en fecha 15 de julio de 2021 que contiene los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El acusado Santos, cuyos datos personales obran en autos, prestó sus servicios por cuenta de Obras Huarte Lain, entre los años 1991 hasta el 2016, primero como ingeniero de caminos, canales y puertos y en el periodo entre el 1/09/06 y 1/08/16, como Director delegado para el área geográfica de Argelia. La acusada Valle, cuyas circunstancias personales obran en autos, está casada con el Sr. Santos.

SEGUNDO.- Santos, aprovechando la condición de máximo responsable de la sociedad en Argelia, suscribió en nombre de OHL en fecha 26 de noviembre de 2007 con la mercantil ROC ASSISTANCE SARL2 entidad marroquí representada por D. Juan María, un contrato de prestación de servicios estratégicos, lógicos y de relación públicas en el marco del proyecto que OHL iba a desarrollar en Argelia para construcción de un Centro de Convenciones, de Orán, en calidad de asesor técnico local4, al tiempo que, con la intención de obtener ilícitas ganancias con cargo a OHL,

1 En lo sucesivo OHL

2 En lo sucesivo ROC

3 Contra quien no se sigue el procedimiento.

4 En lo sucesivo ATL

pactó con este a cambio de la suscripción del mismo, el abono del 23,30% del porcentaje del 3% del montante global del proyecto una vez fuera abonada a OHL.

TERCERO.- Con dicha finalidad, el acusado Santos junto a su esposa también acusada Valle adquirieron el 5 de diciembre de 2007 la sociedad EDMONTON OVERSEAS, constituida el 14/10/2007 con sede en calle 53 Este Urb Marbella Torre Swiss bank, piso 2 de Panamá, mediando una sociedad Aedes Trust S.A. con domicilio en el Principado de Andorra, con la que abrieron a nombre de la sociedad Edmonton Overseas S.A. en el Banco Sabadell de Andorra nº NUM000 y en la cuenta NUM001, con la finalidad de recibir las cantidades pactadas en el contrato suscrito entre el acusado y el Sr. Juan María -.

CUARTO.- El importe total de las cantidades abonadas por OHL a ROC ascendieron a 18.343.315,54€, de estas correspondían al acusado Sr. Santos la cantidad de 4.280.106,96 €, de la cuales constan transferidas a las cuentas de Edmonton Overseas las cantidades siguientes:

\* IBAN NUM000 :

Fecha Ordenante Importe

27.01.09 ROC 499.175,00

19.06.09 ROC 182.487,00

19.10.09 Juan María 329.718,00

21.12.09 ROC 542.791,00

16.07.10 ROC 611.791,00



14.09.11 Demetrio 342.224,83

05.10.11 Demetrio 258.987,26

24.02.12 Demetrio 427.935,00

\*IBAN NUM001 :

\*IBAN NUM001 :

" (sic)

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados Santos , Valle y EDMONTON OVERSEAS, S.A. de los delitos por los que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas procesales.

A la firmeza de la presente resolución deberán dejarse sin efecto cuantas medidas cautelares personales o reales se encuentren acordadas en la presente causa.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional como dispone el artículo 846 ter 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

**TERCERO.-** Con fecha 20 de julio de 2021, la Audiencia Nacional dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es la siguiente: " **LA SALA ACUERDA:** Procede subsanar el error de transcripción padecido en la sentencia núm 13/21 de fecha 15-7-21 dictada por este Tribunal haciéndose constar que al acto de la Vista de juicio oral comparece el MINISTERIO FISCAL representado por la Ilma. Sra. Da. CARMEN MONFORT MARCH.

Notifíquese esta resolución a las partes." (sic)

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusación particular Obrascon Huarte Lain (OHL), y en la misma actuó como apelado el recurrente en casación D. Santos , dictándose sentencia núm. 10/2021 por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional en fecha 18 de noviembre de 2021, en el rollo de apelación núm.14/2021, cuyo Fallo es el siguiente: "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales Sr. Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de OBRASCON HUARTE LAIN (OHL), contra la sentencia dictada en este procedimiento el 15 de julio de 2021, y en consecuencia se deja sin efecto la absolución acordada en esa resolución, y en su lugar:

Debemos condenar y condenamos a:

Santos , como autor de un delito continuado de estafa a la pena de cinco años de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de 50 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y como autor de un delito de blanqueo a la pena de dos años de prisión y multa de 3.486.671,58 euros. Se le impone la inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o el comercio durante el plazo de 3 años, y como accesoria la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Además, se le impone el pago de las 2/6 partes de las costas de la primera instancia incluyendo las de la acusación particular.

Se mantiene la absolución de Santos por el delito de corrupción entre particulares y se declara de oficio 1/6 parte de las costas.

Se mantiene la absolución de Valle por los delitos de estafa, corrupción entre particulares y blanqueo. Se declaran de oficio 3/6 partes de las costas de la primera instancia.

En concepto de responsabilidad civil Santos deberá indemnizar a OHL la cantidad de 4.280.106,96 euros, más los intereses legales del art. 576 de la ley de enjuiciamiento civil.

Se acuerda el decomiso de las cantidades que se encuentran en las cuentas corrientes del Banco de Sabadell de Andorra a nombre de EDMONTON OVERSEAS, IBAN NUM001 e IBAN NUM000 .

Contra esta resolución puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este tribunal en el plazo de 5 días.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Santos que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:



Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1.5 del C.P., en relación con el art. 74 del mismo texto legal.

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 301.1 del C.P.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 127 del C.P.I

**SÉPTIMO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la representación de la parte recurrida por escritos de fecha 20 de abril y 28 de enero de 2022 respectivamente, interesaron la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de enero de 2024.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia. 13/2021, 15 de julio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, absolvió al acusado Santos de los delitos de estafa, corrupción entre particulares y blanqueo de capitales por los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Contra esta sentencia absolutoria, en el ejercicio de la acusación particular, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de OHL, El recurso fue resuelto por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que dictó la sentencia 10/2021, 18 de noviembre, en la que se condenó a Santos como autor de un delito continuado de estafa a la pena de 5 años de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 50 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y como autor de un delito de blanqueo a la pena de 2 años de prisión y multa de 3.486.671,58 euros. Se le impuso también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o el comercio durante el plazo de 3 años, y como accesoria la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante. el tiempo de condena.

Se formaliza ahora recurso de casación por la defensa del acusado. Se formalizan tres motivos. El tercero de ellos -relativo a la decisión de acordar el decomiso de las cantidades cobradas- cuenta con el apoyo expreso del Fiscal del Tribunal Supremo.

2.- El primero de los motivos denuncia, con cita del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, aplicación indebida de los arts. 248 y 250.1 y 5 del CP, en relación con el art. 74 del CP.

La sentencia recurrida -aduce la defensa- incluye una adición incriminatoria en el relato de hechos probados contenido en la sentencia absolutoria de instancia, derivada del recurso de apelación promovido ante la Sala de Apelación por la acusación particular. De esta forma, se ha alterado "...el sustrato fáctico sobre el que se asienta la absolución de mi patrocinado mediante la introducción ex novo de un presupuesto de hecho ( el acuerdo entre Santos y ROC ASSISTANCE, SARL para incrementar de forma artificiosa -inflar- el precio del servicio pagado por OHL por sus servicios en proyecto del Centro de Convenciones de Oran) que vendría a integrar el elemento típico del engaño y que ha posibilitado al Tribunal ad quem subsumir los hechos declarados probados en el delito de estafa".

Sigue razonando la defensa que "...la existencia de un concierto de voluntades entre Santos y ROC ASSISTANCE, SARL para "inflar engañosamente el precio de los servicios a costa de OHL" y permitir al Sr. Santos lucrarse con el exceso no forma parte de los hechos que se declaran probados en la Sentencia absolutoria. Es más, la acusación particular y el propio Ministerio Fiscal omiten toda alusión a este concreto acuerdo defraudatorio en sus respectivos escritos de calificación provisional y en sus posteriores conclusiones definitivas, hasta el punto de que ninguno de ellos precisa la maniobra o ardid empleado por mi patrocinado y susceptible ser calificado como engaño bastante a efectos del artículo 248 del CP. Así se encarga de recordarlo la sentencia absolutoria cuando refiere en su Fundamento de Derecho Segundo que "en ninguno de los escritos se incluye, como manifiesta la defensa, el elemento nuclear del tipo de la estafa: el engaño".

Además de ese añadido que contraviene la jurisprudencia que define los límites de la revocación de una sentencia absolutoria, el factum no refleja -se alega- los elementos definitorios del delito de estafa y, con él, del delito de blanqueo de capitales. En su crítica al juicio de subsunción que proclama la sentencia condenatoria dictada por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional no sólo cuestiona la defensa la concurrencia del elemento "engaño" como *condictio sine qua non* para afirmar el delito previsto en el art. 248 del CP, sino que descarta también -en este caso con el apoyo que, según su criterio, le proporciona la STS 671/2013, 19 de julio- la existencia de un desplazamiento patrimonial de OHL determinante del perjuicio patrimonial: "... el relato histórico de la sentencia de instancia no contiene los elementos fácticos imprescindibles para poder



apreciar no solo la concurrencia del engaño en la conducta de mi mandante sino también el desplazamiento patrimonial determinante del perjuicio, toda vez que, en relación a este último, las cantidades percibidas por Santos no eran abonadas directamente por OHL sino que se detraían del precio que el Asesor Técnico Local cobraba a la empresa por la prestación de sus servicios de consultoría logística y estratégica".

A juicio de la defensa, el hecho probado que ha sido subsumido por el órgano de apelación en el delito de estafa, "...vendría a consignar un relato neutro", en el que cabría lo que la dogmática ha llamado "...un supuesto de determinación alternativa del hecho", a resolver siempre a favor del reo. Y la hipótesis más favorable al reo no es otra que la de considerar que los hechos reúnen los elementos que definen el delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis del CP, en aquellas fechas carentes de tipicidad penal.

El motivo tiene que ser estimado.

**2.1.-** El reproche a la sentencia dictada por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional es doble. De una parte, pese a que el motivo no invoca de forma expresa los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, sostiene que la conversión del inicial pronunciamiento absolutorio en una condena por los delitos de estafa y blanqueo de capitales no se ha limitado a corregir el juicio de subsunción, sino que ha enriquecido el relato histórico con afirmaciones que se deslizan en la fundamentación jurídica y que ni siquiera fueron reflejadas por el Fiscal y la acusación particular en sus respectivos escritos de conclusiones.

De otra parte, con la cobertura precisa que habilita el art. 849.1 de la LECrim, sostiene la defensa que el juicio histórico no describe los elementos que definen los delitos de estafa y blanqueo de capitales por los que Santos ha sido condenado. Se cuestiona, por tanto, el juicio de tipicidad que ha llevado a la Sala de Apelación a dejar sin efecto la sentencia absolutoria y a suscribir un pronunciamiento condenatorio.

**2.2.-** La primera de las quejas no puede tener acogida. En efecto, la sentencia dictada en apelación no incorpora ningún añadido fáctico que enriquezca lo que el órgano de instancia ha proclamado como probado. De hacerlo, se habría quebrantado doctrina constitucional y de esta Sala acerca de los límites de la revocación de un pronunciamiento absolutorio por parte de un Tribunal ante quien no se han practicado pruebas personales (cfr. SSTs 171/2022, 24 de febrero; 170/2022, 24 de febrero; 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre).

El Tribunal *ad quem* rectifica el juicio histórico con un limitado alcance que nada añade desde la perspectiva de la calificación jurídica del delito de estafa: "...se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida, si bien se suprime el término "ilícitas" del apartado segundo". No hay adición, sino supresión de uno de los vocablos que incluía el relato fáctico fijado en la instancia. Cuestión distinta es que el razonamiento sobre el que se construye la existencia de un delito de estafa del art. 248 del CP interprete de forma cuestionable los elementos que definen la estructura típica de este delito

El acusado Santos no cometió el delito por el que ha sido condenado. Su conducta, marcada por una paradigmática deslealtad a la empresa para la que prestaba sus servicios, tiene pleno encaje en el delito de administración desleal del art. 252 del CP, lo que suscita el debate -como razonaremos *infra*- acerca de los límites inherentes al principio acusatorio y a la capacidad de esta Sala para rectificar el título de imputación delictiva sin que se genere indefensión.

**2.3.-** La sentencia de instancia, favorable al acusado, descartó inicialmente la existencia del delito de estafa al estimar que no había quedado acreditado el engaño determinante del acto de desplazamiento patrimonial de OHL a favor del acusado. Lo hizo con el siguiente razonamiento: "... en este caso el engaño que las acusaciones describen como el haber ocultado del Directivo que iba a percibir una parte de la comisión que se iba a abonar al ATL, no es lo que provoca la voluntad negocial de OHL, que es real y existía con independencia del calificado acto de deslealtad del Directivo. El engaño, tal y como aparece descrito en los escritos de acusación no es más que el ocultamiento del hecho delictivo, no la causa de que se concertara el contrato. Sería similar a calificar de estafa el acto de apoderamiento de un bien mueble de un tercero sin abonar su importe que se oculta al salir de un establecimiento comercial, no es un engaño por omisión, es ocultación del propio hecho delictivo. OHL según ha quedado acreditado estaba de acuerdo en firmar el contrato con este o con otro ATL, como habitualmente se hacía, y remunerar el encargo que se le encomendaba con un porcentaje sobre lo facturado que variaba según los casos del 0,5 al 4 % del negocio únicamente en el caso de que las gestiones resultaran exitosas, por tanto en lo único que OHL no estaba de acuerdo, es que el Directivo que seleccionaba a este ATL obtuviera parte de ese porcentaje, que es lo que se ocultó, pero dicha omisión no produjo la voluntad negocial que era real y siempre existió".

Como puede apreciarse, la sentencia que absolvió al acusado Santos consideró que los hechos no podían constituir un delito de estafa, a la vista de la falta de acreditación probatoria que demostrara que el pago de



las cantidades con las que se lucró el acusado tuvo como causa una maniobra engañosa que determinó el consentimiento prestado para el contrato de prestación de servicios estratégicos, logísticos y de relaciones públicas en el marco del proyecto que OHL iba a desarrollar en Argelia.

Los hechos probados no son, desde luego, constitutivos de un delito de estafa. La cantidad que OHL paga a ROC ASSITANCE SARL (18.343.315,54 euros), representada entonces por Juan María es una deuda contraída en virtud de un negocio jurídico plenamente válido, suscrito el 26 de noviembre de 2007 por el acusado, que actuaba en el ejercicio de las facultades de representación que le reconocía OHL, en su condición de máximo responsable de la sociedad en Argelia. La deuda era, por tanto, directamente exigible, generada sin vicio alguno de consentimiento y así fue abonada. Quien podía consentir - Santos - consintió y quien podía generar la obligación de pago y consiguiente desplazamiento patrimonial - Santos - la generó. El cumplimiento de lo pactado y la entrega de esa cantidad no puede ser nunca el fruto de un engaño antecedente. De hecho, admitir el delito de estafa con ese relato fáctico obligaría a aceptar que el acusado, representante legítimo de OHL, se engañó a sí mismo. Que el acusado engañó a la empresa para la que trabajaba está fuera de cualquier duda. Pero no basta ese engaño que estuvo presente en el proceso de negociación para entender que concurre un delito de estafa. El engaño no fue la causa determinante de la prestación de un consentimiento viciado por parte de OHL, sino el ejemplo emblemático de un acto de deslealtad que tiene en el código penal un nombre propio: administración desleal prevista y penada en el art. 252. No todo engaño lucrativo puede ser calificado como constitutivo de un delito de estafa.

La imposibilidad de incluir los hechos declarados probados en el delito de estafa tipificado en el art. 248 del CP se expresa con precisión en la sentencia de instancia que absolvió al acusado: "...por tanto los hechos aún resultado acreditados no contienen los elementos típicos de una estafa. (...) Ello no implica a sensu contrario, que la conducta del acusado no sea constitutiva de una defraudación ilícita, pero ni todas las defraudaciones son estafas, ni todas las deslealtades, ocultaciones o mentiras Son engaños típicos; existen otros tipos penales que contienen dichos elementos. Efectivamente la propia descripción que se hace en los escritos de acusación, singularmente en el de la acusación particular, lo que se imputa al acusado es el haberse prevalido de su situación en la empresa para en connivencia con otro, distraer en su favor y en perjuicio de la empresa, más de 4 millones de euros. Y esto es lo acreditado en el juicio, sin embargo, la conducta de quien contando con el poder de obligar a la mercantil, distrae o desvía hacia su propio patrimonio, en perjuicio de aquella una cantidad de efectivo, no es la propia de un delito de estafa sino, en su caso si concurrieran el resto de elementos típicos exigibles, un delito de apropiación indebida o administración desleal".

Añade el FJ 2º.2.2 lo siguiente: "... es cierto, que en el caso analizado existió deslealtad por parte del acusado, quien defraudó a la empresa obteniendo a través de un tercero una parte de la cantidad que se pactó para aquel por sus servicios, pero fue esto lo que ocultó, y por tanto no fue la causa del desplazamiento patrimonial, sino ocultación de la infracción cometida.

Tanto en la estafa como en la apropiación indebida se produce defraudación, por el enriquecimiento a costa del patrimonio de la mercantil para que prestaba sus servicios por cuenta ajena, aumentando la remuneración hacia un tercero en una cantidad que finalmente se incorporaba a su patrimonio, pero la causa del enriquecimiento es la quiebra de confianza previamente depositada en el acusado quien tenía facultades, de hecho o de derecho, para obligar a la mercantil a realizar pagos a terceros, lo que hizo no en beneficio de aquella, sino que lo utilizó para conseguir un lucro ilegítimo".

**2.4.-** Aceptada la existencia de un delito de administración desleal del art. 252 del CP -incluso el órgano de instancia no descartaba la posibilidad de que fueran constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 253-, la falta de acusación por cualquiera de estas figuras penales habría impedido la condena de Santos, al prohibirlo exigencias constitucionales derivadas del principio acusatorio. El Ministerio Fiscal y la acusación particular tipificaron los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa agravada de los arts. 248 y 250.1.5 del CP.

La Sala es consciente de que la definición de una estrategia procesal por parte de las acusaciones a la hora de optar por una u otra calificación jurídica no es, desde luego, cuestión sencilla, sobre todo, en casos como el presente, en que, junto al desbordamiento por el acusado de las facultades de representación concedidas por la empresa perjudicada, coexiste una maniobra engañosa que, pese a todo, no es determinante del desplazamiento patrimonial. En supuestos de esta naturaleza es probable que la conveniencia de una calificación alternativa, posibilidad autorizada por el art. 653 de la LECrim, quede descartada por la creencia de que ofrecer a la consideración del Tribunal una alternativa de subsunción jurídica de los hechos pueda interpretarse como expresión de una duda que debilita la solidez de la acusación y que alcanza al profesional que asume la condición de parte activa en el proceso. En otros supuestos, será la firme creencia en que el tipo penal por el que se acusa es el único con capacidad para abarcar los hechos que son objeto del proceso lo que lleve a postular un excluyente título de condena en las conclusiones provisionales y/o definitivas. Sin



embargo, en tales ocasiones, el desarrollo del juicio y la valoración de las pruebas practicadas ante el órgano jurisdiccional, que son determinantes de la redacción del relato fáctico, pueden erigir un obstáculo insalvable para el juicio de autoría, ante el riesgo de que el derecho de defensa, uno de los ejes estructurales del proceso penal, pueda resultar menoscabado.

Y esto es precisamente lo que sucede en el presente caso.

**2.4.1.-** La imposibilidad de condenar por estafa en ausencia de una acusación por este delito -como ha hecho la sentencia dictada en apelación y que es objeto del presente recurso- se deriva de una constante jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que nunca hemos postulado un entendimiento puramente formal del significado del principio acusatorio. De lo que se trata, al fin y a la cabo, es de evitar que el derecho de defensa, que actúa incluso como principio de legitimación del ejercicio de la función jurisdiccional, pueda resultar lesionado, quebrantando así una de las garantías clave de nuestro sistema constitucional ( art. 24 de la CE).

La heterogeneidad entre los delitos de estafa del art. 248 y apropiación indebida del art. 252 del CP -que en su redacción inicial abarcaba también la deslealtad que se traducía en la *distracción* de fondos- es una constante jurisprudencial. La sustantividad típica de los delitos de apropiación indebida y estafa -decíamos en las SSTS 90/2014, 4 de febrero; 448/2012, 30 de mayo-, está fuera de discusión. Los elementos que vertebran el juicio de tipicidad en uno y otro caso no pueden considerarse coincidentes. Sus respectivos elementos nucleares -engaño *versus* quebrantamiento de la confianza- aconsejan extremar la precaución desde la perspectiva de las garantías impuestas por el principio acusatorio. No es de extrañar, por tanto, que la jurisprudencia de esta Sala, no sin algunas excepciones (cfr. STS 928/2005, 11 de julio), haya proclamado la heterogeneidad entre los delitos de apropiación indebida y estafa ( SSTS 362/1998, 14 de marzo; 918/2008, 31 de diciembre; 1298/2009, 10 de diciembre; 576/2006, 30 de mayo; 1168/2005, 18 de octubre, entre otras), razonando que en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene su origen en aquel engaño motor sino en el abuso de confianza ya depositada en el sujeto activo (cfr. SSTS 763/2008, 20 noviembre; 918/2008, 31 de diciembre; 821/2010, 24 de septiembre; 762/2012, 9 de octubre, y 328/2012, 30 de abril).

Es cierto que la STS 625/2023, 19 de julio, subraya la necesidad de huir del formalismo en la fijación de las exigencias derivadas del principio acusatorio, y lo hace en un supuesto de hecho fronterizo entre los delitos de estafa y apropiación indebida, referido a un exceso lucrativo en el ejercicio de las facultades de representación que le habían sido concedidas a la acusada para la gestión de una Notaría: "*... en materia de principio acusatorio y de homogeneidad, o no, de delitos no puede partirse de soluciones apriorísticas. Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no tuvo ocasión de rebatir el acusado. La cuestión radica en dilucidar si la variación del título de imputación implica indefensión; supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa*". Y añade: "*la homogeneidad emerge con naturalidad, en los que la mutación del título de imputación no genera indefensión. Los hechos han sido los mismos, el bien jurídico afectado no varía, ni tampoco las previsiones penológicas*".

Sin embargo, el supuesto contemplado por esta sentencia tiene una singularidad que no presenta el que ahora nos ocupa. Y es que, en aquel caso la acusación particular había formulado con carácter alternativo conclusiones definitivas por el delito de apropiación indebida. Su invocación, por tanto, no puede ocultar la existencia de un presupuesto acusatorio que ahora falta. Así lo expresa la citada STS 625/2023: "*... a ello se suma que, en este caso, hasta el mismo momento de formular las conclusiones definitivas la acusación particular mantuvo una pretensión alternativa por delito de apropiación indebida, por lo que la defensa en su planteamiento probatorio a desarrollar en el plenario también hubo de tener presente esta tipicidad*".

Tratamiento distinto habrán de recibir aquellos casos en los que la duda consista en calificar los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 252 o un delito de apropiación indebida del art. 253 del CP, de modo especial, a partir de LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta reforma dio sustantividad a ambos delitos, diversificando en dos tipos penales la acción desleal que con anterioridad -conforme a la jurisprudencia de esta Sala que interpretó el concurso normativo con el derogado art. 295 del CP- se incluía en uno solo. Esta reforma se presenta "*...como un muy poderoso argumento para justificar su homogeneidad y, en consecuencia, concluir que en la legislación anterior a 2015 nada impedía convertir una acusación por apropiación indebida en una condena por administración desleal. Ahora ocurre lo propio*" ( SSTS 721/2022, 56/2021, 27 de enero; 14 de julio, 627/2016, de 13 de julio y ATS 6 julio 2023).

**2.4.2.-** La posibilidad de descartar una corrección por esta Sala del juicio de tipicidad, rectificando la condena por estafa impuesta en la sentencia recurrida y sustituyéndola por el delito de administración desleal resulta, por consiguiente, inviable. Lo proscriben el principio acusatorio, cuya vulneración generaría una irreparable



quiebra del derecho de defensa. El menoscabo de este derecho sería todavía más visible a la vista de un inicial pronunciamiento absolutorio dictado en la instancia, que ha condicionado los términos impugnativos del recurso de casación hecho valer por la defensa.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado ( art. 885.1 de la LECrim).

**3.-** El segundo de los motivos, por la misma vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, indebida aplicación del art. 301 del CP, que tipifica el delito de blanqueo de capitales.

Entiende la defensa que las ganancias que fueron ingresadas en la cuenta abierta por el acusado el Banco Sabadell de Andorra son ganancias procedentes de una actividad que al tiempo de materializarse podían tener la consideración de ganancias ilícitas por resultar su percepción contraria al deber de lealtad que todo empleado debe observar para con la empresa para la que trabaja, pero su obtención no revestía los caracteres de delito, por cuanto que la corrupción entre particulares no formaba parte del catálogo de figuras típicas del Código Penal.

Descartada la existencia del delito de corrupción entre particulares y del delito de estafa, la acusación por el delito de blanqueo de capitales se desmorona. Ello no es sino consecuencia de que la condena por este delito exige que el dinero o los bienes que se ocultan hayan sido obtenidos en virtud de un delito previo, no bastando al respecto la simple ilicitud. Así lo expresa la STS 292/2017, 26 de abril y lo reiteran las SSTS 725/2020, 3 de marzo; 624/2021, 14 de julio y 363/2021, 29 de abril: "...la condena por un delito de blanqueo de capitales no requiere la descripción detallada de la previa actividad delictiva. Basta con la constatación de que el dinero proviene de una actividad criminal. Cuestión previa y diferente será determinar si esa certeza se basa en prueba suficientemente sólida. El blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige como cualquiera otra prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se cuenta el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes. El art. 301 CP no es una puerta falsa por la que introducir, como de contrabando en nuestro ordenamiento penal un delito de enriquecimiento ilícito que ha sido recibido en algunos países con alborozo e incluso entusiasmo, pese a las complejidades dogmáticas que trae consigo (... y en algún otro, muy cercano culturalmente al nuestro, ha merecido el boicot de la correspondiente jurisdicción constitucional). El delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP no goza de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencial. Solo cuando el bagaje probatorio permita llegar a una convicción sin margen para una duda razonable, de que un sujeto maneja con alguna de las finalidades previstas en el precepto fondos o bienes que proceden de actividades constitutivas de delito, conociendo ese origen, o, al menos, representándose y mostrando indiferencia frente a ello (dolo eventual), puede abrirse paso a una condena por delito doloso de blanqueo de capitales".

El motivo ha de ser estimado.

**4.-** El tercero de los motivos denuncia la indebida aplicación del art. 127 del CP, al haberse decretado el comiso sobre bienes que no proceden de la comisión de un delito y sin que haya mediado petición previa por ninguna de las acusaciones.

La absolución del acusado nos lleva a omitir cualquier pronunciamiento sobre el comiso de los bienes.

**5.-** Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de **D. Santos** , contra la sentencia 10/2021, 18 de noviembre, dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional al resolver el recurso promovido contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en causa seguida contra el mismo por los delitos de estafa, corrupción en los negocios y blanqueo de capitales, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García



D. Vicente Magro Servet D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 7241/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7241/2021 contra la sentencia número 10/2021, de fecha 18 de noviembre dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que dio respuesta al recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el procedimiento abreviado núm. 110/2016, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, resolución que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en los FFJJ 2º, 3º y 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del recurso entablado, declarando que los hechos no son constitutivos de los delitos de estafa y blanqueo de capitales por los que se pronunció condena.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Santos de los delitos de estafa y blanqueo de capitales por los que había sido condenado.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina