

Roj: **STS 5863/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5863**Id Cendoj: **28079120012013100946**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/12/2013**Nº de Recurso: **592/2013**Nº de Resolución: **952/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 2249/2012,**
STS 5863/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil trece.

En los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley que ante Nos pende, interpuestos por los acusados **Segundo Y Tomás y Jose Manuel**, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante que les condenó por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por las procuradoras Sra. Gómez-Castaño, Jiménez-Torrecillas y Salman-Alonso Khouri.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Alicante instruyó Procedimiento Abreviado con el número 130/2'10 y una vez concluso fue elevado a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante que, con fecha 22 de octubre de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " El acusado Segundo, sin antecedentes penales, en enero del 2007 conoció al perjudicado Juan Antonio en un hotel de la Isla de Gran Canaria en el que el acusado había alquilado un salón para la venta de antigüedades, salón al que acudió el perjudicado a realizar unas compras.

Al comprobar el acusado que el perjudicado tenía una elevado poder adquisitivo comenzó, a desarrollar una labor de agasajo continuo hacia el perjudicado, auxiliado por su socio Jose Manuel durante el cual, además de hacerle regalos, le invitaron a hoteles de 5 estrellas y restaurantes de lujo y le hicieron ganar dinero "fácil" (aproximadamente 18.000 €) con supuestas reventas de obras de arte y le convencieron de lo "sencillo" que era ganar dinero con dichas "reventas" ganándose su confianza.

El acusado Segundo convenció al perjudicado de que debía ayudarle a convencer a un tal " Gallina " (el acusado Tomás que actuaba de acuerdo con él como "cebo") un supuesto millonario de Granada, para que le vendiera al perjudicado unos cuadros que no le quería vender directamente al acusado, por un problema de negocios que tuvieron en el pasado, tras lo cual tuvieron una reunión con él en el "Hotel Palace" de Madrid el día 6 de febrero de 2007 a la que asistieron, además del perjudicado, Segundo, un hijo de este menor de edad y el supuesto vendedor Tomás y en la que, tras mostrar unas fotografías de los cuadros y manifestar que uno de ellos era de "Zurbarán", partiendo de un precio inicial de 2.000.000 € cerraron, tras una fingida negociación, la venta de los cuadros por 950.000 € tras la cual Segundo, convenció al perjudicado de que dichos cuadros los quería comprar porque ya los tenía a su vez vendidos a un tercero por 1.300.000 € pero que necesitaba que le prestara dinero por no disponer de "liquidez" en unos días, de manera que él le entregaría a " Gallina " dos pagarés, uno



de 200.000 e y otro de 350.000 € pero el perjudicado debía prestarle 400.000 € que el devolvería a los pocos días, dejándole como garantía los cuadros en su poder, a lo que el perjudicado finalmente accedió.

El día 8 de febrero del 2007 los acusados Tomás , Jose Manuel y Juan que actuaba como chofer y transportista al servicio de Segundo acudieron al denominado "Club DAngelo" de Alicante, propiedad del perjudicado Juan Antonio lugar en el que fueron depositados embalados los cuadros (previa entrega 400.000 €) A Tomás en presencia de Jose Manuel . Tras la entrega de los cuadros, que transportó de Málaga a Alicante, Juan , Jose Manuel convenció al perjudicado de que no debía desembalarlos, so pretexto de que los cuadros iban a ser revendidos a un tercero el día 12 de febrero de 2007, que ya los había visto y que su desembalaje no sería bueno, porque habría que volver a embalarlos y porque no sería bueno para la conservación de los cuadros que debían ser guardados (sin ser vistos) en un lugar seguro para su posterior entrega a los supuestos compradores.

Al pasar los días sin boticas de los acusados el perjudicado finalmente sospechó, desembaló los cuadros y pudo comprobar el engaño, al constatar que era cuadros distintos a los que le habían mostrado en las fotografías, mal conservados y cuyo valor no era de 950.000 € sino que se trataba de cuadros cuyo valor ha sido tasado, como máximo en 36.800 €.

Tras diversas conversaciones en las que el acusado Segundo le ponía excusas al perjudicado y le decía que no tenía dinero para devolverle los 400.000 € prestados finalmente el día 16 de febrero de 2007 el perjudicado viajó a Marbella preocupado porque no tenía ningún recibo de la entrega del dinero y tras entrevistarse con el acusado Segundo consiguió que le entregara un documento firmado el 19 de febrero de 2007 en el que le reconocía la propiedad del 50% del valor de los cuadros adquiridos por los 950.00 €. El dinero finalmente no fue restituido al perjudicado.

En el momento de su detención en Madrid el 26 de marzo del 2007 los acusados Segundo , Tomás se encontraban juntos y portaba en metálico 4.358 € (2.358 y 2.00 € respectivamente)".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados en esta causa Segundo , Jose Manuel y Tomás , como autores penalmente responsables de un delito de estafa gravada por razón de la cuantía, de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS CINCO MESES DE PRISION con su accesoría de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE NUEVE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, a cada uno de los acusados.

Se condena a Segundo , Jose Manuel y Tomás y al pago de las tres cuartas partes de las costas procesales.

Abonamos a Segundo , Jose Manuel y Tomás todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Se condena a Segundo , Jose Manuel y Tomás a que indemnicen conjunta y solidariamente a Juan Antonio en cuatrocientos mil euros.

Requírase a los condenados al abono en plazo de QUINCE DIAS de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolvente, cumpla el mismo la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal .

Que debemos absolver y absolvemos a Juan del delito de estafa que se le imputaba, con toda clase de pronunciamientos favorables y declarando de oficio una cuarta parte de las costas causadas.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales el infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el acusado Segundo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 249 y 250.5º del Código Penal .

El recurso interpuesto por el acusado Tomás se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de



inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 249 y 250.5º del Código Penal . **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El recurso interpuesto por el acusado Jose Manuel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 248 del Código Penal . **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 27 de noviembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Segundo

PRIMERO. - En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución .

En primer lugar se niega la existencia de prueba de cargo que sustente la condena por delito de estafa.

En concreto se dice que no está acreditado que el recurrente no tuviera intención de pagar el préstamo de 400.000 y que eso no se recoge en los hechos probados sino en los fundamentos jurídicos. Se añade que la condena solo se sustenta en la declaración de la supuesta víctima y la pericial de la Sra. Tania , sin que la acusación hubiese probado los agasajos o el pago de las facturas de hotel y el extremo referido a que se le dijo al acusado que no desembalara los cuadros solo tiene apoyo en la declaración de éste y que es erróneo que también lo afirmara Juan ya que a preguntas del Ministerio Fiscal dijo que se desembalaron pero que el no vio si los cuadros se confrontaron con alguna fotografía.

En relación al valor de los cuadros se dice que la sentencia no explica las razones por las que se desecha la pericial de D. Alberto

Se alega, en segundo lugar, que el relato fáctico presenta una posibilidad pero no la única. Existiendo elementos para concluir de modo distinto a como lo ha hecho la Sala de instancia. Se dice que las pruebas que señala la sentencia no desvirtúan la razonabilidad de la interpretación que hace la defensa y se reitera que debió atenderse a la pericial de D. Alberto .

El Tribunal de instancia, en el segundo de sus fundamentos jurídicas, señala que, en síntesis, el hecho que se enjuicia consistía en conseguir, por parte de los acusados, que Juan Antonio les hiciera un préstamo de 400.000 euros que no tenían intención de pagar y para convencerle que le devolverían inmediatamente ese dinero le entregaron a modo de garantía unos cuadros que los acusados decían valorados entre 950.000 y 2.000.000 de euros cuando en realidad han sido tasados en 36.800 euros.

Y a continuación se hace referencia a las pruebas que han permitido construir el relato fáctico y señala, además de la declaración del Sr. Juan Antonio , las depuestas por los propios acusados que no cuestionan que dicho señor hizo entrega de los 400.000 euros y que Segundo se los había pedido pues le faltaba liquidez para la adquisición de los cuadros que constan a los folios 52 a 57 del Tomo I, numerados del 13 al 31, como reconocieron los acusados Segundo y Tomás en sus declaraciones. Se añade que tampoco existe controversia sobre la entrega de los cuadros referidos que son transportados por Juan y Jose Manuel hasta las dependencias del Club D'Angelo donde son depositados contra la entrega a Tomás de 400.000 euros por parte de Juan Antonio . Así lo declara el propio perjudicado y lo corroboran las declaraciones de Juan , Jose Manuel y Tomás . Se sigue diciendo que la controversia surge en cuanto al concepto por el que se entregan los 400.000 euros. El Sr. Juan Antonio afirma que es en concepto de préstamo a Segundo , y éste sostiene que esa cantidad es parte del precio de la compraventa de los cuadros por parte de ambos y que incluso Juan



Antonio era quien ya tenía terceros compradores a quienes revender los cuadros, con apoyo en el documento que obra al folio 167 de las actuaciones.

Hechas estas precisiones, el Tribunal de instancia otorga credibilidad a las declaraciones del Sr. Juan Antonio y se dice que vienen corroboradas en los extremos antes señalados por los propios acusados y otras pruebas practicadas.

Así, en relación al concepto por el que se entregan los 400.000 euros, la realidad del préstamo se dice que viene corroborada por la declaración ante la policía de Tomás, que fue ratificada a presencia judicial al folio 49 del tomo II de las actuaciones, donde declara que cuando Juan Antonio le entregó el dinero en Alicante le indicó que era un préstamo que le hacía a Segundo y en su declaración judicial afirma que la venta la pacta con Segundo. Sigue señalando el Tribunal de instancia que el engaño que movió al Sr. Juan Antonio a entregar esa importante cantidad era el depósito en su poder de cuadros de gran valor en cuanto podrían alcanzar hasta 2.000.000 de euros por lo que le hicieron creer que en breve se le devolvería el dinero prestado lo que no pensaban hacer, y previamente se planificó una puesta en escena engañosa para impresionar al Sr. Juan Antonio del nivel económico en el que se movía el acusado Segundo y convencerle para que hiciera entrega del dinero. Así se señala la invitación de su estancia en Marbella en una suite de un hotel de cinco estrellas, la entrega al Sr. Juan Antonio de una importante cantidad por un cuadro que carecía de valor al haber sido recogido por un empleado suyo en un contenedor de Alicante, y fue tanta la confianza económica que le inspiró Segundo que llegó a entregar una señal de 100.000 euros para la compra de un hotel a medias, valorado en varios millones de euros, sin que el acusado recurrente hiciera aportación alguna.

En la sentencia recurrida se dice que cuando el Sr. Juan Antonio cree estar tratando con importantes hombres de negocios es cuando Segundo le pide ayuda en la negociación de la compra de una serie de pinturas de elevadísimo valor (2.000.000 de euros). Dicha colaboración consiste en hacer creer al posible vendedor que el Sr. Juan Antonio está interesado en la compra y una vez que el Sr. Juan Antonio accede a entrar en dicha negociación, el presunto vendedor, que es el acusado Tomás, rebaja sorprendentemente el precio hasta 950.000 euros. Los acusados hacen creer al Sr. Juan Antonio que han conseguido una oportunidad única, pues le comenta Segundo que tiene unos compradores para los cuadros que le iban a dar más de dos millones de euros y en tal situación es cuando Segundo convence al Sr. Juan Antonio de que carece de liquidez momentánea y le pide que le preste 400.000 euros que le devolverá de inmediato y le ofrece quedarse con los costosísimos cuadros en depósito.

El Tribunal de instancia otorga mayor rigor, en la valoración de los cuadros que se utilizaron para convencer al Sr. Juan Antonio, al dictamen emitido por la perito designada por el Juzgado, Doña. Tania, dictamen que los valora en 36.800 euros, siendo parecida la tasación efectuada por el perito designado por el perjudicado y mucho mayor la que se realiza por el perito designado por el acusado recurrente.

Sigue razonando el Tribunal de instancia que la argucia urdida por los acusados se extiende incluso a la procedencia de los cuadros ya que se niega toda credibilidad al testimonio depuesto por Santiago como al documento manuscrito aportado en el plenario dada la absoluta falta de acreditación de su fecha de confección frente a lo declarado por el coacusado Juan, quién ha afirmado que los cuadros objeto de las presentes diligencias siempre estuvieron en poder de Segundo, ya en la tienda de Marbella, ya en la exposición de Canarias y que los conocía desde que entró a trabajar con Segundo, unos dos años antes, y que fue él personalmente quien los embolsó envolviéndolos con mantas y precintos. Por todo ello, el Tribunal de instancia señala que queda acreditada la falsedad de la supuesta compraventa que se decía efectuada por Santiago al también acusado Tomás y de este último a Segundo.

El examen de esta Sala de casación, cuando se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia, debe ceñirse a la supervisión de que ha existido prueba de cargo, la comprobación de que la actividad probatoria se ha practicado con todas las garantías y que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada, así como el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante.

Respecto al valor que ha de otorgarse a la declaración del perjudicado, es cierto que esta Sala ha señalado reiteradamente, como se señala por el Tribunal de instancia, que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal compruebe la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia



de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 L.E.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Cfr. STS 1029/1997, de 29 de diciembre ,)

En el presente caso, además de que el Tribunal de instancia ha explicado racionalmente el proceso que le ha permitido otorgar plena credibilidad a la declaración de la víctima, puede afirmarse la concurrencia de los demás requisitos que se dejan expresados para fundamentar el relato fáctico y la sentencia condenatoria.

Así lo expone el Tribunal sentenciador en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida.

En primer lugar, la ausencia de móviles espurios de la víctima, viene afirmada por el Tribunal de instancia en cuanto no consta acreditada ninguna relación previa de enemistad ni resentimiento salvo la natural reacción al saberse engañado y perjudicado económicamente por el recurrente y los otros acusados.

En segundo lugar, le otorga verosimilitud a su testimonio, que no presenta contradicciones relevantes y viene avalado por múltiples corroboraciones como son las declaraciones de los coacusados a los que se ha hecho antes referencia, con especial mención de lo afirmado por los acusados Tomás y Juan y el dictamen pericial sobre el valor de los cuadros que fueron utilizados como señuelo para conseguir la entrega de tan importante suma de dinero.

En tercer lugar, la persistencia en la incriminación existe por haber mantenido su versión en todas las declaraciones en sede policial y judicial, así como por haber concretado aspectos sustanciales que han ofrecido coherencia suficiente a juicio del Tribunal sentenciador.

El ánimo de no pagar, sobre el que se razona en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, se infiere sin duda de las conductas y datos objetivos que se describen en los hechos que se declaran probados, sin que sea imprescindible que ese ánimo sea expresamente expuesto en el relato fáctico.

No se debe olvidar que es al Tribunal de instancia al que corresponde valorar las pruebas practicadas y así lo ha hecho, otorgando mayor rigor al informe pericial emitido por la perito judicialmente designada y descartando, por incompatibles, otras versiones ofrecidas por los acusados sobre los hechos acaecidos.

En conclusión, la sentencia recurrida recoge una valoración del material probatorio que no permite calificar su conclusión como absurda, ilógica o arbitraria o abiertamente contraria a la lógica y la experiencia, sin que esta Sala, pueda variar la convicción racionalmente valorada.

Ha existido pues, prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 249 y 250.5º del Código Penal .

Se dice que no existe nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado, en la hipótesis de la sentencia, y el perjuicio experimentado por el Sr. Juan Antonio , habiendo incumplido éste la obligación de reaccionar diligentemente frente al engaño del que estaba siendo objeto y se alude al principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Se añade, entre otros extremos, que el denunciante era consciente de que los cuadros no valían 950.000 euros y no obstante ello, pasados unos días decidió prestar a Segundo los 400.000 euros por lo que no guardó la diligencia que le era debida.

El delito de estafa precisa como elementos esenciales los siguientes: 1) un engaño precedente o concurrente; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real; 4) un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima y 6) ánimo de lucro.

Y en los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, dado el cauce procesal esgrimido, aparecen descritos los datos que sustentan la concurrencia de los elementos que caracterizan al delito de estafa.



Ha habido un engaño bastante, al crear los acusados una puesta en escena que no respondía a la realidad, con entidad para que el perjudicado confiara en la solvencia de quien le solicitaba un préstamo, aparentemente garantizado, cuando todo respondía a fabulación planificada para conseguir error en el perjudicado con la consiguiente entrega de una importante suma de dinero, con evidente el ánimo de lucro.

El nexo causal que se cuestiona en el motivo surge sin dificultad del relato fáctico ya que la mendacidad de las maniobras planificadas por los acusados para crear error en el perjudicado fueron bastantes para que se produjera el desplazamiento patrimonial.

La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo no es aplicable al supuesto que ahora examinamos.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 319/2013, de 3 de abril, que una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas mínimas dosis de confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extrema y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción.

En el caso no se trata de un error burdo, fantástico o incapaz de mover la voluntad de personas normales intelectualmente, sino que se logró un conocimiento deformado de la realidad por causa de las maquinaciones mendaces de los acusados, idóneas para la consecución del fin perseguido.

Por todo lo que se deja expresado el motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Tomás

PRIMERO. - En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo que determine la comisión de un delito de estafa por parte del recurrente y que la sentencia recurrida solo se sustenta en la declaración del denunciante que se dice no es rotunda ni unívoca, por lo que no se justifica, con prueba contundente, la intervención del recurrente.

El Tribunal de instancia describe en los hechos que se declaran probados la participación del ahora recurrente en las maquinaciones y operaciones mendaces que se planificaron para inducir a error al perjudicado y conseguir que entregara una importante suma de dinero.

Así, el acusado Segundo convenció al perjudicado para que le ayudara a convencer a Tomás, al que se refirió como un supuesto millonario de Granada, para que le vendiera unos cuadros muy valiosos y así se reunieron en el Hotel Palace de Madrid donde se exhibieron unos fotografías de los cuadros y se manifestó que uno de ellos era de "Zurbarán" y Tomás pidió inicialmente 2.000.000 de euros y tras una fingida negociación se redujo el precio a 950.000 euros. El acusado Segundo le pidió prestados 400.000 euros por no tener liquidez y que él pagaría el resto a Tomás en dos pagarés, uno de 200.000 euros y otro de 350.000 euros. El día 8 de febrero de 2007 Tomás acudió al local del perjudicado en Alicante y allí junto a Juan y Jose Manuel hicieron entrega de los cuadros y recibió del perjudicado los 400.000 euros.

El Tribunal de instancia tras valorar las declaraciones tanto del perjudicado como las de los acusados alcanza la convicción, perfectamente lógica y de ningún modo arbitraria, de que el ahora recurrente era "el cebo" en la maquinada operación para obtener dinero del Sr. Juan Antonio y se presenta como el propietario de unos cuadros que inicialmente dice que valen 2.000.000 de euros, rebajándose en la misma reunión hasta 950.000 euros, propiedad que el Tribunal de instancia rechaza, tratándose de otro de los elementos de las maniobras mendaces en las que se habían concertado los acusados, ya que las declaraciones del coacusado Juan son bien esclarecedoras afirmando que los cuadros estaban hace años en posesión de Segundo y que le indicaron que no dijera el lugar donde se había cargado los cuadros en el camión en el que se iban a transportar hasta Alicante. Es asimismo significativo que los dos pagarés que se decían entregados a Tomás no se abonaron y la reclamación judicial se realizó años después cuando ya estaba muy avanzada la tramitación de estas diligencias penales, como igualmente se razona por el Tribunal de instancia la inveraz versión ofrecida por el ahora recurrente de que los cuadros más valiosos los tenía en depósito y que su propietario era el Sr. Santiago, cuya declaración no ofreció ninguna credibilidad al Tribunal de instancia, no presentando datos convincentes sobre su adquisición y tampoco se atribuyó veracidad al documento sin fecha cuya aportación se hizo en el acto del juicio oral, con el que se pretendía justificar esa titularidad.



Así las cosas, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas de cargo, legítimamente obtenidas, que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 249 y 250.5º del Código Penal.

Se dice que no tiene más relación que ser propietario de una serie de obras de arte que son objeto de venta y que ninguna actuación "eficiente" se le imputa en los hechos probados, y que nunca ha procedido de acuerdo con los otros acusados con el propósito de defraudar.

Añade, en defensa del motivo, que el engaño debe ser precedente o concurrente y bastante y en este caso las condiciones de la venta se concertaron en Madrid el 5 de febrero 2007 y es el 8 cuando se entrega el dinero en Alicante, y el llamado "paripé" se realizó fuera del ámbito propio del denunciante cuando pasados tres días, con pleno control, con posibilidad de sopesar lo acaecido tres días antes, el Sr. Juan Antonio decide entregar la suma de dinero. Por otra parte el único engaño que se atribuye al recurrente es haber rebajado el precio y se dice que en el pleno quedó acreditado que valor de los cuadros era de varios millones de euros.

El motivo se presenta en franca contradicción con los hechos que se declaran probados que deben ser rigurosamente respetado al formalizarse por el cauce del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se describe el papel relevante que tuvo el ahora recurrente en las maniobras mendaces en las que se concertó con el acusado Segundo para provocar error en el perjudicado y conseguir el desplazamiento patrimonial.

Han concurrido los elementos que caracterizan el delito de estafa como se razonó para rechazar el recurso del también recurrente Segundo, que son de dar por reproducidas.

En nada se desvirtúa esas conductas engañosas por el hecho de que la entrega del dinero se efectuara días después del encuentro que tuvieron en Madrid, máxime cuando el ahora recurrente también intervino en esa entrega.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que del documento aportado al plenario se deduce la titularidad de los cuadros por lo que no es cierto que los cuadros no perteneciesen al recurrente.

Y que ninguna mención se hace en la sentencia sobre falta de credibilidad del Sr. Santiago que fue el firmante del documento privado traslativo de los cuadros lo que ratificó en el plenario, en cambio sin justificación se otorga más valora a la declaración del coimputado Sr. Juan cuando dice que los cuadros siempre estuvieron en poder de Segundo.

El motivo no puede prosperar.

Son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas

Y eso de ningún modo se infiere del documento aportado al plenario ni de la declaración del Sr. Santiago, ya que el Tribunal de instancia ha podido valorar otras pruebas que desvirtúan lo pretendido con ese documento, que carecía de los elementos precisos para otorgarle veracidad y lo mismo se puede afirmar de las declaraciones del Sr. Santiago, que carecen de naturaleza documental, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, cuya valoración corresponde al juzgador de instancia, como así se ha hecho, no otorgándose credibilidad alguna.

No ha quedado acreditado documentalmente, con autonomía probatoria, que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error en la valoración de la prueba.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Jose Manuel

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución.



Se denuncia la inexistencia de un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe el derecho a la presunción de inocencia así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por entender que la sentencia lleva a una valoración unidireccional de la prueba practicada con preterición de la prueba incompatible con esa valoración. Asimismo se alega que la condena del ahora recurrente se basa única y exclusivamente en la declaración testifical del propio denunciante sin que exista dato o elemento, ni siquiera indiciario que venga a ratificar lo que manifiesta el denunciante. Se añade que se le condena por delito de estafa no porque haya engañado a Juan Antonio ni se haya lucrado con algún importe sino simplemente porque éste afirma que no le reconoció que su jefe le había estafado y que le hablaba bien del mismo y que no hay nada más. El hecho de que llevara cuadros junto con el otro acusado absuelto no tiene porqué estar al tanto de la compraventa o del préstamo o de lo que fuera que realizaron su jefe y Juan Antonio que no hay que olvidar llegaron a firmar un contrato que, curiosamente, se omite en la sentencia, pese a que no hay duda alguna de la existencia y realidad del mismo (folio 167 del Tomo III).

Entre otros extremos se hace referencia al argumento de la sentencia de que fue el recurrente quien dijo al denunciante que no desembalara los cuadros cuando el propio Juan Antonio sostiene que quien se lo dijo fue Segundo como consta al folio 16 -denuncia-, al folio 100 del Tomo I-declaración del Sr. Juan Antonio en Comisaría-, al folio 51 del Tomo III -conversación telefónica que el Sr. Juan Antonio mantuvo con una señora llamada Pilar. También se señala que hay inexactitudes en cuanto unas veces se le designa como socio, otras como empleado y otras como hombre de confianza. También se alega, en contra de lo que dice la sentencia que el ahora recurrente no ha reconocido que dijera que Juan Antonio no desembaló los cuadros cuando basta leer esa declaración del folio 348 del Tomo III para comprobar que eso no es veraz.

Respecto a la segunda invocación, se dice vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no haberse valorado que los otros acusados pusieron de manifiesta que el ahora recurrente no tuvo intervención alguna en la operación de los cuadros, limitándose como empleado de Segundo a transportar los cuadros a Alicante junto con el acusado y luego absuelto Juan . Y que pese a la existencia de un contrato de compraventa firmado por Juan Antonio y Segundo , obrante al folio 103, del Tomo I, prácticamente nada se dice de eso salvo lo que se expresa en el penúltimo párrafo de los hechos que se declaran probados. También se denuncia que no se valorara la pericial de D. Alberto y se realiza, a continuación, una propia valoración de otras pruebas, señalándose que también omite la sentencia que no hubo una sola entrega de cuadros sino dos y ambos entregados al denunciante en Alicante y que tanto uno como otros cuadros los sigue teniendo el denunciante.

El motivo debe ser desestimado.

En los hechos que se declaran probados se recoge que el ahora recurrente auxilió al que llama su jefe Segundo a agasajar a Juan Antonio y asimismo se declara probado que coincidió con los coacusados Tomás y Juan cuando acudieron al denominado "Club D'Angelo" de Alicante, propiedad de Juan Antonio , donde se depositaron los cuadros y a su presencia se entregó por el perjudicado los 400.000 euros.

Estos hechos quedan acreditados por las declaraciones del perjudicado y de los propios acusados, reconociendo el coacusado Segundo que las invitaciones eran por cortesía a quien viaja al lugar donde él se encuentra y las circunstancias en las que se hizo la entrega de los 400.000 euros y las personas que se encontraban presentes es algo reconocido por todos los acusados, con las precisiones que se hacen por el perjudicado. Queda asimismo admitido que el ahora recurrente acompañó a Segundo en muchos de los encuentros con Juan Antonio , incluidas las gestiones para la adquisición de un hotel, como igualmente han reconocido su presencia en las tiendas de las que era titular Segundo , con quien viene trabajando desde hace muchos años. También ha quedado acreditado que no estuvo presente en el encuentro que se celebró en Madrid y en el que se convenció a Juan Antonio para que efectuase el préstamo de 400.000 euros.

Utiliza en su defensa varias de las alegaciones que se han efectuado por los dos recurrentes anteriores, y sobre las que se ha dado respuesta al examinar esos recursos. Con relación a las condiciones en las que se depositaron los cuadros, el ahora recurrente reconoce en su declaración en el Juzgado, obrante al folio 347 del Tomo III, que se pudo ver los cuadros porque en algunos el embalaje estaba roto, y respecto al motivo por el que el perjudicado se prestó a firmar un documento días después de haberse entregado los 400.000 euros es un tema que según la declaración del perjudicado y los razonamientos expresados en la sentencia recurrida, respondía al deseo manifestado por el perjudicado de que constase en algún documento que se había efectuado esa entrega. Sobre ello y sobre el mayor rigor que se otorga al informe pericial emitido por Doña. Tania y sobre el alcance de las declaraciones del coacusado Juan se pronuncia el Tribunal de instancia haciendo uso de la competencia que le corresponde en la valoración de la prueba. Resulta irrelevante, a los efectos de la presunción de inocencia, que se hubieran efectuado dos entregas de cuadros y que estos se mantengan en poder del perjudicado.



Así las cosas, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas obtenidas legalmente que le han permitido construir el relato fáctico de la sentencia recurrida y que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

Cuestión distinta es la calificación jurídica de los hechos que se declaran probados en relación a este recurrente que es cuestión a examinar con el siguiente motivo.

SEGUNDO .- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 248 del Código Penal .

Se alega, en defensa del motivo, que los hechos que se declaran probados no describen que el ahora recurrente hubiese intervenido en las maniobras engañosas ni que se hubiese enriquecido por ello, estando ausente el ánimo de lucro.

Como se ha dejado expresado al examinar el anterior motivo, el relato fáctico de la sentencia recurrida recoge que Jose Manuel auxilió a Segundo a agasajar a Juan Antonio y asimismo se declara probado que con los coacusados Tomás y Juan acudió al denominado "Club D'Angelo" de Alicante, propiedad de Juan Antonio , para depositar los cuadros y a su presencia se entregó por el perjudicado los 400.000 euros.

El Tribunal de instancia reconoce que la conducta de los coacusados Segundo y Tomás es de mayor protagonismo, por ser los supuestos comprador y vendedor en la ficticia transacción, y se refiere al ahora recurrente señalando que la actividad desplegada venía a refrendar la autoridad, seriedad, buen hacer y riqueza del Sr. Segundo para convencer al perjudicado y que en su condición de hombre de confianza de Segundo , por su delegación, intervino en la supervisión del transporte y entrega de las mercancías, que sabía que los cuadros no pertenecían a Tomás sino que procedían de la tienda de Segundo y pese a ello colabora en la operación desplazándose con Juan y Tomás con los cuadros hasta Alicante y que estuvo presente en la entrega de los 400.000 euros.

Queda esclarecido que el ahora recurrente auxilia a quien llama su jefe en los actos que se realizan para impresionar al perjudicado y especialmente colabora, siguiendo las instrucciones de Segundo , en la entrega de los cuadros que era el señuelo utilizado para que se entregasen los 400.000 euros y la convicción que alcanza el Tribunal de instancia de que estaba impuesto de toda la operación fraudulenta que controlaba Segundo no es arbitraria atendida su proximidad a las actividades de éste.

No obstante ello y permitiéndolo el presente motivo por infracción de ley, surge la cuestión de si el ahora recurrente goza del dominio propio de la coautoría o por el contrario su aportación no supera los límites de la complicidad.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1216/2002, de 28 de junio , que la complicidad requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuuandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (Cfr. Sentencia de 24 de abril de 2000).

Por el contrario, serán coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.



Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

Así viene recogido en la jurisprudencia de esta Sala en la que también se afirma que en la coautoría todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor. Unas de carácter subjetivo como es la decisión conjunta y otras de carácter objetivo como son el co-dominio del hecho y la aportación al hecho en la fase ejecutiva. Ese común acuerdo o decisión conjunta permitirá conectar unas aportaciones a otras, en razón a la división de funciones dentro del conjunto que integra la realización del tipo. El co-dominio del hecho supone que todos y cada uno de los intervinientes dominan el hecho. Para una conceptualización correcta de la coautoría es preciso tener en cuenta las siguientes reglas: sin aporte no es posible coautoría; cualquier aporte no da lugar a la coautoría; y no todo común acuerdo configura una coautoría. Es preciso el dominio del hecho con todos los requisitos que lo conforman. También ha de tenerse en cuenta que el aporte debe ser esencial, y ello no quiere decir que sea causal. Y ese aporte debe ser en la fase ejecutiva, es decir, su contribución debe tener lugar en el momento de la realización del tipo ya que de otro modo no se podría afirmar el dominio del hecho. El mismo aporte durante la preparación daría lugar a la cooperación necesaria y los demás aportes que no sean esenciales, tanto durante la ejecución como durante la preparación deberán considerarse complicidad (Cfr. Sentencia 370/2007, de 23 de abril).

Y si aplicamos la doctrina jurisprudencial expuesta a la conducta que se atribuye al ahora recurrente puede afirmarse que ha participado prestando su cooperación voluntaria para el éxito del plan delictivo de su jefe, sin que su aporte pueda calificarse de esencial o imprescindible, y sin que pueda atribuírsele el dominio funcional del hecho propio de la coautoría. Es bien expresiva, a estos efectos, la declaración depuesta por el perjudicado que puede leerse en el acta del juicio oral unido al Rollo de Sala y en la que, refiriéndose a Jose Manuel , dice " Jose Manuel no estaba en el paripé y en el Club tampoco estaba, Jose Manuel aparece en el asalto final".

Así las cosas, no concurren en el recurrente los elementos precisos para poder sustentar la calificación de coautor en el delito de estafa y si los que caracterizan la participación como cómplice, en conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Código Penal .

Con este alcance el motivo debe ser parcialmente estimado.

TERCERO .- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se expresan como argumentos para sustentar el error en que se dice ha incurrido el Tribunal de instancia que el recurrente no es socio sino mero empleado del Sr. Segundo , que nunca ha auxiliado ni ayudado a nadie para cometer el delito, que no convenció a Juan Antonio para que no desembalara los cuadros y señala como documentos las denuncia del citado Juan Antonio obrante al folio 16 del Tomo I, la declaración de este en Comisaría folio 100 Tomo I; la conversación telefónica entre Sr. Juan Antonio y una señora llamada Pilar, obrante al folio 51 del Tomo III. Y para negar el engaño se señala el documento de contrato privado obrante al folio 167 Tomo I que está reconocido por el propio Sr. Juan Antonio .

Es de reiterar, como se ha expresado al examinar otro recurso, que es doctrina de esta Sala que las declaraciones de testigos carecen de naturaleza documental, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, cuya valoración corresponde al Tribunal sentenciador. En todo caso, la denuncia, las declaraciones y las conversaciones del perjudicado no acreditan error en el Tribunal de instancia, careciendo de trascendencia, a los efectos que examinamos en el presente recurso, que el ahora recurrente, además de ser empleado del Sr. Segundo , pudiese ser o no socio de sus negocios.

Es asimismo jurisprudencia de esta Sala que para que pueda prosperar el motivo de casación que ahora examinamos se exige, como requisitos, los siguientes: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente 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.

En definitiva, son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

Y en el presente caso, rechazadas como documentos las declaraciones ya estén integradas en una denuncia o en una conversación telefónica, solo queda el documento que obra al folio 167 de las actuaciones y ese documento de ningún modo permite sustentar, por su propia autonomía probatoria, que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error en la valoración de la prueba, al contrario, ha entrado en su consideración y ha explicado las razones de su otorgamiento, explicación que se muestra acorde con lo manifestado por el perjudicado.

En consecuencia, no queda documentalmente acreditado que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error y el motivo debe ser desestimado.

III. FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuestos por los acusados **Segundo Y Tomás** , contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 22 de octubre de 2012 , en causa seguida por delito de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas con sus recursos.

Y DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por el acusado **Jose Manuel** , contra mencionada sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas de este recurrente. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil trece.

En el Procedimiento Abreviado incoada por el Juzgado de Instrucción número 9 de Alicante con el número 130/2010 y seguido ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta misma capital por delito de estada y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 22 de octubre de 2012 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección Primera de Alicante.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del tercero, que es complementado por el fundamento jurídico segundo del recurso formalizado por el acusado Jose Manuel de la sentencia de casación.

Conforme se expresa en ese fundamento jurídico de la sentencia de casación, el acusado Jose Manuel no es coautor sino cómplice del delito de estafa y consiguientemente, acorde con lo previsto en el artículo 63 del Código Penal , procede imponer la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito, por lo que se debe sustituir la pena que le fue impuesta, en la sentencia recurrida, de tres años y cinco meses de prisión y multa de nueve meses, por la de DIEZ MESES DE PRISIÓN y MULTA DE CINCO MESES,



que se considera adecuada y proporcionada a la cuantía defraudada, manteniéndose la cuota diaria de doce euros y las accesorias impuestas en la sentencia de instancia. Respecto a la responsabilidad civil se mantiene la indemnización de cuatrocientos mil euros a favor de Juan Antonio , si bien habrá que estar a lo previsto en el artículo 116 del Código Penal , y acorde con lo que se dispone en la Sentencia de esta Sala 318/2003, de 7 de marzo , en un supuesto similar, parece lógico entender que la cuantía de la cuota venga determinada por la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales en la producción del perjuicio a indemnizar. Quienes han sido condenados como coautores son, sin duda alguna, los principales causantes de los perjuicios a reparar, en porcentaje muy superior al del cómplice al que se considera auxiliar de los coautores y partícipe secundario por lo que parece equitativo que una cuota del 45% sea a cargo de cada uno de los dos coautores, que serán responsables solidarios entre sí por sus cuotas, y el 10% restante sea la que hemos de asignar al cómplice. Todo esto, evidentemente, en cuanto a las relaciones internas entre los tres responsables penales, pues frente al perjudicado los tres han de responder por el total de la indemnización, con aplicación, en su caso, de las reglas establecidas en el artículo 116 del Código Penal .

III. FALLO

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, se deja sin efecto la condena de **Jose Manuel** como autor de un delito de estafa y se le condena como cómplice de ese mismo delito, sustituyéndose la pena que le fue impuesta en la sentencia recurrida de tres años y cinco meses de prisión y multa de nueve meses, por la de **DIEZ MESES DE PRISIÓN y MULTA DE CINCO MESES** , manteniéndose la cuota diaria de doce euros y las accesorias impuestas en la sentencia de instancia. Respecto a la responsabilidad civil habrá que estar a lo previsto en el artículo 116 del Código Penal y con el alcance que se determina en la segunda sentencia de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Carlos Granados Perez

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