



Roj: **STS 476/2023 - ECLI:ES:TS:2023:476**

Id Cendoj: **28079120012023100099**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2023**

Nº de Recurso: **1657/2021**

Nº de Resolución: **96/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 96/2023

Fecha de sentencia: 15/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1657/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCION N. 9

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1657/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 96/2023

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de febrero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1657/2021 interpuesto por Carlos Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Aránzazu Pequeño Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Aguilera Crespillo, y por Jesús Manuel , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María Victoria Muratore Villegas y bajo la dirección letrada de D. Sergio Vivas Molina, contra la sentencia nº 297, dictada con fecha 5 de noviembre de 2020, por la Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 9^a, que condena a Carlos Jesús y a Jesús Manuel por un **delito de estafa impropia** con agravante de reincidencia.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, y Jose Augusto y Celia , representados por el Procurador de los Tribunales D. Javier Bonet Texeira, y bajo la dirección letrada de D^a. Rosa María Segovia Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento abreviado 1144/2019 (dimanante del PA 23/2017, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Marbella), seguido ante la Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 9^a, con fecha 5 de noviembre de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Carlos Jesús y Jesús Manuel por un **delito de estafa impropia** con agravante de reincidencia, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

Jesús Manuel mayor de edad y con antecedentes penales con antecedentes penales no computables, a través de la sociedad Servicios Cárnicos Integrados, era propietario de la totalidad de las participaciones sociales de las sociedades Bordón Gris y Kasai Rex.

Estas sociedades Bordón y Kaiser eran propietarias de las fincas registrales NUM000 y NUM001 inscritas en el Registro de la Propiedad 2 de Marbella, siendo la primera de ellas un centro comercial con distintos locales ,y la segunda un almacén o local.

Interesado en la venta de las fincas Jesús Manuel en representación de Servicios Cárnicos otorgó poder a Luciano para que vendiera las participaciones en las sociedades, y por tanto las fincas.

Por ello Servicios Cárnicos Integrados representada por Luciano el día 22-9-2009 vendió el 100% de las participaciones sociales de las entidades Bordón Gris SL y KasaiRex SL a los esposos Celia y Jose Augusto por el precio de 6012 euros correspondiendo el 50% a cada uno de los compradores.

Pese a ello, pese a haber vendido ya las participaciones con intención de obtener un beneficio económico ., Jesús Manuel puesto de acuerdo con Carlos Jesús , con antecedentes penales, no computables realizó las siguientes operaciones:

El 1-2-2010 Jesús Manuel arrienda a Carlos Jesús con propósito de enajenación futura ambas fincas, el local comercial y el centro comercial con varios locales, con plenas facultades para subarrendar y con derecho de opción a compra.

El precio para subarrendar el local comercial finca NUM000 se establece en mil euros.

El precio para subarrendar los sub locales de la finca NUM001 se fija entre 500 y 800 euros mensuales.

A su vez Carlos Jesús por contrato de 1-10-2010 arrienda a una sociedad de su propiedad, explotaciones Manu SL el local comercial de la finca NUM000 por un plazo de diez años por dos mil euros mensuales.

Por último por escritura pública de 16-12 -10 la sociedad denominada Gejorest, cuyo administrador es Jesús Manuel vendió la finca NUM001 ,(el centro comercial)a Carlos Jesús ante el notario José M^a García con el número de protocolo 3615/10 por el precio de que nunca fue abonado.

Carlos Jesús conocía desde el primer contrato que los propietarios de los locales eran Jose Augusto y Celia , pese a lo cual con intención de beneficiarse económicamente realizó los contratos con Jesús Manuel , explotando los locales sin pago de precio hasta el día de hoy".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Jesús Manuel y Carlos Jesús como autores criminalmente responsables de un **delito de estafa impropia** concurriendo en el primero de ellos la agravante de reincidencia a las siguientes penas:



Jesús Manuel tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de ellos.

Carlos Jesús , tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se declara la nulidad de todos los contratos firmados por Jesús Manuel y /o sus sociedades sobre Bordón y Kasai Rex SL con posterioridad al 22-09-10 y de todos aquellos que traigan causa de los mismos.

Se declara la nulidad del contrato de subarriendo firmado el de octubre entre Carlos Jesús y Explotaciones Manu y de todos aquellos que traigan causa del mismo.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

Por la Audiencia Provincial de Málaga se dicta Auto de 16 de febrero de 2021 que acuerda rectificar el encabezamiento y fallo de la sentencia de 5 de noviembre de 2020 con el siguiente tenor literal:

"Procede rectificar el FALLO y ENCABEZAMIENTO de la sentencia en el sentido de que DONDE DICE " Jesús Manuel NIF NUM002 y cuyos demás datos constan en el procedimiento, representado por la procuradora Sra Rosales Sánchez y defendido por la letrada Sra Guillén Gil DEBE DECIR " Jesús Manuel NIF NUM002 y cuyos demás datos constan en el procedimiento, representado por la procuradora Sra Muratore Villegas y defendido por el letrado Sr Vivas Molina.", DONDE DICE " Jesús Manuel tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de ellos." DEBE DECIR " Jesús Manuel tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de ellos." y DONDE DICE " Jesús Manuel mayor de edad y con antecedentes penales con antecedentes penales no computables, a través de la sociedad Servicios Cárnicos Integrados, era propietario de la totalidad de las participaciones sociales de las sociedades Bordón Gris y Kasai Rex". DEBE DECIR " Jesús Manuel mayor de edad y con antecedentes penales no computables, a través de la sociedad Servicios Cárnicos Integrados, era propietario de la totalidad de las participaciones sociales de las sociedades Bordón Gris y Kasai Rex", manteniéndose inalterable el resto de la resolución".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Carlos Jesús y Jesús Manuel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación legal de Jesús Manuel alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. "Motivo primero.- alegaciones por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".
2. "Motivo segundo: por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 25.1 del Código Penal".
3. "Motivo tercero: por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de lo dispuesto en el art. 251.1 del Código Penal, en relación con el art. 66.1.1 del mismo cuerpo legal".
4. "Motivo cuarto: al amparo del nº 3 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber sido resuelto los puntos alegados por esta defensa".

QUINTO.- La representación legal de Carlos Jesús alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. "Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 852 de LECrim., al haberse vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución Española en lo relativo al principio de presunción de inocencia".
2. "Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 852 de LECrim, al haberse vulnerado el art. 24.1 de la Constitución Española en lo relativo a la tutela judicial efectiva".
3. "Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 de la LECrim, y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al infringirse el precepto penal de carácter sustantivo, por aplicación indebida del artículo 251.1 y 27 y 28 del Código Penal, al ser calificado como cooperador necesario de los hechos".



4. "Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse producido error en la apreciación de la prueba".

5. "Quinto.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 66 del Código Penal para la graduación de las penas. Inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal".

6. "Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el artículo 24 y 120.3 de la de la Constitución Española relativo a la motivación de las Sentencias".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Jose Augusto y Celia solicita su inadmisión y subsidiaria desestimación.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 2 de agosto de 2021.

La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 14 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Jesús Manuel

PRIMERO.- Primer motivo: "por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

En el desarrollo del motivo, se invoca vulneración de la presunción de inocencia, y la queja es porque "solo se ha tenido en cuenta las declaraciones efectuadas por los testigos, sin tener en cuenta ningún otro tipo de declaración o prueba documental", lo que no nos parece que así haya sido, pues, en una simple lectura de la sentencia recurrida, observamos que valora una determinada prueba documental, que considera fundamental, hasta el punto de referirse a ella como "casi literosuficiente para acreditar el **delito de estafa impropia**"; también tiene en cuenta la declaración de, al menos, tres testigos, y se valora con extensión el testimonio exculpatorio del propio condenado recurrente, para descartarlo, haciendo una valoración conjunta de toda esa prueba, que es como ha de realizarse, según constante jurisprudencia, con apoyo en el art. 741 LECrim, lo que, dicho sea de paso, implica que no cabe hablar de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la medida que esto implica una declaración de culpabilidad sin prueba que la sustente.

En efecto, ante la alegada vulneración de este derecho fundamental, haremos algunas consideraciones doctrinales, que podemos tomar de la STS 561/2022, de 8 de junio de 2022, en la que, reproduciendo jurisprudencia de esta Sala, se puede leer lo siguiente:

"Como explican numerosas resoluciones de esta Sala (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una



actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo tenetur* (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de intermediación".

Pues bien, si leemos el motivo, se extiende en una cita de pasajes de sentencias de esta Sala que giran en torno a la presunción de inocencia o el tratamiento de la prueba indiciaria; respecto de la primera, ya hemos expuesto las razones para descartar su vulneración, y, respecto de lo segundo, no acabamos de entender su cita, cuando la prueba sobre la que se basa la condena es una prueba directa.

En realidad, la queja la acaba reconduciendo el recurrente a que "la sala pasa completamente por alto las declaraciones de mi mandante", lo que reiteramos que no es así, sino que da una serie de explicaciones que nos parecen razonables para descartar su sentido exculpatorio, que es algo muy distinto a que las haya pasado completamente por alto, y además valora el resto del material probatorio llevado a juicio, en esa labor de valoración conjunta de la prueba practicada a su presencia, de manera que, al haber operado así el tribunal sentenciador, y siendo función de este Tribunal de Casación la revisión de la estructura racional del discurso valorativo de la prueba realizada por el tribunal ante cuya presencia se practicó, poco más podemos decir para rechazar el motivo, más cuando, salvo la queja por lo que considera haber pasado por alto las declaraciones del condenado, no se nos indica los puntos o aspectos de irracionalidad en que haya podido incurrir el proceso valorativo del tribunal *a quo*, y la quiebra que, por ello, haya podido padecer el derecho fundamental invocado.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Segundo motivo: "por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 25.1 del Código Penal".

Aunque se invoca el art. 25.1 CP, se ha de deber a un error, porque lo que se pretende es la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 26.1 CP, atenuante respecto de la cual podemos traer lo que decíamos en STS 364/2018, de 18 de julio de 2018:

"En la casuística jurisprudencial, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación -no predicable en autos-, nos recuerda la STS 360/2014 que la Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª CP".

En el caso, podríamos admitir que la duración de la causa excede de lo que hubiera sido deseable, pero, de ahí, a la apreciación de la atenuante, va una diferencia, por cuanto que lo que el precepto requiere es que la dilación no solo sea indebida, sino extraordinaria, que, coincidiendo con la sentencia recurrida, no consideramos que haya sido así, ya que ese plazo de cinco años del que viene hablando la jurisprudencia no cabe darlo por transcurrido, y para ello tomamos como referencia la STS 402/2019, de 12 de septiembre de 2019, en la que decíamos que, "en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTs 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1)".

En el caso, el condenado recurrente fue oído en declaración como investigado el 1 de febrero de 2016, el juicio oral y la sentencia es de 5 de noviembre de 2020; no han transcurrido esos cinco años a los que venimos refiriéndonos y si bien es cierto que, como dice el tribunal "a quo", los más de 16 meses que tardó en presentar su escrito de acusación el M.F. es un plazo inaceptable, es solo un paréntesis que tiene explicación, según expone, por el volumen de trabajo que tuvo que soportar la Fiscalía en la época, debido a la tramitación de causas de extrema complejidad.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.



TERCERO.- Tercer motivo: "por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de lo dispuesto en el art. 251.1 del Código Penal, en relación con el art. 66.1.1 del mismo cuerpo legal".

Aunque el motivo se relaciona con el anterior, argumentándose que, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, se ha de imponer la pena del art. 251.1 CP en su mitad inferior, interesando, en consecuencia, la pena de un año de prisión, sin embargo incurre en un error, pues la condena es por dicho **delito**, pero en continuidad delictiva, de modo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 74.1 CP, ha de acudirse a la mitad superior de la que contempla para el tipo básico, que, en el caso, será de dos años, seis meses y un día a cuatro años de prisión

La sentencia de instancia fija la pena en tres años de prisión, que, si bien es una pena correcta, al haberse apreciado el **delito** como continuado, sin embargo no es correcto el proceso de determinación de la misma, porque en él se considera que el arco penológico a recorrer es de dos años y un día a cuatro años, cuando ya hemos explicado que es de dos años, seis meses y un día a cuatro años, lo que implica que esos tres años con que viene condenado el recurrente se aproximan bastante más al mínimo imponible, que de estar el criterio de tribunal sentenciador, y ello nos parece más acertado, si tenemos en cuenta que, no obstante el tiempo de tramitación de la causa no ha sido suficiente para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas, no significa que debamos obviarlo a todos los efectos.

Procede, en todo caso, la desestimación del motivo.

CUARTO.- Cuarto motivo: "al amparo del nº 3 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber sido resuelto los puntos alegados por la defensa".

Se esgrime en el motivo que la sentencia de instancia incurre en incongruencia, "por cuanto existe un defecto o desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones de esta parte", que parece colocarlo en que la defensa "alegó en el acto del juicio la inexistencia de contrato, dado que no se entregó dinero, y por tanto al no existir contrato no podía haber **delito**".

Significar, en primer lugar, que, según jurisprudencia asentada por esta Sala, el motivo no debería prosperar, al no haber hecho uso el recurrente del complemento de sentencia contemplado en el art. 267 LOPJ. No obstante lo cual, alguna razón de fondo daremos, que nos lleva a igual desestimación.

A tal efecto, podemos comenzar diciendo que, precisamente, la doctrina que se cita en el desarrollo del motivo ha de llevar a su desestimación, porque la queja se concreta, no en la omisión de una pretensión, sino que, en todo caso, no se atiende a una de las alegaciones que, en apoyo de una pretensión, presentó la defensa, que es cuestión distinta, pues ésta lo que pretendía con tal alegación era un pronunciamiento absolutorio, que sí obtuvo respuesta, aunque fuera por la vía indirecta del pronunciamiento de condena, que, por ser incompatible con aquél, lo desestimaba implícitamente, y ello lo hizo la sentencia recurrida con una motivación detallada del acervo probatorio puesto a su alcance, como hemos dicho en el primer fundamento, al tratar el primer motivo de casación.

La razón para la desestimación del motivo está en que el recurrente confunde dos conceptos que deben ser perfectamente diferenciados, como son el de alegación y pretensión, ya que lo que ha de obtener respuesta en sentencia son las pretensiones, y ello no pasa, necesariamente, por atender las alegaciones que en apoyo de la misma se hagan, sino que el deber de congruencia hay que ponerlo en relación con la pretensión, de manera que si son conocidos los motivos por los que, en el caso, se asumió la tesis de la acusación, por exclusión e incompatibilidad quedaban rechazados los de la defensa, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso penal es el hecho delictivo presentado por la acusación, de manera que, acreditado éste, se asume la pretensión acusatoria y, por incompatibilidad, queda excluida la absolutoria, siendo así como operó el tribunal sentenciador, por cuanto que, con la respuesta que dio en positivo para considerar que se daban cuantos elementos concurrían para apreciar los hechos delictivos por los que acabó condenando, estaba excluyendo las alegaciones o argumentaciones que la defensa ponía como base de su pretensión absolutoria.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

Recurso de Carlos Jesús

QUINTO.- Motivos primero a cuarto: "infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por aplicación indebida de los artículos 251.1 y 27 y 28 del Código Penal, al ser calificado como cooperador necesario y vulneración de los artículos 24.2 CE en lo relativo al principio de presunción de inocencia, art. 24.1 CE en lo relativo a la tutela judicial efectiva".

Presentado un motivo en tales términos, plantea importantes dificultades para su tratamiento, pues incluye en uno solo cuestiones que debieran ir por distintas vías, cada una en su correspondiente motivo, a las que



daremos respuesta sistematizándolas de conformidad con la metodología propia de un recurso de casación, y que podemos reconducir a dos bloques; uno primero, en que se dará respuesta a los aspectos probatorios que se plantean, incluida la queja relativa a la vulneración de derechos fundamentales, como presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, porque todos estos, en realidad, giran en torno a un cuestionamiento de la valoración que realiza de la prueba el tribunal sentenciador, y, dada respuesta a éste, se abordará el motivo por *error iuris* del art.849.1º LECrim.

1. En relación con los aspectos probatorios, se viene a mantener que el recurrente desconocía que los inmuebles no fueran propiedad del otro condenado, y, para mantener tal tesis, entra en valoraciones probatorias, lo que deriva el planteamiento a un puro motivo por *error facti* del art. 849.2º LECrim. por cuyos parámetros habremos de pasar.

Pues bien, para abordar el tratamiento y enfoque de este motivo comenzaremos por la transcripción del art. 849.2º LECrim., que establece que, a los efectos del recurso de casación por infracción de ley, se entiende infringida esta: "2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Vista la redacción del precepto, es ésta una vía de recurso, que, como se deriva de su texto, solo permite corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que, además, ha de resultar de un documento que conlleve una alteración en el hecho probado, que, por lo tanto, ha de ser relevante para alterar el pronunciamiento final del juicio, y siempre teniendo en cuenta que nuestro proceso penal no reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, como tampoco cabe acudir a invocaciones a la presunción de inocencia para desbordar el motivo.

De la abundante jurisprudencia que se ha ocupado de este motivo, hemos escogido un pasaje del fundamento de derecho 6 de la STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020, que dice como sigue:

"Para la adecuada resolución del motivo resulta necesario recordar como con reiteración ha declarado esta Sala, SSTS 228/2013, de 22 de marzo; 200/2017, de 27 de marzo; 362/2018, de 18 de julio, "el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que "... constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente".

Para el intento de revaloración de la prueba que se pretende en el motivo, se mantiene por el recurrente que "tras una atenta valoración del conjunto de la prueba practicada en el plenario, en la forma que determina el art.



741 de la LECr., conducen a sembrar "dudas", en lugar de arrojar luz sobre el conocimiento de mi representado en el momento de compra, conociera que el Sr. Jesús Manuel no era el legítimo propietario de la finca vendida".

En defensa de su tesis, el letrado recurrente hace una cronología de los hechos, remontándose a la primera venta que realiza el otro condenado, Jesús Manuel, a los querellantes, en la que, efectivamente, no tiene participación Carlos Jesús, para, a continuación, pasar a cuestionar el testimonio de Luciano, a quien considera testigo interesado que apareció de forma sorpresiva en el plenario, presentado por la acusación particular y fuera apoderado de Jesús Manuel, testimonio que tiene en cuenta el tribunal sentenciador para dar por probada su participación en la doble venta, que da lugar a su condena, y respecto de cuyas manifestaciones en juicio dice el recurrente, subrayándolo, que son "totalmente subjetivas y tendenciosas, las realiza de forma injustificada, basadas en meras elucubraciones y suposiciones, sin ningún respaldo objetivo ni documentado, y por tanto, carentes de valor probatorio válido y suficiente para insistimos, por sí solas, desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a mi representado".

Con este planteamiento se adentra en un tema puro de valoración de una prueba personal, de exclusiva competencia del tribunal ante cuya presencia se practica, y sin potestad para su revaloración por parte de este Tribunal de Casación, pues, además de que excede de nuestra función de control casacional, carecemos de principios tan fundamentales en orden a la valoración de la prueba, como el de inmediación y contradicción, y en este sentido, la sentencia recurrida, tras referirse a los documentos relativos a las operaciones en que aparece Carlos Jesús, continúa diciendo:

"A ello se añade la declaración del Sr. Luciano que manifestó en el acto de juicio oral que actuó como mediador en la venta a Celia y Jose Augusto del as acciones de las empresas Bordón y Kasai Rex, proponiéndole el acusado Jesús Manuel que vendiera estas otra vez a Carlos Jesús negándose el Sr Jesús Manuel para no verse involucrado en una **estafa**.

Destaca en su declaración que Carlos Jesús sabía que la finca no pertenecía ya a Jesús Manuel.

Relata a su vez que se conocían todos ellos de la afinidad con el Atlético de Madrid.

Resulta por tanto acreditada la voluntad del Jesús Manuel de vender el inmueble dos veces.

Tampoco cabe duda del conocimiento del Sr Juan de que el inmueble no era de Leon".

Se refiere el tribunal a otras testificales que abundan en esa misma línea, así como hace mención a otros indicios, entre ellos a lo que llama "precio vil", refiriéndose a las cantidades del arriendo "increíbles tratándose de locales comerciales de Marbella"; entre los testimonios, al de la querellante, que denunció la ocupación de los locales por el condenado recurrente; o al hecho de que nunca pagó el precio del local, y también se detiene en lo declarado por el letrado Sr. Pascual, a quien en el motivo se le menciona por haber sido asesor de Carlos Jesús, como aval de la licitud de las operaciones realizadas por éste, pero de quien en la sentencia se dice que "nada aporta en su descargo la declaración del testigo Sr Pascual, que fue el Letrado que le asesoró en el arrendamiento y en la compra de los locales, ya que afirma que " Carlos Jesús no le comunicó que un tercero reclamaba los locales", por lo que lo que el hizo fue redactar los documentos en modo que beneficiaban a su cliente, pero nada podía conocer del acuerdo previo con Jesús Manuel".

Consideramos, por tanto, que a la valoración que hace de la prueba el tribunal sentenciador no cabe ponerle reproche, pues nos parece razonable y racional, por más que se cuestione el testimonio del referido Luciano, más cuando viene avalado por otros elementos de prueba, que también analiza la sentencia recurrida.

2. En lo que la parte del motivo se refiere a lo que es, propiamente, por *error iuris*, del art. 849.1º LECrim, decir que, tal como el mismo impone, se ha de estar al más escrupuloso respeto a los hechos que declara probados la sentencia recurrida, habida cuenta que las alegaciones realizadas cuestionando la valoración que de la prueba se hizo en ella no han prosperado.

En esos hechos probados se relata que Jesús Manuel, a través de la sociedad Servicios Cárnicos Integrados, era propietario de la totalidad de las participaciones de las sociedades Bordón y Kasai Rex, propietarias de las fincas litigiosas (NUM000 y NUM001); que, interesado en su venta, Jesús Manuel otorga poderes a Luciano para ello, quien, representando a Servicios Cárnicos, vende el 100% de las participaciones de Bordon y Kasai al matrimonio querellante el 22-9-2009; que, pese a ello, y con la intención de obtener un beneficio económico, se pone de acuerdo con Carlos Jesús, para, pasando por unos arrendamientos previos con propósito de enajenación, realizar la subsiguiente operación de venta de la NUM001, con lo que se está definiendo el ardid fraudulento característico del **delito** de **estafa**, en este caso mediante un plan ideado con cierta proyección en el tiempo, pues se pergeña desde un primer momento y se concreta en la segunda venta que realiza más tarde a éste, pasando por unos arrendamientos previos con propósito de enajenación, cuando con anterioridad había



realizado la venta a los querellantes, que acaban resultando perjudicados; y que esta dinámica la conocía el condenado recurrente se declara expresamente en el hecho probado en su párrafo último, que dice:

" Carlos Jesús conocía desde el primer contrato que los propietarios de los locales eran Jose Augusto y Celia , pese a lo cual con intención de beneficiarse económicamente realizó los contratos con Jesús Manuel , explotando los locales sin pago de precio hasta el día de hoy".

Procede, por tanto, la desestimación de los motivos primero a cuarto.

SEXTO.- Quinto motivo: "por infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 66 del Código Penal para la graduación de las penas. Inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal".

El discurso que se desarrolla en el motivo discurre, por un lado, con la pretensión de que se aprecie dicha circunstancia de dilaciones indebidas, con argumentos que se asemejan a los aportados en el segundo de los motivos del anterior recurso, a los que se ha dado respuesta en nuestro segundo fundamento, donde se han expuesto las razones para su desestimación, razones que son extensibles al caso de este recurrente, con la precisión de que a Carlos Jesús se le tomó declaración como investigado el 17 de febrero de 2016, no el 1 como a Jesús Manuel .

Por otra parte, se mantiene que no puede apreciarse la continuidad delictiva, alegándose al respecto que Carlos Jesús es comprador de buena fe, lo que descarta la sentencia recurrida y hemos confirmado en el fundamento anterior.

En consecuencia, si no cabe atender a ninguna de esas alegaciones, solo nos queda remitirnos al fundamento de derecho tercero, donde hemos expuesto las razones por las cuales consideramos correcta la pena impuesta en la sentencia de instancia.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

SEPTIMO.- Sexto motivo: "por infracción de precepto constitucional, al haberse vulnerado el artículo 24 y 120.3 de la Constitución Española relativo a la motivación de las Sentencias".

En el desarrollo del motivo, se vierten alegaciones que están en mejor sintonía con una pretendida quiebra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la medida que se queja de que la condena al recurrente se realiza (y lo destaca en negrita y subrayado) "sin que exista la más mínima prueba o indicio que desvirtúe la presunción de inocencia que le asiste [...]"; y vuelve a referirse que no puede basarse la condena (en esta ocasión destacado en mayúscula y negrita) "en meras suposiciones, interpretaciones y valoraciones totalmente subjetivas realizadas por los querellantes y testigos propuestos por ellos, sin fundamento fáctico, datos objetivos, documentado, ni verificables que respalden sus valoraciones".

En el fundamento de derecho quinto, hemos dedicado un primer bloque a los aspectos probatorios planteados por esta parte, incluida la queja relativa a la vulneración de derechos fundamentales, como presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, y expuesto las razones por las cuales consideramos que existe suficiente prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia, así como que hay un discurso valorativo de la misma, que nos parece correcto, desde el momento que hemos convalidado esa valoración realizada por el tribunal ante cuya presencia se desplegó toda la actividad probatoria, por considerarla razonada y razonable. A lo que entonces dijimos, pues, nos remitimos.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECrim. procede condenar a cada recurrente al pago de las costas habidas con ocasión de su respectivo recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Jesús Manuel y de Carlos Jesús , contra sentencia 297/20, dictada con fecha 5 de noviembre de 2020, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en Procedimiento Abreviado 1144/19, que se confirma, con imposición a cada recurrente de las costas ocasionadas con motivo de su respectivo recurso.

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.