



Roj: **STS 5452/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5452**

Id Cendoj: **28079120012015100809**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2015**

Nº de Recurso: **665/2015**

Nº de Resolución: **817/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº **665/2015**, interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo, contra la sentencia dictada el 16 de Febrero de 2015 por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala Nº 29/2014, correspondiente a las Diligencias Previas nº 59/2011 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Rubí, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **estafa**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Bernardo, representado por la Procuradora Dª. Raquel Gracia Moneva; y como parte recurrida D. Gines y Josefa, representados por la Procuradora Dª Adela Cano Lantero, habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Rubí, incoó Diligencia Previas con el nº 59/2011 en cuya causa la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 16 de Febrero de 2015, que contenía el siguiente **Fallo**: "*Que debemos condenar y condenamos a Bernardo como responsable en concepto de autor del referido delito continuado de **estafa**, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO AÑOS de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de TRESCIENTOS DÍAS a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a María Inmaculada con la cantidad de SESENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTIÚN EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (66.121,45 ?) a Teodosio y Gema con la de NOVENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (90.151,82 ?) y a Gines y Josefa con la de SETENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (78.131,57 ?), indemnizaciones que devengarán el interés legalmente establecido en el art. 576 LEC.*"

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "*PRIMERO.- El acusado Bernardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de propietario y administrador único de la empresa COX y con clara intención de enriquecerse de forma ilícita, aprovechando la relación de confianza con María Inmaculada, ganada también gracias a su credibilidad empresarial, la convenció para suscribir un contrato fecha el 2 de febrero de 2005 en el que se comprometía a edificar una vivienda en dos parcelas sitas en el término municipal de El Pont de Vilomara, figurando como propietario de las mismas, al efecto de venderla*"



posteriormente a la mencionada particular, de quién percibió en el mismo acto 72.121,45 €, consciente que no llevaría a cabo la construcción, como así aconteció, adueñándose del dinero recibido del que únicamente restituyó, tras repetidas reclamaciones, 6.000 euros.

SEGUNDO.- Obrando con idéntico propósito de enriquecimiento y aprovechando también la relación de confianza y credibilidad empresarial, el acusado suscribió con Teodosio y Gema un contrato fecha el 14 de junio de 2005 por el que éstos aportaban la suma dineraria que se dirá a modo de inversión en el proyecto, a que se comprometía el acusado, de edificar viviendas en determinada parcela sita en el término municipal de El Pont de Vilomara, siendo que el acusado devolvería la suma y los intereses pactados en cuatro distintas remesas correspondientes a las distintas fases de ejecución del proyecto hasta la transmisión final a terceros compradores. Bernardo percibió en esa fecha la suma de 90.151,82 euros, sin dedicarlos al proyecto encomendado, siendo que con posterioridad dejó de ser el titular de la expresada finca.

A fin de llevar a cabo la inversión, Teodosio y Gema solicitaron y obtuvieron un préstamo con garantía hipotecaria de la Caixa d'Estavís de Terrassa.

TERCERO.- Con idéntica finalidad de obtener un beneficio patrimonial, el acusado Bernardo en fecha de 8 de Julio de 2005 suscribió un contrato con Gines y Josefa, en el que se comprometía a edificar una vivienda en una parcela sita en el término municipal de El Pont de Vilomara, figurando en dicho documento como propietario de la misma cuando no era así, al efecto de venderla posteriormente a los mencionados particulares, de quienes percibió en el día 20 del mismo mes la suma de 78.131,57 euros, consciente que no llevaría a cabo la construcción, como así aconteció, adueñándose del dinero recibido."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Bernardo, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 20 de Marzo de 2015, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 12 de Junio de 2015, la Procuradora Dña. Raquel Gracia Moneva, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

Primero.- Por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 852 LECr, por infracción del art 24.2 CE, respecto del principio de **presunción de inocencia**.

Segundo.- Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación de los arts 248, 250.1.5º y 6º y 74 CP.

Tercero.- Por **error de hecho en la apreciación de la prueba**, al amparo del art 849.2 LECr. y al amparo del art. 852 LECr por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 15 de Julio de 2015, y la Procuradora Dª Adela Cano Lantero, en representación de la parte recurrida, por escrito fechado el 2 de Julio de 2015, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron, si bien el Ministerio Fiscal apoyó en parte el motivo segundo del recurrente.

6.- Por providencia de 27 de Noviembre de 2015 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **15 de Diciembre de 2015**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se centra en **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 852 LECr, por infracción del art 24.2 CE, respecto del principio de **presunción de inocencia**.

1. Se afirma por el recurrente que el incumplimiento contractual de la contraprestación que tenía que realizar el acusado a cambio del dinero que recibió, se debió a la crisis inmobiliaria. Y que no niega la ausencia de construcción alguna, habiendo destinado las sumas recibidas de los querellantes al pago de nóminas y gastos de su empresa inmobiliaria. Y que puesto que no consta de lo actuado que pueda desprenderse ánimo apropiatorio de la cantidad reclamada, es en el ámbito civil donde habrá de solventarse la solicitud de su cobro.

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 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 éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho 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 y 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 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. 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 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, 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 sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 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 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECr . y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la



motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas - SSTS de 10 de junio de 2002 , 3 de julio de 2002 , 1 de diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de junio- y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Y como esta Sala ha dicho reiteradamente, en STS 738/2011, de 14.7 ; 581/2011, de 14.6 ; 347/2009, de 23-2 , entre otras muchas, corresponde a este Tribunal de Casación en su función de control sobre el respeto al derecho a la presunción de inocencia, comprobar la existencia de prueba de cargo que sea objetivamente lícita, practicada con observancia de los requisitos legales condicionantes de su validez procesal y bajo los principios de contradicción e inmediación, y de contenido incriminador como prueba de cargo. No alcanza en cambio a la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, que es facultad exclusiva y excluyente del Tribunal de instancia conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . En consecuencia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constate la existencia en el proceso de esa prueba de cargo, susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir, cuando se da el presupuesto necesario para que la Sala de instancia pueda formar su convicción sobre lo acaecido. La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias corresponde únicamente al Tribunal que presencié la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación sólo cabe revisar su estructura racional, en lo que atañe a la observancia en él por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esta racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal.

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria se ha dicho en STS. 458/2009 de 13.4 , reiterando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio ni se trata en casación de formar una convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediación que solo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de la instancia.

Por otro lado, a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.
- b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10 , el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria, puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/19982 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una



convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

No de otro modo se pronuncia la STC. 142/2012 de 2.7 , al recordar que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC 127/2011, de 18 de julio).

3. El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de **estafa** recogido en los arts. 248 , 250.1 , 5 º y 6 º y 74 del Código Penal , a la pena de 4 años de prisión y Multa de 300 días a razón de 6 euros/día y a indemnizar a los perjudicados en sus respectivos quebrantos.

Los hechos probados recogen cómo el recurrente, en su condición de propietario y administrador único de la empresa COX y con clara intención de enriquecerse ilícitamente, y aprovechando la relación de confianza con María Inmaculada , ganada también gracias a su credibilidad empresarial, la *convenció* para suscribir un contrato fechado el 2/2/2005 en virtud del cual se comprometía a edificar una vivienda en la localidad de El Pont de Vilomara, de quien percibió la cantidad de 72.121,45 euros, *consciente de que no llevaría a cabo la construcción* , como así aconteció, adueñándose del dinero recibido del que únicamente restituyó 6000 euros. Con igual propósito de enriquecimiento realizó *otros dos actos similares* , consiguiendo las cantidades de 90.151,82 y 78.131,57 euros, respectivamente.

El recurrente, reconoce la deuda existente y la ausencia de construcción, pero sostiene que fueron las circunstancias económicas adversas las que le llevaron a no poder construir lo prometido y a no devolver el dinero recibido, que fue destinado al pago de nóminas y gastos de su empresa inmobiliaria. En definitiva, que nos encontraríamos ante un incumplimiento civil y no ante un delito continuado de **estafa**.

El tribunal a lo largo de la fundamentación jurídica, desgrana la *prueba practicada* de la que deducir el engaño previo, piedra angular del delito de **estafa** por el que ha sido condenado. No se discute ni la ausencia de construcción ni que el dinero aportado se haya devuelto y ello por expreso reconocimiento del recurrente.

El tribunal toma en consideración, la *prueba documental* practicada. Así, en primer lugar, se refiere al *contrato* concertado con Gines y Josefa , en le que se hacía constar que *era el titular dominical de la parcela, cuando ello no era así*; en segundo lugar en el convenio suscrito con Teodosio y Gema , quienes tras advertir la falta de construcción, tienen conocimiento de que la finca en cuestión había cambiado de dueño, *no figurando ya a nombre del recurrente* .

Valoró igualmente la *prueba testifical* de las *víctimas* . Todos refirieron que la propuesta negocial partió del recurrente, haciéndoles creer tanto en los sustanciosos beneficios a obtener en el primer caso, como en las facilidades para la adquisición de las viviendas a construir en los dos restantes.

El dolo antecedente consistente en el engaño previo, lo deduce el tribunal de la prueba practicada, del modus operandi y de la falta de acreditación por parte del recurrente de las excusas alegadas para hacerse con el dinero ajeno.

Así, como ya hemos indicado, la inicial propuesta de negocio parte del recurrente. En los convenios suscritos figura el proyecto de construcción futura sin que en ninguno de ellos se llegara a iniciar trabajo alguno. A lo que hemos de añadir el hecho, también reseñado, de que la parcela en la que se iba a construir la vivienda de Gines y Josefa no figurara a su nombre al igual que pudieron comprobar Teodosio y Gema cuando advirtieron la pasividad en la construcción, que la finca en cuestión había dejado de ser propiedad del recurrente.

De todo lo anterior, deducir que el recurrente había pergeñado una puesta en escena previa para aparentar ante sus víctimas su intención de cumplir con las obligaciones contraídas, obteniendo así importantes cantidades de dinero de aquéllas, no resulta sino lógica y nada arbitraria.

Por otra parte, *las alegaciones del recurrente* de que los malos tiempos hicieron mella en su negocio y no sólo no pudo construir sino ni tan siquiera devolver el dinero recibido, carecen de la más mínima consistencia. Hubiera resultado fácil acreditar la *insolvencia* sobrevenida y más fácil aún acreditar el *destino del dinero recibido* , si como declara fue el pago de nóminas.

En definitiva, que el tribunal de instancia contó con prueba de cargo suficiente y lícita, llevando a cabo una valoración lógica y nada arbitraria, en orden a deducir el engaño previo por parte del recurrente.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado

SEGUNDO.- Como segundo motivo se esgrime **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación de los arts. 248 , 250.1.5 º y 6 º y 74 CP .



1. Se sostiene que la extensión de *la pena* a imponer debe ser debidamente fundamentada, atendiendo a criterios de proporcionalidad, gravedad, peligrosidad y demás circunstancias relevantes. De modo que en el caso *no concurren las agravantes* de los apartados 5º y 6º CP, así en cuanto al valor que se dice de lo defraudado, que no fue a su enriquecimiento, sino a pagar las nominas de sus empleados; y en cuanto al abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, porque, que las partes hayan asistido a varias ceremonias religiosas, no provoca la aplicación de la agravante. Y se *reclama* la aplicación de las *dilaciones indebidas del art. 21.6 CP*, dada la paralización de cinco meses y 13 días en un primer momento; de 8 meses y 14 días en un segundo; y 21 meses y 12 días en un tercero.

2. Ante todo debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo 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 corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr.

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr. 1 se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

3. Veamos los submotivos alegados:

Primero .- En lo que atañe a la circunstancia recogida en el apartado 5º del art. 250.1 señalar, en primer lugar, que la vía elegida exige un riguroso respeto a los hechos declarados probados y estos nos dicen que las cantidades ilícitamente apropiadas por el recurrente superan con mucho los 50.000 euros en cada uno de los hechos delictivos, por lo que poco recorrido ha de tener esta parte del motivo.

Segundo .- Respecto a la segunda cuestión planteada, esto es, sobre la concurrencia de la *agravación de abuso de confianza*, los *hechos probados* recogen en el apartado primero y respecto a la primera víctima, que "...aprovechando la relación de confianza con María Inmaculada, ganada también gracias a su credibilidad empresarial...", y recogen con respecto a la segunda que "... aprovechando también la relación de confianza y credibilidad empresarial...". Por su parte en los *fundamentos jurídicos* y una vez expuesta la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, se nos dice "que la relación de confianza y el prestigio del acusado entre los perjudicados había nacido con anterioridad a las negociaciones impregnadas de defraudación que llevó a cabo, surgiendo previamente en un ambiente de acentuado grado de intimidad (participación conjunta en numerosos actos religiosos)".

Entendemos que el submotivo esgrimido **ha de ser admitido**. Y ello, porque *los hechos probados lejos de recoger aquellos datos objetivos* de los que poder deducir en la fundamentación correspondiente la agravación impuesta, *se limita a transcribir el contenido del tipo penal* sin añadir o aportar dato alguno en que sustentar una agravación que sólo puede operar en casos especialísimos y cuando se revele con particular intensidad.



La confianza previa que existía entre el recurrente y cuatro de sus víctimas fue, al parecer, el único sustento en que se apoyó el engaño, luego hemos de partir de tal *confianza para articular la estafa básica*, confianza que es la que relaja los frenos inhibitorios y facilita el engaño que finalmente provoca en desplazamiento patrimonial, como acertadamente expone la STS de 17/6/2015, nº 371/15.

En tal sentencia dijimos que la circunstancia recogida en el apartado 6º del art. 250.1 del Código Penal: "... está reservada para aquellos supuestos, ciertamente excepcionales en los que además de quebrantar una confianza generada, subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida y *estafa*, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebranto de la confianza en estos delitos".

El relato fáctico no dice qué concretas relaciones existieron y durante cuanto tiempo. Lo que sí refleja en los fundamentos jurídicos es que al parecer participaban en *actos religiosos, pero sin especificar de qué actos religiosos se trataba y con qué intensidad*, lo que hace inviable que una circunstancia tan excepcional como la analizada en los delitos de *estafa* pueda ser apreciada, ante la escasez de datos recogidos en la Sentencia.

Tercero.- Finalmente, el recurrente denuncia la inaplicación indebida de la circunstancia contemplada en el art. 21.6 como muy cualificada, al haber sufrido el procedimiento las paralizaciones que reseña en su escrito de recurso. Entendemos que tal circunstancia concurre pero como simple, para lo cual analizaremos el procedimiento paso a paso.

En primer lugar, convendría analizar el procedimiento desde dos perspectivas. Una primera que abarcaría aquel periodo en que el ahora recurrente estuvo ausente del mismo al no ser localizado en el domicilio facilitado por los querrellos, y otro el que transcurre desde que es detenido en el Aeropuerto de Barcelona cuando regresaba de Tel Aviv (Israel), y observaremos que si bien el primer periodo podríamos tacharlo de deficiente, ello no le produjo al ahora recurrente gravamen alguno al desconocer, al parecer, la existencia del procedimiento seguido contra él.

Efectivamente, la causa se inicia mediante querrela en fecha 15/3/06, dictándose la primera resolución por parte del Juzgado el 6/5/2006 (folio 54), procediéndose a la citación del querrelado mediante providencia de 21/09/06 (folio 58) para que compareciera el 27/11/06; el domicilio es facilitado por los querellantes. Con fecha 30/11/06 se recibió en el Juzgado de Rubí el exhorto de Tarrasa, poniendo de manifiesto el resultado negativo de la citación -folio 57-, no siendo hasta la providencia de 27/4/2007 -folio 115- cuando el Juzgado decide librar oficio a los Mossos d'Escuadra para que averigüen el domicilio del Sr. Bernardo. Al folio 119 obra tal oficio, que no consta fuera recibido, pues ninguna contestación a tal petición obra en autos. Con fecha 14 de mayo de 2008 -folio 135- el Juzgado dicta auto de *sobreseimiento provisional* de la causa al no haberse podido citar a los querrelados.

Pues bien, esta primera fase procesal *duró dos años*, con escaso interés por parte del Juzgado en averiguar el paradero del Sr. Bernardo.

La *segunda fase* del procedimiento se inicia con la comparecencia efectuada el 11/2/2009 ante el Juzgado por la también querrelada, D^a Marí Trini - folio 143- manifestando comparecer en su propio nombre y en el del Sr. Bernardo, informando que al no tener domicilio conocido aporta un número de teléfono para poder localizar a ambos, comparecencia que aprovecha el Juzgado para citarles para el día 17 de marzo de 2009 a las 11 horas. Por providencia de 17/3/2009 -folio 154- se hace constar que por motivos de la agenda del Juez se cambia la comparecencia de Doña. Marí Trini para el 23/3/09 a las 10 horas, no haciendo constar nada respecto al Sr. Bernardo. Con fecha 23/3/09 Doña. Marí Trini declara en calidad de imputada, sin que podamos saber que ha sucedido con la citación al Sr. Bernardo.

Con fecha 20 de agosto de 2010 -folio 179- se dicta providencia acordando librar oficio a los Mossos d'Escuadra para que averigüen el domicilio del Sr. Bernardo, es decir más de un año después de que no compareciera a la citación judicial que le fue cursada a través de Marí Trini.

Con fecha 23/11/2010 -folio 198- el Juzgado dicta un *nuevo auto de sobreseimiento provisional* hasta que sea hallado el Sr. Bernardo.

Paralelamente a las diligencias previas nº 648/2006 ya expuestas, el propio Juzgado nº 4 de Rubí instruía las diligencias 1034/2006 incoadas a raíz de la inhibición acordada por el Juzgado de Tarrasa respecto a la querrela interpuesta por D. Gines y Josefa contra el Sr. Bernardo y por hechos similares, reproduciéndose las mismas actuaciones, como por ejemplo la comparecencia de D^a Marí Trini (folio 401). En estas previas sí se hace constar que el Sr. Bernardo no comparece a la citación y es inviable volverle a citar dado que el teléfono facilitado por la Sra. Marí Trini no corresponde a ningún abonado. Pues bien, en tal providencia que



lleva fecha de 24/9/2009 -folio 447- se acuerda dar traslado al Fiscal, *traslado que no se le da efectivamente hasta el 28/5/2010 -folio 450-*. Por auto de 2/11/2010 se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa.

Con fecha 18 de Mayo de 2011 es *detenido* el Sr. Bernardo cuando regresaba de Tel Aviv (Israel) y puesto en libertad después de citarle para que comparecencia en el Juzgado el día 14/7/2011. El día 14/7/2011 el Sr. Bernardo declaró finalmente -folio 251-.

Con tal fecha, 14/7/2011, el Juzgado de Rubí dicta auto de *acumulación* de las diligencias 1034/2006 a las 648/2006.

Con fecha 16/8/2011 de dicta Auto de incoación de procedimiento abreviado -folio 502-; con fecha 12/9/2011 presenta el Fiscal escrito de acusación.

Con fecha 27/10/2011 el Juzgado concedió el plazo de 10 días a las acusaciones particulares para que formularan escrito de acusación -folio 521-. Con fecha 29/11/2012 -folio 586- el Juzgado ordena reiterar la providencia de 27/10/2011, procediendo a calificar una de las acusaciones con fecha 20/12/2012 -folio 588-. Por providencia de 23/1/2013, se acuerda dar traslado para calificar a otra de las acusaciones -folio 592-, procediendo a cumplir el trámite con fecha 22/2/2013 -folio 605-. En este trámite la causa estuvo paralizada más de un año sin causa justificada.

Con fecha 24 de septiembre de 2013 -folio 608-, es decir 7 meses después, la representación legal de Gines -acusación particular- interesa el impulso procesal de la causa. Con fecha 14/10/2013, el Juzgado dicta Auto de apertura de juicio oral contra D. Bernardo , quien comparece al llamamiento judicial, solicitando el nombramiento de abogado y procurador de oficio, presentando escrito de defensa con fecha 11 de febrero de 2014. El Juzgado de instrucción remite erróneamente la causa al Juzgado de lo Penal de Tarrasa que le es devuelta, para finalmente con fecha 13 de marzo de 2014 remitirla a la Audiencia Provincial quien la recibe el 27 de junio de 2014 y señala Juicio para el 12 de febrero de 2015.

En conclusión que una causa sin dificultad alguna que se inició en el año 2006 sólo ha obtenido respuesta 9 años después. Si bien un *largo periodo de tiempo* el Sr. Bernardo *no fue hallado, lo cierto es que en su búsqueda hubo importantes deficiencias*. Una vez hallado, el Sr. Bernardo compareció siempre que fue llamado, lo que no impidió que *desde que fue detenido en Mayo de 2011* la causa se haya prolongado *hasta el año 2015 en que se señaló el Juicio*, máxime si tenemos en cuenta la escasa complejidad del procedimiento.

Por tanto, hemos de discrepar de la justificación del tribunal de instancia para no apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. En primer lugar, la causa no se ha dilatado por el proceder del Sr. Bernardo , en tanto en cuanto el mismo ha estado ausente del procedimiento, hemos de aceptar, que por desconocimiento de que contra él se siguiera procedimiento alguno. El domicilio para su localización lo facilitaron los querellantes, que al resultar infructuoso, nada hizo el Juzgado durante casi dos años para activar su búsqueda. Por lo que respecta a la doble comparecencia de D^a Marí Trini en dos diligencias previas que se llevaban en el mismo juzgado y sobre hechos conexos, hay que hacer constar que nada se le preguntó respecto a tal representación que decía ostentar ni tan siquiera si conocía el paradero actual de aquel. Finalmente, el Sr. Bernardo fue detenido en el aeropuerto de Barcelona no cuando salía del país, como parece insinuar el Tribunal de instancia, sino cuando regresaba de Israel, siendo puesto en libertad por orden judicial, fijando un domicilio y donde ha sido citado en varias ocasiones sin que haya habido problema alguno.

Por todo ello entendemos que debe estimarse el submotivo planteado en el sentido de apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como simple.

Todo ello determinará el señalamiento de las penas correspondientes en segunda sentencia.

TERCERO.- Como tercero de los motivos se esgrime **error de hecho en la apreciación de la prueba**, al amparo del art. 849.2 LECr , y al amparo del art. 852 LECr por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1. Como apoyo de este motivo se alega que los contratos fechados en 2 de febrero, 8 y 14 de junio de 2005 no son prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia. El incumplimiento de dichos contratos, no son suficientes para integrar el delito de **estafa**, constituyendo un mero incumplimiento civil, que debe ventilarse ante la jurisdicción de este orden.

2. Debemos recordar, por ejemplo con la STS 27-6-2012, nº 569/2012 , que por la vía del art. 849.2 LECr ., se circunscribe el motivo 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 LECr . 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 LECr . 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 LECr . 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 inmediatez 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 num. 2º del art. 849 LECr . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr . , a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SSTs. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

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

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECr ;

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

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso



que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos, el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos:

1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como *litosuficiente*, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error;

y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.

Así la STS 1952/2002, de 26.11, recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "litosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr.

Asimismo, resulta esencial destacar la esencialidad del error y su trascendencia para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 26.2.2008 y 30.9.2005) por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes; lo que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la irrelevancia de los errores secundarios en la motivación, y así como señala la STC 44/87 de 9-4 "carecerá así de sentido la concesión de un amparo que se limitara a anular una parte de la motivación de la sentencia y mantuviera en su integridad el fallo. Pero también carecería de sentido anular totalmente una sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que órgano judicial dictara una nueva sentencia en la que confirmara el fallo, pero corrigiera posibles desaciertos en la redacción de su fundamentación. En igual sentido la STC 124/93 de 19.4 "los errores cometidos en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales sólo tiene trascendencia constitucional en cuanto sean determinantes de la decisión adoptada, esto es, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo".

Y esta trascendencia o relevancia, en definitiva se proyecta sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos la subsunción de la sentencia sometida a recurso quede privada del necesario soporte fáctico

3. El motivo, formulado erróneamente en su primera parte, ha de ser inadmitido. No señala documento alguno del que deducirse el error del Juzgador. Se limita a cuestionar la valoración de la prueba, denunciando la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, cuestión ésta a la que ya se ha dado respuesta en el motivo 1º.

En efecto, la sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo, tuvo en cuenta los documentos invocados por el recurrente, de los que no se deduce el error en los hechos que insinúa el mismo y que consistiría en la consciencia de que no llevaría a cabo la construcción a que se comprometió, percibiendo el dinero repetidamente con ánimo de enriquecerse. Dice el tribunal *a quo* que: "Así, con sustento en esa documental quedan cabalmente justificados los siguientes extremos, en sucesión temporal ordenada, por otra parte no discutidos: a) contrato de 2 de febrero de 2005 celebrado entre el acusado y María Inmaculada, en el que se confiesa como recibido en el mismo acto la suma de 72.121,45 euros (folios 159 y ss. al tomo I); b) contrato de 14 de junio de 2005 suscrito por el acusado y Teodosio y Gema en el que expresamente se consigna como percibida a su firma la suma de 90.151,82 euros (folios 27 y ss. al tomo I); c) contrato de 8 de julio de 2005 celebrado entre el acusado y Gines y Josefa (folios 271 y ss. al tomo I), en el que si bien se indica una suma de 90.151,82 euros como entregada en el acto, la propia representación procesal de los mencionados incorporó, a estos autos el Anexo de 20 del mismo mes (folio 297 al tomo II) en el que se significa que la suma entregada es de 78.131,57 euros, precisamente aquella que reclama dicha parte procesal en concepto de responsabilidad civil."

Y explica la sentencia que: "...el necesario dolo antecedente, que es el típicamente relevante, vendría referido a la siguiente trama: el acusado convence a distintos particulares haciendo valer la consideración personal que le profesan (en especial quienes figuran los dos primeros ordinales de la resultancia) para suscribir sendos contratos, uno de inversión y los otros dos de compraventa, que en todo caso coincidían en la obligación



principal de llevar a cabo sendos proyectos de edificación para, con la previamente decidida voluntad de no llevar a cabo ninguna clase de construcción, obtener importantes beneficios patrimoniales."

Y añaden los jueces *a quibus* que: "La cabal acreditación del decidido propósito de beneficiarse de la prestación ajena, eludiendo el cumplimiento de la propia, se infiere en primer término de la identidad de "modus operandi". En todos los convenios suscritos figura el proyecto de construcción futura sin que en ninguno de ellos se lleve a cabo la mínima edificación, como ha referido los perjudicados en juicio, comprobación que efectúan tras la demora de noticias acerca del desarrollo del proyecto. La sucesión cronológica de los hechos, todos con su correspondiente inyección de capital, no deja de ser extremo valorable. Como tampoco puede restarse poder de convicción sobre el propósito realmente perseguido por el acusado al hecho, como figura expresamente en el redactado del contrato concertado con Gines y Josefa , que era el titular dominical de la parcela cuando no era así, o en el convenio suscrito con Teodosio y Gema quienes, tras advertir absoluta pasividad en el cumplimiento de la prestación, tienen conocimiento que la finca en cuestión había dejado de ser de su propiedad.

Opone a ello el acusado, en su exculpación y sin llegar a negar lo evidente de la ausencia de construcción, que fueron severas circunstancias económicas que llevaron a la ruina a su empresa. Nada de ello ha acreditado siquiera mínimamente y, más en concreto, a qué destinaba las sumas recibidas (cabe resaltar aquí que así se compromete en la rescisión contractual de 2/12/2012 -en especial a inicio del folio 251- sin llegar a hacerlo tampoco) o si instó el cauce concursal correspondiente."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la **estimación parcial** del recurso interpuesto por infracción de preceptos constitucionales y por infracción de ley, por la representación de D. Bernardo , declarando de oficio las **costas** de su recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la **estimación parcial** del recurso interpuesto por infracción de preceptos constitucionales y por infracción de ley, por la representación de D. Bernardo , y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia, con declaración de las **costas** de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin **D. Francisco Monterde Ferrer** D. Andres Palomo Del Arco D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil quince.

En la causa correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 29/14 incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Rubí fue dictada por la Sección Décima de la Audiencia de Barcelona, **sentencia de fecha 16 de Febrero de 2015** , acordando condenar al acusado D. Bernardo como autor de un delito continuado de **estafa** , ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO AÑOS de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de TRESCIENTOS DÍAS a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a María Inmaculada con la cantidad de SESENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTIÚN EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (66.121,45 ?), a Teodosio y Gema con la de NOVENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (90.151,82 ?) y a Gines y Josefa con la de SETENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (78.131,57 ?), indemnizaciones que devengarán el interés legalmente establecido en el art. 576 L.E.C .



Dicha resolución ha sido **parcialment e casada y anulada** por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar **segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes

I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia revisada, y los de la resolución rescindida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la resolución rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

El recurrente **fue condenado** como autor de un delito continuado de **estafa**, comprendido en los arts 248 , 250.1 , 5 º y 6 º y 74 CP , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión y multa de 300 días, a razón de una cuota de seis euros, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas.

En su virtud, conforme se argumentó en el fundamento de derecho segundo de nuestra sentencia rescidente, **procede eliminar** el supuesto agravado, previsto en el nº 6º del art. 250 CP , consistente en **abuso de relaciones personales** existentes entre víctima y defraudador. Y en cambio, se estima concurrente la circunstancia genérica de atenuación en su consideración ordinaria de **dilaciones indebidas** , comprendida en el art. 21.6ª CP . Por ello, extendiéndose la pena a imponer entre uno y seis años de prisión, en el límite inferior de su mitad superior, de acuerdo con lo dispuesto en los art 74 y 66, 1ª CP , procede imponer al condenado la pena de **tres años y seis meses de prisión**.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia, incluidas la pena de multa, penas accesorias, responsabilidad personal subsidiaria, responsabilidades civiles y costas .

III. FALLO

Se elimina el supuesto agravado, consistente en **abuso de relaciones personales** existentes entre víctima y defraudador. Y en cambio, se estima concurrente la circunstancia genérica de atenuación, en su consideración ordinaria, de **dilaciones indebidas**, procediendo imponer al condenado la pena de **tres años y seis meses de prisión**.

Y, se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia, incluidas la pena de multa, penas accesorias, responsabilidad personal subsidiaria, responsabilidades civiles y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Andres Palomo Del Arco D. Carlos Granados Perez

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