



Roj: **STS 1915/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1915**

Id Cendoj: **28079120012019100372**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2019**

Nº de Recurso: **417/2018**

Nº de Resolución: **305/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 305/2019

Fecha de sentencia: 11/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 417/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/06/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: JAS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 417/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 305/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 417/2018 interpuesto por **D. Constancio**, representado por el procurador D. Juan Antonio Escriva de Romani Vereterra, bajo la dirección letrada de D^a Sofía Maraña García, contra Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 18/2016 por un delito de estafa.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Castellón, el 29 de septiembre de 2017, se dictó sentencia condenatoria a **D. Constancio** como responsable de un delito de estafa que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se considera probado, y así se declara expresamente, que en 2013 la entidad *"NIRO CERÁMICA ESPAÑA, S.L.U."* mantuvo relación comercial con una empresa mercantil radicada en Teherán (Irán) denominada *"JAM TRADING CO"*. La relación se produjo a través de d. Gervasio, administrador de la empresa *"CERÁMICA EXPOMED, S.A."*, la cual actuaba como representante a comisión y en exclusiva de la primera en Oriente Medio. En virtud de dicha relación comercial, *"JAM TRADING CO"* había de recibir diez contenedores de mercancía cerámica, a cambio de un precio total de 85.914,72 euros.

En la operación también intervenía la mercantil *"BRIDGE WATER L.T.D."* (intermediaria en divisas extranjeras), a través, de la cual había de realizarse el pago del precio. Dicho pago había de verificarse en la cuenta que *"NIRO CERÁMICA S.L.U."* tenía en el Banco Popular (ES480075 1212 98060003 6871), cuyos datos había remitido el sr. Gervasio por correo electrónico el 21 de octubre de 2013 (desde la dirección de correo electrónico DIRECCION000 < DIRECCION001 >, al correo de la compradora DIRECCION002).

Dicha comunicación fue subrepticamente interceptada por personas que no han sido identificadas, las cuales, después de haber contactado con el acusado, y de común acuerdo con este, remitieron un correo electrónico a la entidad. *"JAM TRADING CO"* en el que, suplantando a *"CERÁMICA EXPOMED"*, se hacía indicación de que el pago pactado tenía que hacerse en la cuenta bancaria núm. ES2914650350261900074984, que *"CIMESOL CONSTRUCCIONES, S.L."* tenía abierta en la sucursal de *"ING DIRECT"* sita en Avda. Portugal Es.G.5, 28931, de Madrid, todo ello con la finalidad de lucrarse indebidamente con dicho dinero. Dicha cuenta había sido apertura por el acusado el 18 de junio de 2013.

Los pagos se hicieron mediante sendas transferencias a la cuenta recién mencionada, realizadas el día 4 de noviembre de 2013 (49.950 euros) y el 21 de noviembre de 2013 (35.950 euros), procediendo a continuación el acusado a extraer dicho dinero de dicha cuenta mediante las siguientes disposiciones en efectivo:

- 47.000 euros el 4 de noviembre de 2013,
- 1.400 euros el 5 de noviembre de 2013,
- 300 euros el 13 de noviembre de 2013,
- 250 euros el 15 de noviembre de 2013,
- 200 euros el 20 de noviembre de 2013,
- 12.000 euros el 21 de noviembre de 2013,
- otros 12.000 euros el 21 de noviembre de 2013,
- y otros 12.000 euros el 21 de noviembre de 2013.

Asimismo, con parte del dinero ingresado en la cuenta fueron pagadas dos cuotas de la Seguridad Social del acusado por importes de 327,98 euros cada una de ellas.

La mercantil *"JAM TRADING CO"* volvió a pagar a la mercantil *"NIRO CERÁMICA ESPAÑA S.L.U."* el precio de la operación; por lo que esta última entidad no tiene cosa alguna que reclamar."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Constancio, en cuanto que cooperador necesario de un delito de estafa (de los artículos 248.1, 248.2 a), 249 y 250.1.5° del C.P.), a las penas de prisión de dos años (con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena), y de multa de ocho meses, con una cuota diaria de 8 euros (lo que hace un total de 1.920 euros, que el penado deberá pagar en un máximo de ocho entregas de 240 euros a realizar en mensualidades consecutivas,



y afirmándose la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del C.P ., a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resulten impagadas).

Asimismo, procede declarar la condena del acusado al pago de las costas procesales, y a que indemnice a la entidad "JAM TRADING CO" con la suma de 85.900 euros; declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "CONSTRUCCIONES CIMESOL, S.L." con respecto al pago de la cantidad recién indicada."

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

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

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.2 LECr ., al existir error en la apreciación de la prueba.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr , en relación con el art. 5.4 LOPJ que faculta la misma en caso de vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE .

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr , al considerar infringidos los arts. 248.1 , 248.2.a), 249 y 250.1.5º CP .

Motivo Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de ley, al considerar infringido el art. 28 C.P .

Motivo Quinto.- Al amparo del art. 849.1 LECr en relación a los siguientes preceptos infringidos: el art. 109 en relación con los arts. 113 , 114 y 115 CP .

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite de los recursos y, subsidiariamente, la desestimación de todos los motivos, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 21 de abril de 2018; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se basa en infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECr ., al existir error en la apreciación de la prueba.

En el desarrollo del mismo se hace constar que la sentencia objeto de recurso condena al acusado por un delito de estafa informática cuando no se ha practicado ninguna prueba en la instrucción sobre el supuesto delito informático, ni se ha probado que el acusado supiera de la ilícita procedencia del dinero, ni que se iba a cometer un delito informático, ni que hubiera cometido el delito ya que el recurrente es un albañil que ni siquiera tiene ordenadores.

2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 27-6-2012, nº 569/2012 , que por la vía del art. 849.2 LECrim ., 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 relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo (SSTS. 936/2006, de 10 de octubre y 778/2007, de 9 de octubre , entre otras muchas) 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 LECrim .



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 de julio - 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.

Hay que advertir que los informes periciales no resultan vinculantes para el órgano de enjuiciamiento. Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. Lo primero que debemos poner de relieve es el recurrente incurre en una deficiencia formal en el planteamiento del motivo, ya que no propone una nueva redacción de los hechos probados, ni cita expresamente documento alguno que autorice 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, conforme a la jurisprudencia de esta Sala que hemos citado.

El motivo no puede prosperar porque se alega, exclusivamente, la ausencia de prueba de la defraudación, por el hecho de haber sido valorados los mails que obran en las actuaciones en su texto original en lengua inglesa, lo que no puede equipararse a la demostración del supuesto error en su valoración, y en base a las declaraciones prestadas por el acusado, cuando las mismas no tienen valor de prueba documental, aunque se encuentren documentadas en la causa.

El motivo se desestima.

SEGUNDO .- 1. El segundo motivo se formula al amparado del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE .

Entiende el recurrente que no ha quedado enervado el derecho a la presunción de inocencia ya que no ha quedado acreditado el hackeo informático, ni por tanto el delito de estafa informática, ni el conocimiento del acusado de lo que se iba a hacer era fraudulento (ausencia de dolo).

Se afirma que la instrucción ha sido defectuosa y el Fiscal no propuso como testigo a Nemesio -folio 62-, a pesar de haber aportado el teléfono el acusado en su declaración en Comisaría, ya que este testigo habría sido importante para acreditar la ausencia de dolo del mismo. Por otro lado, ni el propio denunciante fue a juicio, lo que resulta algo insólito, sin que conste acreditada la justificación de la ausencia de comparecencia de Jam Trading al acto del juicio oral. Y, en cuanto a los mails aportados, se trata de meras fotocopias, y no se acredita la procedencia de los mails de cada empresa ni han sido revisados los I.P de los ordenadores por ningún informático ni por la policía para acreditar si fueron realmente hackeados los mismos.

2. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado



una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en sentencia SSTS 615/2016, de 8 de julio , 200/2017, de 27 de marzo , 376/2017, de 20 de mayo , que "ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005, de 9.12 , "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009, de 13 de abril y 131/2010, de 18 de enero ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo 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 un 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 instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir 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 , 117/2000 , SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1071/2010 , 365/2011 , 1105/2011).".

3. La sentencia de instancia, en el Fundamento de Derecho Primero, analiza la prueba practicada, en concreto la declaración del acusado prestada en las distintas fases del proceso, la del testigo Sr. Gervasio , y la documental obrante en autos, conforme a los parámetros del art. 741 de la LECrim .

En primer lugar, se hace constar por el Tribunal que el acusado reconoció en todo momento que los 85.900 euros fueron ingresados en la cuenta que en junio de 2013 abrió en "ING DIRECT" para la entidad mercantil CIMESOL CONSTRUCCIONES S.L. de la que era administrador único; así como que fue él quien dispuso de la



totalidad de dicho dinero sacándolo de la cuenta a la que había sido transferido, entidad mercantil que había sido constituida por el acusado en 2011 y estaba domiciliada en el propio domicilio particular de este, siendo el acusado administrador único, mercantil que estaba "parada", y no tenía actividad alguna. Así como, que el acusado explicó que las dos transferencias no obedecieron a un título o negocio determinado del que resultara su derecho a percibir dichas cantidades de dinero, sino a un favor solicitado por un tal Marco Antonio , de origen nigeriano, y su jefe Agapito , que le pidieron que abriera una cuenta bancaria -que ellos no lo podían hacer por carecer de papeles-, donde iba a recibir unas transferencias y posteriormente sacar el dinero de dicha cuenta y entregárselo a ellos, encargo que llevó a cabo abriendo la cuenta y entregando el dinero a esas dos personas en dos ocasiones en metálico, cobrando por ello el acusado 6.400 euros, más deudas de la Seguridad Social, según lo declarado en el Plenario, y 10.000 euros, según lo manifestado ante el instructor.

En segundo lugar, se analiza en la sentencia el testimonio del testigo Sr. Gervasio que explicó la razón de ser de las transferencias, a las que era completamente ajena la mercantil constituida por el acusado, y a cuya cuenta fue a parar finalmente el dinero transferido, y también dio razón de cómo averiguaron que, tanto CERÁMICA EXPOMED S.A. de la que era administrador el testigo, como la entidad remitente del dinero JAM TRADING CO, fueron engañadas como consecuencia de que alguien entrara en su correo electrónico, y falseara sus comunicaciones, suplantando a ambos intervinientes, y señalando una cuenta bancaria de pago distinta de la real cuenta de pago de la destinataria del dinero que era NIRO CERÁMICA ESPAÑA, S.L.U.

Las manifestaciones del testigo resultan corroboradas, según el Tribunal, por las copias de las comunicaciones que aportó cuando interpuso su denuncia, consistentes en distintos emails, unos verdaderos y otros falsos, sobre los que indica que no existe inconveniente insalvable en que el Tribunal pueda tenerlos en cuenta como prueba, según lo previsto en el art. 726 de la L.E.Crim ., atendido el hecho de que, habiendo sido dichos documentos específicamente propuestos por el Ministerio Fiscal y por la parte acusada en su escrito de defensa no impugnados en el mismo hasta el momento del informe final, y que se trata de documentos redactados en inglés, lengua sobre la que la Sala manifiesta que no es extraña o inaccesible y que, además, su autenticidad no ha sido cuestionada, solo su falta de traducción. A lo que añade, que se trata un elemento corroborador de la testifical del Sr. Gervasio , en base a la que entiende acreditado el engaño indicado por el mismo.

Analiza también como indicio corroborador de la citada testifical el hecho mismo de que la cuenta de CIMESOL CONSTRUCCIONES S.L. que aparece en el correo falseado, es la cuenta a la que efectivamente se remitieron las transferencias de dinero, según reconoció el propio acusado, y según resulta de la documentación remitida por ING DIRECT, en concreto los folios 225 a 228 consta el escrito remitido a la causa por ING BANK SPAIN, en el que se informaba de los datos de dicha cuenta, y los movimientos en la misma figurando al folio 228 detalladas las extracciones de dinero que se hicieron por el acusado.

Los argumentos del Tribunal a quo para tener por acreditado el delito de estafa informática son lógicos y razonables, ya que se entiende acreditado el mismo especialmente por la declaración del testigo, y las manifestaciones del acusado en relación a su participación en los hechos, así como por la documental. El hecho de que no exista pericial sobre el hackeo, impide saber al Tribunal como se pudo llevar a cabo la misma, no que la citada estafa no existiera porque la misma ha quedado probada con la prueba analizada.

En relación a la misma se afirma en el recurso, por un lado, que no consta acreditada la justificación de la ausencia de comparecencia de Jam Trading al acto del juicio oral, por lo que no puede darse por probado el delito imputado. En cuanto a la ausencia del representante de la entidad JAM TRADING, a diferencia de lo afirmado, si se encuentra justificada, ya que el mismo tras ser citado para la celebración del Juicio Oral el día 21 de septiembre de 2018 contestó a la Sala que iría al juicio la Sra. Eloisa , representante oficial de la empresa por delegación del Presidente del Consejo de Administración Sr. Ernesto , identificándola con su fecha de nacimiento y pasaporte, pero indicando la necesidad de recibir la cédula de citación a su nombre para asistir como testigo al juicio ya que su visado caducaba antes que el 21 de septiembre y que necesitaba renovarlo para poder viajar a España y asistir al juicio. Recibida la citada comunicación, el Tribunal acuerda enviar la citación personal a la Sra. Eloisa , a lo que la empresa contesta que todavía no habían logrado recibir su visado para poder asistir a la sesión del juicio en España -lo cual no puede calificarse de insólito pues la empresa se encuentra radicada en Teherán (Irán)- por lo que designaban al Sr. Gervasio residente en España, para estar presentes como testigo en la sala del tribunal en nombre del Sr. Ernesto y Jam Trading (doc. 78 a 81 rollo de Sala).

Por otro lado, también se aduce, para restar valor probatorio a la prueba analizada por el Tribunal, que los documentos tenidos en cuenta, se trata de meras fotocopias. En primer lugar, debemos partir de que la lealtad y la buena fe procesales constituyen principios esenciales de nuestro proceso penal (v. art. 11 LOPJ), que no parece se compaginen bien con el momento elegido por la defensa del acusado para impugnar la prueba



documental por vía de informe, cuando la había hecho suya sin ningún tipo de impugnación, tanto en el escrito de conclusiones provisionales como definitivas.

En segundo lugar, el carácter de simples "fotocopias" no priva a este tipo de documentos, de forma automática y en todo caso, de valor probatorio (v. art. 334 LEC y SSTs de 31 de marzo de 1992, 16 de enero y 25 de febrero de 1997, 150/2005 de 7 de febrero). Como señala la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2004 "no existen obstáculos insalvables que impidan que el Tribunal sentenciador pueda valorar el contenido de los documentos que obren en fotocopia en la causa, si bien debe actuarse con prudencia y con las cautelas y precauciones pertinentes."

En el presente caso, las fotocopias que acompaña el denunciante a su denuncia, son elementos accesorios respecto de los cuales, por otra parte, nada empece al Tribunal sentenciador someterles a valoración y pronunciarse sobre la veracidad de su contenido en el ejercicio de la facultad soberana que le atribuye el art. 741 L.E.Cr. de valorar "en conciencia" las pruebas aportadas, y, por consiguiente, es al Tribunal al que corresponde ponderar la fiabilidad de las fotocopias presentadas respecto de las cuales no sólo se apunta siquiera por el recurrente indicio alguno de que pudieran haber sido manipuladas, sino que la veracidad de su contenido la valoran los jueces *a quibus* a tenor del resto del material probatorio a su disposición, como el reconocimiento parcial de los hechos por el acusado, el testimonio del Sr. Gervasio, y la documental que obra en los folios 225 a 228 de la causa, remitida por ING BANK SPAIN, de la que se desprende que la cuenta de CIMESOL CONSTRUCCIONES S.L. que aparece en el correo que el Tribunal entiende que se ha falseado, es la cuenta a la que efectivamente se remitieron las transferencias de dinero, extremo a su vez reconocido por el propio acusado.

4. También se alega por el recurrente que no ha quedado acreditado el dolo, en concreto que el acusado no tenía conciencia de la procedencia ilícita del dinero transferido a su cuenta. Al respecto, en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, se afirma que el acusado no pudo dejar de tener conciencia de la probabilidad de la procedencia ilícita del dinero transferido a su cuenta, en los siguientes términos: "Resulta que de los supuestos "hombres de atrás" (o pretendidos autores mediatos que habrían manipulado al acusado sin despertar en este la sospecha de la ilicitud) no existen más datos que los nombres propios (Marco Antonio y Agapito) indicados por el acusado. O sea, se trataría de dos auténticos desconocidos, a los que el acusado, según reconoció, no les pidió que se identificaran. Tampoco explicó que la supuesta relación trabada con ellos se produjera en un contexto o en unas circunstancias que pudieran conferir alguna verosimilitud a la intervención no dolosa, o que fuera debida a unos acontecimientos en los que fuera creíble y verosímil que el acusado pudiera ser por completo ajeno a la ilícita procedencia del dinero. Según dijo, habría contactado con Marco Antonio por casualidad, en un bar, al margen de relación comercial o de amistad alguna. Y aunque dijo que tuvieron ulteriores o sucesivos contactos, no ha facilitado teléfono alguno de contacto con dichas personas. No existe corroboración ni indicio alguno de la real existencia e intervención de esas dos personas, en todo caso, no identificadas. Aunque debemos admitir (puesto que así se indica en el escrito de acusación) que fueron otras personas distintas del acusado quienes urdieron y desarrollaron la maquinación engañosa informática, y que el acusado tan sólo participó en ella, con un acto de cooperación muy trascendente, a cambio de "una parte del importe" del dinero transferido".

Por el recurrente se afirma que el Fiscal no propuso como testigo a Nemesio -folio 62-, a pesar de haber aportado el teléfono del acusado en su declaración en Comisaría, ya que este testigo habría sido importante para acreditar la ausencia de dolo del mismo. El Tribunal indica que el acusado contestó de forma evasiva cuando la Fiscal le preguntó que por qué no había propuesto como testigo a Nemesio, con el cual supuestamente habían tenido algunos tratos encaminados a la compra de las máquinas, y que el acusado en instrucción no declaró que aquellos supuestos tratos preliminares se hubieran llegado a traducir en algún acuerdo, y que la defensa también podría haber propuesto la citada prueba.

En todo caso, al margen de quien le corresponde acreditar que el acusado acompañó a los supuestos autores a ver máquinas -las que supuestamente querían comprar con las transferencias que se recibieran-, el Tribunal destaca que el acusado no indica que hubiera algún tipo de acuerdo, y que en instrucción manifestó que Marco Antonio y Agapito le darían los comprobantes de las compras, precisamente "para que él no tuviera ningún problema", por lo que no considera entendible que el acusado sacara el dinero de la cuenta y lo entregara supuestamente a Marco Antonio y Agapito sin pedir comprobante alguno de la operación.

De otra parte, añade la sentencia que "las circunstancias en que actuó el acusado no podían sino inducirle a la sospecha. La genérica explicación de no tener "papeles" no parece mínimamente suficiente para justificar un *modus operandi* como el que nos ocupa. Realmente, tan sólo se necesitaba una cuenta bancaria a nombre de la entidad en nombre y por cuenta de la cual supuestamente actuaban " Marco Antonio " y " Agapito ". El hecho de que no pudiera hacerse el ingreso en una cuenta a su nombre no podía sino despertar las sospechas. De la misma forma que no puede resultar sino altamente sospechoso a cualquiera el hecho de que una entidad



que supuestamente iba a hacer una cuantiosa compra de maquinaria industrial (recordemos que los 85.900 euros iban supuestamente destinados a ser una señal) no tuviera la infraestructura mínima para poder recibir una transferencia bancaria."

Compartimos con el Tribunal de instancia que todos los datos e indicios apuntados no hacen sino incidir en el razonable convencimiento de que el acusado no pudo dejar de suponer la procedencia ilícita del dinero transferido. Es de general conocimiento para el hombre medio que las operaciones de las características de la que nos ocupa encubren actividades de carácter delictivo, sobre todo en un supuesto como el analizado en que solamente por el hecho de abrir una cuenta y sacar el dinero y dárselo a las personas que le hicieron el encargo le entregaran 10.000 €, como inicialmente reconoció, o 6.500 € más los pagos de la Seguridad social, como indicó en el plenario.

Por el recurrente se quiere hacer ver que el acusado es un hombre sin estudios que fue pastor en su juventud, a lo que la Sala de instancia responde que lo cierto es que el acusado reconoció que toda su vida ha trabajado como albañil y como constructor, y que en su condición de tal ha hecho contratos para desarrollar dicha actividad de constructor, y que actualmente está dado de alta como trabajador autónomo, y que constituyó hace años una sociedad mercantil, por lo que, acertadamente, descarta que las condiciones personales del acusado sean menores a las del hombre medio.

Tal y como afirmábamos en nuestra sentencia 25/01/2006 , de 25 de enero, con expresa cita a la STS 1450/2004, de 2 de diciembre , "respecto a ese conocimiento, este elemento subjetivo no requiere que se conozca con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad. Y en esa misma línea, en la Sentencia 1501/2003, de 19 de diciembre , se declara que no se exige un conocimiento preciso y detallado del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal...".

El recurrente ofrece una valoración alternativa de cada uno de los indicios utilizados por el Tribunal, pero más allá de la entendible estrategia defensiva, no es posible desplazar la coherencia de la valoración llevada a cabo por la Sala de instancia, que ha motivado convenientemente sus conclusiones, y que permiten fundamentar la sentencia condenatoria.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO .- 1. El tercer, cuarto y quinto motivo del recurso se articulan al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley al considerar infringidos los arts. 248.1 , 248.2 a), 249 y 250.1 5 º, 28 , 109 , 113 , 114 y 115 del CP .

En primer lugar, según el recurrente, no cabe la aplicación del art. 248.1 CP al no cumplirse los requisitos del tipo, es decir, no utilizarse "engaño bastante para producir error en el otro" toda vez que ha habido infracción de los deberes de autotutela de James Trading y la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del acusado. Prueba de que el error es burdo y de la negligencia de Jam Trading, ante su falta de diligencia, es que pagó dos veces a Cerámica Expomed como demostración de que no adoptó cautela alguna a la hora de pagar los trabajos. Asimismo, no sólo no hay engaño bastante sino que no ha quedado probado el dolo del acusado para la comisión del delito. Además, tampoco queda acreditado que el mismo haya efectuado la manipulación informática del art. 248.2 a). CP y ni siquiera la comisión del delito.

En segundo lugar, afirma que el acusado no ha cometido delito informático alguno por lo que no es cooperador necesario, no cabe inferir que el recurrente supiera que colaboraba con una persona dispuesta a delinquir específicamente mediante un fraude informático, y si no ha sido autor del fraude informático no es cooperador necesario.

Por último, se alega que la Sentencia objeto de recurso condena al acusado a abonar una responsabilidad civil que no ha sido acreditada, ya que falta el documento, la transferencia bancaria, que acredita que ha vuelto a pagar Jam Trading a Cerámica Expomed por segunda vez, por lo que no cabe fijar responsabilidad.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación



por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. En primer término, el recurrente afirma que no cabe la aplicación del art. 248.1 CP al no cumplirse los requisitos del tipo, es decir, no utilizarse "engaño bastante para producir error en el otro" toda vez que ha habido infracción de los deberes de autotutela de James Trading y la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del acusado.

Conforme al relato de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, concurren en la conducta del acusado los elementos integrantes del delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250.1 5º del Código Penal.

En relación al delito de estafa, hemos dicho de forma reiterada que "se integra de los siguientes elementos:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno; 2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias; 3º) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial; 4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño; 5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6º) Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria" (STS 755/2016, de 13 de octubre, entre otras muchas).

Del *factum* se desprende que como consecuencia de las relaciones comerciales entre "NIRO CERÁMICA ESPAÑA, S.L.U." y "JAM TRADING CO", -que tuvieron lugar a través de Gervasio, administrador de la empresa "CERÁMICA EXPOMED, S.A.", JAM TRADING CO había de recibir diez contenedores de mercancía cerámica, a cambio de un precio total de 85.914,72 euros. Dicho pago había de verificarse en la cuenta que "NIRO CERÁMICA S.L.U." tenía en el Banco Popular (ES480075 1212 98060003 6871), cuyos datos había remitido el sr. Gervasio por correo electrónico el 21 de octubre de 2013 (desde la dirección de correo electrónico DIRECCION000, al correo de la compradora DIRECCION002 < DIRECCION002 >). Dicha comunicación fue subrepticamente interceptada por personas que no han sido identificadas, las cuales, después de haber contactado con el acusado, remitieron un correo electrónico a la entidad "JAM TRADING CO" en el que, suplantando a "CERÁMICA EXPOMED", se hacía indicación de que el pago pactado tenía que hacerse en la cuenta bancaria núm. ES2914650350261900074984, que "CIMESOL CONSTRUCCIONES, S.L." tenía abierta



en la sucursal de "ING DIRECT" sita en Avda. Portugal Es.G.5, 28931, de Madrid, todo ello con la finalidad de lucrarse indebidamente con dicho dinero. Dicha cuenta había sido aperturada por el acusado el 18 de junio de 2013.

Conforme al relato de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, concurren en la conducta del acusado los elementos integrantes del delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250.1 5º del Código Penal. El engaño que se narra es suficiente, y tiene adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, por mucho que se indique por el recurrente que no tiene la citada entidad, el hecho de que se utilice una dirección de correo distinta " DIRECCION000 " y no " DIRECCION001 " -el correo declarado verdadero lleva "a" y el suplantador "e"-, que debería haber sido apreciada por James Trading, que infringió los deberes de autotutela, ya que es muy difícil apreciar la citada diferencia, y además la infracción de deberes por la entidad no se desprende de los hechos probados, que deben ser respetado dado el motivo casacional elegido.

Y, en cuanto a que la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del acusado, lo cierto es que mismo contribuyo de forma decisiva a que se materializara el delito de estafa, facilitando la acción y el resultado, ya que abrió una cuenta bancaria a nombre de una sociedad de la que era administrador único, donde se recibieron las transferencias, todo ello con la finalidad de lucrarse indebidamente con dicho dinero.

4. En segundo lugar, afirma que el acusado no ha cometido delito informático alguno por lo que no es cooperador necesario, no cabe inferir que el recurrente supiera que colaboraba con una persona dispuesta a delinquir específicamente mediante un fraude informático, y si no ha sido autor del fraude informático no es cooperador necesario.

Procede recordar la STS 2-6-2014 que, a este respecto expone que: "Doctrinalmente se ha entendido que la participación supone una aportación a la ejecución del hecho que, si es imprescindible, es de cooperación necesaria. Ha de suponer un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Se exige así la aportación a la ejecución del hecho de otro, la realización de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduce en la cooperación necesaria por su relevancia a la consecución del éxito". Y en la sentencia 503/2008, de 17 de julio, se afirma que: "la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce".

En relación al recurrente, de la prueba practicada se desprende que realizó un acto de relevancia, con su participación reforzó la maquinación fraudulenta, contribuyendo al buen fin del negocio, facilitando la producción del resultado, por abrir una cuenta corriente, darle el número de la misma a los autores, y una vez recibidas las transferencias, sacar el dinero y entregárselo, salvo los pagos y las cantidades que se quedó para el mismo.

Por tanto, aplicando la jurisprudencia expuesta, el motivo ha de ser rechazado de plano. De los elementos fácticos resulta el engaño bastante, sustancial al delito de estafa; mientras que la recurrente realizó actos de relevancia, íntimamente relacionados con la actuación realizada por los autores no siendo meramente accesoria o irrelevante su conducta. La participación del mismo, según los argumentos expuestos por la Audiencia, no fue accesoria o periférica y obtuvo claros beneficios derivados de dicha participación.

5. Por último, se alega que la Sentencia objeto de recurso condena al acusado a abonar una responsabilidad civil que no ha sido acreditada, ya que falta el documento, la transferencia bancaria, que acredita que ha vuelto a pagar Jam Trading a Cerámica Expomed por segunda vez, por lo que no cabe fijar responsabilidad.

Tal y como ha sido expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, el Tribunal dispuso de prueba suficiente para declarar la responsabilidad civil y penal del acusado. El cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia sin que pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia, y en este caso se hace constar en los mismos que "La mercantil JAM TRADING CO volvió a pagar a la mercantil NIRO CERÁMICA ESPAÑA SLU, el precio de la operación, por lo que ésta última entidad no tiene cosa alguna que reclamar".

En consecuencia, JAM TRADING CO asumió en su momento las consecuencias civiles de la estafa de la que habían sido objeto ambas entidades, en concreto el perjuicio de toda la operación, lo que quedó acreditado



por el testimonio del Sr. Gervasio que actuaba en el juicio en representación de aquella mercantil, la cual, tal y como indica la sentencia de instancia, no solo no consta que haya renunciado a la reparación de los daños y perjuicios, sino que al folio 206 dijo reclamar, por lo que no procede estimar la petición del recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO .- Procede imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim .).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación nº 417/2018 interpuesto por **Constancio** , contra Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 18/2016 .

2º) Imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina