

Roj: **STS 286/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:286**Id Cendoj: **28079120012017100073**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2017**Nº de Recurso: **765/2016**Nº de Resolución: **55/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GR 82/2016,**
STS 286/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Esteban** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, por delito de falsedad en documento mercantil y estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. González Fernández; siendo parte recurrida **Heraclio**, representado por el Procurador Sr. Torres Alvarez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Granada, incoó Procedimiento Abreviado nº 19/13, seguido por delito de falsedad en documento mercantil y estafa, contra **Esteban**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, que con fecha 28 de Enero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS: Que Heraclio es cliente de la entidad Caixa Galicia, hoy NCG Banco S.A. y es titular de la cuenta bancaria nº NUM000 y NUM001, abierta en la Oficina Urbana nº 1 de Almería, siendo su director el acusado Esteban. Con dicha entidad mantiene un contrato de cuenta corriente y un préstamo con garantía hipotecaria que formalizó con el director de la sucursal, Esteban, que actuaba en representación de la entidad bancaria, en fecha 16 de Octubre de 2.008, ante el notario de Granada Dña. M^a del Pilar Fernández-Palma Macías, con nº de Protocolo 2.810. Desde el día 1 de junio de 2.009 se le efectúan periódicamente salidas de cantidades de las referidas cuentas en concepto de liquidación de coberturas T.I.- Heraclio interpone demanda de juicio verbal de reclamación de cantidad (3.135'29 euros al momento de presentación de la demanda) contra la Caja de Ahorros de Galicia, en reclamación de las cantidades que en dicho concepto le descuenta la entidad y que no tienen apoyo en contrato alguno. Se turna al juzgado de 1^a Instancia nº 12 de Granada que incoa juicio verbal nº 2065/10 y se señala el juicio para el día 15 de Junio de 2.011 al que asisten ambas partes.- Esteban en su condición de director de la oficina que la entidad bancaria Caixa Galicia (hoy NCG BANCO S.A) tiene en Almería, compareció al juicio oral y aportó una fotocopia de un contrato de cobertura de riesgo de tipos de interés, en la que incorporó mediante escaneo las firmas de Heraclio y Lucía, de las que disponía la Entidad Bancaria, ya que tenía sus fechas de clientes.- Apoyándose en dicho documento, en la declaración testifical del testigo Esteban y de que Heraclio dijo que la firma que aparecía en dicha fotocopia escaneada era suya, la juez a quo dicta sentencia desestimando la demanda.- El original del supuesto contrato de coberturas de tipos no ha sido aportado por la entidad Bancaria". (sic)



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

"FALLO: Debemos condenar y condenamos al acusado Esteban como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad en documento mercantil del Art. 392 en relación con el Art. 390.1, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión y seis meses de multa con una cuota diaria de 15 euros con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53.3 del Código Penal y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y como autor responsable de un delito de estafa procesal del art. 250.1.7ª del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y seis meses de multa con una cuota diaria de 15 euros con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53.3 del Código Penal y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Esteban, 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 del recurrente formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.2º LECriminal .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.2º LECriminal .

TERCERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

CUARTO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

QUINTO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 12 de Enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 28 de Enero de 2016 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Granada, condenó a Esteban como autor de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 Cpenal en relación con el art. 390-1º del Cpenal, en concurso ideal con un delito de estafa procesal del art. 250.1-7º Cpenal, sin circunstancias a las penas y demás pronunciamientos fijados en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que Heraclio con fecha 16 de Octubre de 2008, suscribió ante el Notario citado en el hecho probado un contrato de cuenta corriente y un préstamo con garantía hipotecaria que formalizó con el director de la sucursal urbana nº 1 de Almería de Caixa Galicia, Esteban, quien actuaba en representación de la citada entidad bancaria.

Con posterioridad Heraclio interpuso una demanda de juicio verbal de reclamación de cantidad –3.135'29 euros–, al momento de la presentación de la demanda contra Caixa Galicia, por el concepto de cantidades indebidas que descontó la entidad bancaria sin ninguna justificación. Turnada la demanda a los Juzgados de Primera Instancia, le correspondió al nº 12 de los de Primera Instancia de Granada que señaló juicio para el día 15 de Junio de 2011, asistiendo las partes.

El ahora condenado/recurrente, Esteban, en su condición de director de la oficina compareció en el juicio oral y aportó una fotocopia de un contrato de cobertura de riesgos de interés en el que se incorporó mediante escaneo la firma de Heraclio y Lucía, de las que disponía la entidad bancaria ya que tenía sus fichas en su condición de clientes.

El Juez de Primera Instancia del Juzgado nº 12, con fecha 15 de Junio de 2011 dictó sentencia desestimando la demanda apoyándose en la declaración del testigo Esteban –el director de la sucursal– y que el actor reconoció como suya la firma escaneada que aparecía en el contrato de cobertura de tipo de interés.

El original del supuesto contrato de cobertura de tipos *no ha sido aportado* por la entidad bancaria.

Contra la expresada sentencia se ha presentado recurso de casación por parte del condenado en la instancia, el que lo desarrolla a través de **cinco motivos**, a los que se pasa a estudiar seguidamente.



Segundo.- Abordamos, *conjuntamente*, los **motivos primero y segundo** del recurso, ambos encauzados por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal dada la relación que tienen las cuestiones que se suscitan.

En el **motivo primero**, el recurrente dice que el Tribunal sentenciador incurrió en error en la identificación del documento en el que se dice que se cometió la falsificación en la escritura de préstamo hipotecario protocolizado notarialmente. Se dice en el f.jdco. segundo de la sentencia que se señalan diversos documentos, pero ninguno fue presentado en la notaría, es más no obra ningún contrato de cobertura de tipo en las actuaciones sin que tenga la firma de los prestatarios.

En el **motivo segundo** se dice que el Tribunal incurre en error al identificar el documento supuestamente falsificado y que fue exhibido y visionado en el Plenario por la Brigada de Delitos Económicos de la Policía Nacional.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado de *error facti*, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre otras STS 762/2004 de 14 de Junio, 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre, 192/2006 de 1 de Febrero, 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo, 835/2006 de 17 de Julio, 530/2008 de 15 de Julio, 342/2009 de 2 de Abril, 914/2010 de 26 de Octubre, 685/2013 de 24 de Septiembre y 875/2014, entre otras--.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...*", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, tampoco tiene carácter documental a los efectos de este cauce casacional el soporte audiovisual en el que se haya podido grabar el acta del juicio o cualesquiera declaraciones testimoniales o de imputados, ni tampoco las fotografías, pues su contenido depende del lugar desde donde se toman, la luz del día, la calidad de la foto o el color, circunstancias que solo pueden ser valoradas por el Tribunal de instancia, que están en relación a ello es situación distinta por la inmediatez de que dispuso y de la que carece esta Sala Casacional.

Tampoco tienen naturaleza de documento casacional las diligencias de reconocimiento en rueda porque solo recogen las manifestaciones de quien las efectúa, que como tales son declaraciones personales -- STS 574/2004-- ni el acta de los registros domiciliarios ni las comparecencias de agentes policiales que intervinieron en las mismas, unas y otras son manifestaciones de las personas concernidas -- STS 950/2006 --.

También se pueden citar las SSTS 22/2000 ; 1553/2000 ; 335/2001 ; 284/2003 ; 196/2006 ; 766/2008 ; 195/2012 ; 365/2012 ; 545/2012 y entre las más recientes, 834/2014 y 875/2014 . *De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial* según la doctrina de esta Sala --SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre, nº 372/99 de 23 de Febrero, sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre --. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediatez y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -- SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre --.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.



6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de Junio .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de *citar expresamente el documento* de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo – art. 855 LECriminal – esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, *precisar los concretos extremos* del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí – SSTS 465/2004 de 6 de Abril , 1345/2005 de 14 de Octubre , 733/2006 de 30 de Junio , 685/2009 de 3 de Junio , 1121/2009 , 1236/2009 de 2 de Diciembre , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo , 691/2012 de 25 de Septiembre , 444/2013 de 16 de Mayo , 464/2013 de 5 de Junio , la ya citada 685/2013 de 24 de Septiembre , 994/2013 de 23 de Diciembre , 418/2014 de 21 de Mayo , 875/2014 de 15 de Diciembre y 395/2015 de 19 de Junio –.

Ya anticipamos que ninguno de los dos motivos puede prosperar ya que en definitiva, las cuestiones que se suscitan en modo alguno se corresponden con las alegaciones que se efectúa por el recurrente, ni existe documento alguno que acredite los pretendidos errores que se denuncian como cometidos por el Tribunal sentenciador.

En relación al primer motivo, y con el fin de eliminar todo confusiónismo documental, verificamos en este control casacional con el *examen directo* de las actuaciones la existencia de los siguientes documentos :

1- *Escritura de préstamo* con garantía hipotecaria suscrito por el recurrente, Esteban , en representación de la Caja de Ahorros de Galicia, como prestamista, y por Heraclio y Lucía como prestatarios, otorgado en la notaría de la Sra. Fernández-Palma Macías el 16 de Octubre de 2008 –folios 389 a 420, Tomo III de la Instrucción–.

2- En dicha escritura pública, hay *documentos unidos* y como tales y en lo que aquí interesa, obra el "otorgamiento de escritura oferta vinculante de préstamo hipotecario", así como "anexo a operación de riesgo. Garantía Hipotecaria" –folios 422 a 428, Tomo III–, obrante en la fotocopia de ambos documentos el sello del Notario, así como que los originales se expidieron en el papel exclusivo para documentos notariales. A señalar que en el *anexo a la operación de riesgo* , Garantía hipotecaria –folio 423– solo aparece la firma por parte de la Caja de Ahorros de Galicia, apareciendo *en blanco* el referente a los titulares/prestatarios .

3- Al folio 435 obra de nuevo el "anexo a operación de riesgo. Garantía Hipotecaria", si bien en la fotocopia *no está ni el sello de la notaría, ni el original del que se extrajo la fotocopia aparece redactado en papel exclusivo de documento notarial* . En esta fotocopia aparece de forma *incompleta* dos firmas relativas a los titulares/prestatarios, así como por la Caja de Galicia.

4- Al folio 435 del Tomo III, e igualmente al folio 176 del Tomo I aparecen las "condiciones generales del contrato de cobertura del riesgo de tipo de interés " .

Se trata de un *condicionado relativo a dicho contrato que al final contiene* –folio 435 vuelto, Tomo III y folio 177 del Tomo I–, en el apartado "El cliente" dos firmas y en el apartado "Por la Caja de Ahorros de Galicia" el sello y rúbrica. En definitiva se trata del mismo documento/fotocopia.

Este es el documento considerado falso por la sentencia al estimar que las firmas del apartado cliente fueron *escaneadas* por el recurrente utilizando las firmas auténticas de las fichas de clientes del banco. Es decir, no se escaneó el documento original, sino que se utilizó el clausulado del contrato tipo y se *añadió* las firmas escaneadas de los originales que obraban en las fichas de clientes del banco. Es decir se "*fabricó*" el documento concernido.

Y es en relación a este documento que se dice en el *factum* que *el original de tal contrato de cobertura* –que obviamente debía estar en el archivo del banco– *no ha sido presentado* .

Identificados los documentos, y sobre el *documento considerado como falsario por el Tribunal sentenciador y que fue el utilizado/presentado por el recurrente en el juicio verbal de reclamación de cantidad* siendo en base al mismo que se dictó sentencia absolutoria para el banco, se está en el momento de referirnos a la argumentación del Tribunal como paso previo a dar respuesta a los dos pretendidos errores en que se dice por el recurrente que incurrió dicho Tribunal.



Recordemos que en el *factum*, se dice que cuando la entidad bancaria se vio demandada por Heraclio que previamente había reclamado del banco ante el Servicio de Atención al Cliente –(véase escrito a los folios 56 y siguientes del Tomo I), la *devolución de las liquidaciones* que le efectuaba el banco y que consideraba *indebidas e injustificadas* –, aportó una *fotocopia* de un contrato de cobertura de riesgos de interés, en el que el recurrente escaneó las firmas de Heraclio y Lucía, firmas (auténticas) de las que disponía la entidad bancaria al tenerlas en sus fichas de clientes, y fue ante la presentación de tal documento que el Juez Civil desestimó la demanda instada contra el banco, y se añade en el hecho probado, que el banco *no ha presentado* en ningún momento el supuesto contrato original de cobertura de tipo de interés que se decía firmado por los actores.

En el *f.jdco. primero de la sentencia* se razona por el Tribunal de instancia a quo:

"...El contrato de cobertura de tipos es un instrumento financiero de cobertura del riesgo del tipo de interés que limita el posible incremento o la posible bajada del tipo de interés variable, fijando unos límites a la evolución de la variable. En el caso que enjuiciamos, al haber bajado el tipo de interés variable, el Banco le viene efectuando liquidaciones al prestatario pues se blindó la bajada de intereses y de esta forma la entidad bancaria, aunque bajó el tipo de interés variable, ha estado cobrando esa diferencia de interés, y de ahí las liquidaciones que periódicamente le hacen al prestatario, hoy denunciante.

El contrato de cobertura de tipos no ha sido aportado a las actuaciones, y estimamos que ello es debido a que dicho contrato no se firmó por los prestatarios, y no obstante la entidad bancaria, al bajo el tipo de interés, le ha estado realizando liquidaciones con sus correspondientes adeudos en la cuenta corriente. Cuando se ve demandada, como no dispone del contrato original para justificar esas liquidaciones, simplemente porque no se firmó dicho contrato, lo que hace es escanear la firma de los prestatarios, la cual estaba estampada en su ficha de cliente, fotocopia uno de los contratos de cobertura de tipos de que dispone, ya que en un contrato modelo, de adhesión, y le planta la firma escaneada de los prestatarios. La entidad bancaria demandada aporta a juicio oral esta fotocopia, y con ella logra convencer al juez de instancia que dicta sentencia desestimando la demanda....".

En el *f.jdco. segundo de la sentencia* se analizan los documentos relevantes al caso, y muy especialmente el obrante a los folios 176 y 177 del Tomo I "*contrato de cobertura de tipos*", que se encuentra repetido al folio 435 del Tomo III, como ya se ha dicho. Este es el documento esencial y fundamental y que sirve de fundamento para la calificación delictiva que se efectúa en la sentencia, como ya se ha dicho.

En tal sentido, carece de toda relevancia que dicho documento no fuera presentado en la notaría entre los documentos unidos a la escritura de cuenta corriente y préstamo con garantía hipotecaria. Es más, lo lógico es que no se presentara pues de acuerdo con la tesis que *fundadamente* se sostiene en la sentencia, *tal contrato no había sido firmado por los prestatarios*, y en esa situación, para salvar tal omisión relevante a los efectos del proceso civil fue que se escanearon sus firmas por el recurrente y se presentaron al proceso civil.

Por eso resulta cuando menos chocante, que se diga al finalizar la argumentación del motivo relativo al error que se dice cometido el Tribunal que *"no obra en las actuaciones ningún contrato de cobertura de tipos de interés sin la firma de los prestatarios"*.

Ciertamente, el contrato de cobertura de tipos de interés que –en fotocopia– obra a los folios ya citados –176 y 177 del Tomo I, repetido a los folios 435 y 436 del Tomo III– aparecen unas firmas de los prestatarios, *solo que el contrato no es original* –no existe tal contrato original– que las firmas fueron puestas mediante la *técnica del escaneo* por el recurrente *confeccionando* un documento falso y luego *presentarlo en el proceso civil*, y por ello, tal documento "*fabricado*" no fue el que obra como documentos unidos a la escritura pública.

Pasando al **motivo segundo** que también denuncia error del Tribunal en relación a que la prueba pericial efectuada por el Grupo de la Policía de Delitos Económicos en el sentido de que por el Inspector que redactó el informe obrante a los folios 507 y siguientes del Tomo III, habían visto una copia escaneada del contrato de cobertura de tipos con la firma del representante del banco pero *sin* la firma de los prestatarios, cuando en el ordenador de Tecnicasa Gestión Inmobiliaria S.A. donde se dice que se visionó tal documento, el mismo *no existe*, según se afirma por el recurrente. Al respecto hay que decir que con independencia que los folios citados –534 a 540– no acreditan el hecho negativo de que no estuviese en el ordenador tal contrato sin las firmas de los prestatarios, con lo que el motivo ya debería ser rechazado, *es lo cierto que lo acreditado en la pericial indicada es que a) el banco no ha aportado en ningún momento el original del contrato de cobertura de tipos de interés*, b) que las explicaciones sobre el *extravío* –precisamente– de dicho original no queda justificado a la vista de las *imprecisiones y vaguedades*, c) que existió una *contradicción* relevante entre lo declarado por el recurrente actual en el *proceso civil* en el que dijo que dicho contrato no fue firmado por los prestatarios en su presencia, para luego en el *proceso penal* decir que *si fue firmado* en su presencia, y d) que asimismo la entidad financiera ha dilatado los datos/documentos para la plena identificación de las personas intervinientes.



En definitiva, *procede por lo expuesto, el rechazo de los dos motivos estudiados* . No existió el error que se dice pro el recurrente ni existe documento en qué fundarlo.

Tercero.- Pasamos al estudio del **motivo tercero** que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la *presunción de inocencia en relación al delito de falsificación de documento mercantil* por estimar que no concurren los elementos que vertebran tal delito y por cuestionar la credibilidad del testimonio del prestatario Heraclio .

Tal denuncia, exige de esta Sala Casacional una triple verificación:

a) En primer lugar, debe analizar el *"juicio sobre la prueba"* , es decir, si existió prueba de cargo, estimando 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 sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) 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 la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar *"el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"* , es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum* , porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum* , ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial* .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada* , es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, – SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1065/2009 , 1333/2009 , 104/2010 , 259/2010 de 18 de Marzo , 557/2010 de 8 de Junio , 854/2010 de 29 de Septiembre , 1071/2010 de 3 de Noviembre , 365/2011 de 20 de Abril , 1105/2011 de 27 de Octubre , 1039/2012 de 20 de Diciembre , 33/2013 de 24 de Enero , 663/2013 de 23 de Julio , 82/2014 de 13 de Febrero , 181/2014 de 13 de Marzo , 705/2014 de 31 de Octubre , 395/2015 de 19 de Junio , 748/2015 de 17 de Noviembre ó 818/2016 de 31 de Octubre , entre otras–.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión . Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, *intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar* .

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional –últimamente en la STC 68/2010 –: *"....no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E ., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...."*.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio, entre otras–, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia en el *f.jdco. segundo* analiza toda la prueba practicada, concretando las *fuentes de prueba y los elementos probatorios de cargo para arribar a la conclusión condenatoria* .



Retenemos de dicho f.jdco. segundo, los fragmentos siguientes :

"...Estimamos que los hechos probados constituyen un delito de falsedad en documento mercantil y un delito de estafa procesal, pues aunque el documento original no ha sido aportado, son muchos los indicios que nos llevan a pensar que el denunciante y su esposa no firmaron el contrato de cobertura de tipos en virtud del cual el banco, periódicamente, le viene descontando cantidades de dinero de su cuenta corriente. Veamos: El denunciante, al observar descuento en su cuenta corriente en concepto de liquidación de coberturas T.I, se persona en la oficina bancaria a informarse del por qué de dichos descuentos y Esteban le informa que la firma de dicho contrato era necesaria para la constitución de la hipoteca, y como él no ha firmado dicho contrato le pide que se lo muestre pero le dice que no lo tiene, que lo pedirá al archivo central y se lo mandará. El supuesto contrato firmado por los prestatarios no se lo manda nunca. El prestatario le presenta una demanda de juicio verbal de reclamación de cantidad, que se tramitó en el Juzgado de 1ª Instancia nº 12, y al acto del juicio oral tampoco presentaron el supuesto contrato de cobertura de tipos, sino que presentaron una fotocopia con las firmas escaneadas de los prestatarios....".

"...De la documental aportada se observa que el contrato de cobertura de tipos que se presentó en la notaría y que se incorpora a la escritura de préstamo hipotecario no estaba firmado por los prestatarios.

El acusado declaró en el Juzgado de Instrucción el día 15 de Diciembre de 2.011 (folios 167 y 168) y manifestó que el documento fotocopiado denominado "contrato de coberturas" lo sacó el declarante del ordenador y es una copia escaneada. Que la firma de ese contrato era obligada como la de todos los contratos, tarjetas, seguros etc. y que se firmó por los prestatarios delante de él y de otras personas. Y a preguntas de por qué aportaron otros documentos originales y éste se aportó fotocopiado (el de coberturas) manifestó que se extravió, que el contrato original se mandó desde la oficina (se entiende que de la de Almería) a una oficina de Granada para que lo recogiese la inmobiliaria que le había presentado al cliente, que lo mandó para Granada para que le enseñara a Heraclio el original y tras eso le perdió la pista al contrato, que cerró la sucursal y la inmobiliaria y por eso ha aportado el documento escaneado del original. Resulta extraño que, si ya estaba firmado por los clientes, se enviara a la inmobiliaria para que se lo enseñara al cliente, y que en ese trasiego de documentos se extraviara solamente este documento, sobre el cual manifiesta el denunciante que nunca lo firmó, que en la inmobiliaria le informaron del contenido de este contrato e incluso le aconsejaron que no lo firmara. Y el denunciado también reconoció que en la inmobiliaria le informaron al prestatario lo que implicaba el contrato y el prestatario tenía sus dudas.

En el juicio oral, sin embargo, declaró que una vez firmada toda la documentación, la escanearon y la enviaron al registro central de la entidad bancaria, a los servicios centrales.

Se nos dice por el acusado que la firma de este contrato era precisa para la concesión del préstamo, sin embargo de la escritura de préstamo hipotecario lo que se dice es otra cosa, la cláusula TERCERA BIS de las Cláusulas financieras, lo que se dice es que el tipo de interés es variable y el punto 2 (ver folio 242) se establece una bonificación del tipo de interés "el prestatario podrá obtener una reducción, respecto al margen establecido en el apartado anterior, de 0'05 puntos porcentuales por cada uno de los productos o servicios que a continuación se detallan., y en punto e) se recoge el contrato de cobertura de tipo de interés. Es decir, este contrato era un contrato complementario pero no es obligatorio sino facultativo para el prestatario firmarlo....".

En el f.jdco. tercero de la sentencia se hace referencia a la credibilidad del testimonio de la víctima denunciante y a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, concluyendo que le merecen total credibilidad las declaraciones de Heraclio que quedan corroboradas con los datos empíricos relativos al contrato de cobertura de tipos cuyo original no se ha presentado, a la endeblez de las excusas/explicaciones dadas –extravió del original–, y unido a ello que no aparece firmado el ejemplar unido al contrato notarial, es decir, el que se presentó en la notaría, y sí escaneadas las firmas situadas al final del clausulado del mismo en el presentado en el proceso civil, y ello unido a las contradicciones en que incurrió el recurrente sobre si tal contrato fue o no firmado en su presencia por los prestamistas, (en el proceso civil dijo que no fue firmado en su presencia, y en el proceso penal, ya como imputado, dijo que fue firmado en su presencia).

En este control casacional verificamos la solidez y contundencia en la argumentación del Tribunal, que le permitió arribar a la conclusión condenatoria de que las firmas que aparecen en el final del clausulado del contrato de cobertura de tipos fueron puestas mediante escaneo por parte del recurrente de las firmas auténticas de los prestamistas obrantes en las fichas de clientes del banco.

Se está ante una certeza que alcanza el estándar de " certeza más allá de toda duda razonable " que viene siendo exigida por la jurisprudencia del TEDH, Tribunal Constitucional y esta propia Sala. –SSTEDH 18 Enero 1978 ; 27 Junio 2000 ; 10 Abril 2001 ; 8 Abril 2004 ; SSTC 56/2003 ; 263/2005 ; 123/2006 ; 141/2006 ; 117/2007 ; 66/2009 ; SSTS 165/2013 ; 272/2015 ó 288/2015 , entre las más recientes–, certeza que resiste el examen desde el doble canon de lógica y de suficiencia. Cumple con el canon de la lógica porque la conclusión



incriminatoria fluye normalmente sin cortes ni saltos argumentales a la vista de las probanzas practicadas. *Cumple con el canon de la suficiencia*, porque tal conclusión no es abierta o débil en el sentido de que quepan otras hipótesis, sino cerrada y sólida.

En definitiva, y con ello concluimos este motivo, el *contrato de cobertura de tipos*, como se dice en la sentencia – f.jdco. primero–, es un *blindaje en favor del banco* ante la posible bajada de los tipos de interés, de suerte que en virtud del mismo “...ha estado cobrando esa diferencia de interés y de ahí las liquidaciones que periódicamente le hacen al prestatario, hoy denunciante...”, y ahí la reclamación que efectúa el Sr. Heraclio ante tales cargos que se le hicieron y ante la demanda civil, no se dudó por el recurrente en escanear las firmas de la forma ya expresada para *ocultar el hecho* de que dicho contrato no fue firmado por los prestamistas, y así consta en la copia protocolizada, pero *sí* se pusieron las firmas en el presentado en el proceso civil.

Concluimos que tal contrato viene a participar de la naturaleza de las “cláusulas suelo” que aparecen en los préstamos hipotecarios de compra de vivienda.

En el presente caso se trataba de un contrato de cuenta corriente con préstamo hipotecario, pero la finalidad de tal contrato es la misma: el *blindaje en favor del banco y en perjuicio del cliente de la bajada de los tipos de interés*, de suerte que en caso de bajada de los tipos de interés, se establecía el pago de un interés *por encima del euribor hipotecario*.

Así consta al folio 436 vuelto del Tomo III en relación al tipo pactado y donde a modo de ejemplo se lee que entre el 1 de Noviembre de 2008 y el 1 de Mayo de 2009, si el euribor hipotecario es inferior al 4%, del 1 de Mayo de 2009 al 1 de Noviembre de 2013 si el euribor hipotecario es inferior al 4%, el tipo pactado es el 4%.

No existió el vacío probatorio que se denuncia.

El recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida con todas las garantías que fue introducida en el Plenario y que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, prueba que fue razonada y razonablemente valorada, estando la conclusión condenatoria situada extramuros de toda arbitrariedad.

Procede el rechazo del motivo.

Cuarto.- El cuarto motivo, por el mismo cauce que el anterior denuncia también vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación al delito de estafa procesal.

En síntesis, se dice que no existió engaño bastante por cuanto fue la inactividad del entonces demandante en el proceso civil – Heraclio –, la que permitió que el documento concernido y tenido por falso fuese estimado como elemento probatorio válido al no impugnarlo de acuerdo con el art. 326-1º LECivil y no solicitar el cotejo con el original. Es claro –para el recurrente– que el aquietamiento con tal documento, tiene por consecuencia la inexistencia de engaño bastante, que también es exigible en el delito de estafa procesal.

El pretendido aquietamiento del perjudicado no existió como lo acreditan los testimonios de las diligencias del juicio verbal que obran en esta causa en el Tomo I de la instrucción.

Obra en primer lugar –al folio 86, Tomo I– un escrito del mismo día en que se celebró la vista del juicio verbal –15 de Mayo–, en el que se solicita a la entonces parte demandada –y actual recurrente– la exhibición del contrato original de cobertura de tipo.

Tal requerimiento no fue atendido, y meses después -folio 142, Tomo I- se presentó nuevo escrito con idéntica finalidad, y finalmente obra al folio 150, Tomo I, de fecha 11 Julio, la providencia del Juez civil en el que se deniega tal requerimiento por haberse dictado ya sentencia.

Sorprendentemente se dictó sentencia el mismo día de la celebración de la vista oral y en la argumentación de la decisión adoptada de rechazar la reclamación de cantidad, se decía que el actor en el proceso civil en relación a la fotocopia del repetido contrato “había reconocido su firma”.

Es patente el error judicial creado por el actual recurrente en el juzgador porque, en efecto, la firma que obraba en tal fotocopia había sido escaneada del original del banco obrante en la ficha de clientes, y esa fue la razón de que el Sr. Heraclio la reconociera como suyas, pero en referencia al original, no a la injertada en la fotocopia.

La tesis del escaneado de la firma y la fabricación ex novo del pretendido contrato de cobertura de tipo que se sostiene en la sentencia de instancia es de una razonabilidad incuestionable si se tiene en cuenta –y en el mismo sentido se razona en la sentencia – que en la escritura notarial de constitución de contrato de c/c y de préstamo hipotecario, constan como documentos unidos y por tanto con el sello de la Notaría, el referido contrato de cobertura de tipos –equivalente a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios de adquisición de vivienda–, pero sin la firma de los prestatarios, constando solo la del prestamista Caixa Galicia representada



por el actual recurrente como director --a la sazón-- de la sucursal nº 1 de Almería donde se formalizó el contrato.

Consta también --ya se ha dicho-- en la documental el mismo contrato en fotocopia pero *sin el sello de la notaría, y en el que sorprendentemente* sí constan unas firmas de los prestatarios --el recurrente y Lucía --. Son estas firmas las escaneadas de las fichas y colocadas en la fotocopia del contrato que se presentó en el proceso verbal civil de reclamación y en el que se produjo el error del juzgador y todo ello porque resulta más que sospechoso, y sin explicación plausible que no se presentase el *original de dicho contrato*, que se decía extraviado con razones que no convencen.

Es obvio que entre los documentos unidos la escritura pública reseñada, estaba el contrato de cobertura tal y como se presentó en la Notaría, y ese contrato carece de las firmas de los prestatarios por las razones que sean, lo que acredita la razón del entonces actor de reclamar esas cantidades que se le giraron por el banco.

No es aventurado decir que el recurrente consciente de que faltaban tales firmas, con la finalidad de ocultar tal omisión ante la dirección del banco, *decidió fabricar* un contrato con el mismo clausulado que el original, colocando las firmas de los prestatarios de la forma expresada, presentándolo en el pleito civil consiguiendo el engaño al Juez y con el rechazo de la demanda de reclamación de cantidad.

Es claro que se está ante una estafa procesal.

De acuerdo con la reciente STS 835/2016 de 4 de Noviembre hay que recordar que:

"...La estructura de la estafa clásica está compuesta por el agente o sujeto activo que genera un engaño --información errónea-- en el sujeto pasivo que provoca que éste realice el acto de disposición en su propio perjuicio en virtud del engaño antecedente, bastante y causante transmitido por el sujeto activo coincidiendo en la misma persona la condición de engañado y perjudicado.

En la estafa procesal existe una estructura triangular -- SSTS 32/2002 ; 1899/2002; 8 de Mayo de 2003 ; 1441/2005 ; 1056/2006 ó 529/2008 , entre otras--, integrada por el sujeto activo --el agente--, el sujeto pasivo o engañado, que es el propio operador judicial que dicta una resolución fruto del engaño urdido por el sujeto activo, y en tercer lugar el perjudicado o tercero que es la persona que resultó perjudicada, o que puede resultar perjudicada con la resolución judicial.

Como se afirma en la STS de 22 de Octubre de 2014 "la estafa procesal se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el titular del órgano judicial a quien, a través de una maniobra procesal idónea se le hace seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada".

El resultado es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido ordena realizar un acto de disposición en sentido amplio (el Juez) con quien sufre el perjuicio (el particular afectado).

Es claro el fundamento de la agravación de este tipo de estafa, ya que el mismo tiene la virtualidad no solo de dañar el patrimonio particular concernido --aquél sobre el que recae la resolución judicial--, sino que la mecánica utilizada es la de inducir a error al operador judicial con lo que se está atacando al recto funcionamiento de la Administración de Justicia , por lo que se justifica la agravación punitiva de este tipo de estafa respecto de la figura básica.

Por lo demás, en cuanto modalidad de la estafa, debe existir el engaño bastante, antecedente y causante y el dictado de la resolución judicial correspondiente que debe integrar una decisión en perjuicio de tercero.

En la medida que el sujeto engañado es el Juez, técnico y conocedor del derecho, es clara la idoneidad del engaño que no puede ser perceptible a simple vista, debe superar el normal control que ejerce el Juez sobre los hechos y la documentación que se le presenta , en definitiva debe tener la idoneidad suficiente , --es decir, entidad y consistencia-- como para que el Juez caiga en el engaño --SSTS 266/2011 ó 332/2012 --.

En definitiva, se está diciendo con ello que el engaño debe ser bastante , y enlazado con ello debemos abordar si el engaño debió en cualquier caso haber sido percibido por el Juez, y en consecuencia, si se faltó a los deberes de autoprotección o autotutela desde la perspectiva del operador judicial.

Como se dice en la STS 572/2007 , en el delito de estafa procesal, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos que deben tener la suficiente entidad, por ello, la jurisprudencia de esta Sala --SSTS 754/2007 , 603/2008 , 853/2008 , así como la 72/2010 -- ha declarado que no es suficiente cualquier ocultación o inexactitud derivada del planteamiento de la cuestión civil, aunque también hay que tener en cuenta que como ya se dijo en la STS de 9 de Marzo de 1992 , recordada en las SSTS 530/ 1997 de 22 de Abril y 1267/2005 de 28 de Octubre "...las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes....".



En relación al deber de autoprotección, esta Sala tiene declarado que debe partirse del caso concreto y de las específicas circunstancias de cada caso, y desde luego que el Juez sea un experto en derecho no puede servir de excusa para decir que siempre debe apercibirse del engaño porque ello sería tanto como desplazar sobre el Juez la conducta delictiva del causante del engaño.

En relación a la consumación de la estafa procesal, es cierto que se aceptan formas incompletas de ejecución cuando no se llega al dictado de la resolución judicial concernida. En tal sentido, STS 539/2016, así como la STS 254/2011, caso Urbanor y la STS 603/2008.

En la reforma de la L.O. 5/2010 la estafa procesal se encuentra recogida en el apartado 7º del art. 250-1º del Cpenal concretándose sus exigencias típicas prescindiendo, y esto es lo relevante, de la exigencia de un acto de disposición con desplazamiento patrimonial consiguiente, exigible en la estafa clásica.

Ahora solo se exige, y solo se consume la estafa procesal con el dictado de la resolución judicial, sin que sea exigible la efectividad –la ejecución– del mismo, extremo que no quedaba claro en el texto anterior que solo se refería a "se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal".

La jurisprudencia de la Sala ya con anterioridad a la L.O. 5/2010 había estimado que la consumación de la estafa se realizaba con el dictado, y solo el dictado de la resolución de fondo que ponía fin al proceso – STS 1441/2005 –, y sin necesidad de que dicha sentencia fuese firme, ni menos ejecutada – SSTS de 22 de Abril de 1999 ; 514/1992 de 9 de Marzo ó 172/2005 –, cuestión que ahora –tras la L.O. 5/2010– ha quedado mucho más claro ya que el acto de disposición elemento integrador de la estafa, está constituido por la propia resolución judicial de fondo cuando esta trae causa en el error en el juzgador motivado por un engaño y no cuando se produzca el efectivo desplazamiento patrimonial en perjuicio de tercero que tendrá lugar como consecuencia de la ejecución de la sentencia.

Según el actual art. 250.1-7º Cpenal se describe como estafa cualificada cuando:

"...Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieren fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte del proceso....".

Este texto además de reconocer el "nomen" de estafa procesal, perfila sus contornos, en dos sentidos, de un lado, exigiendo que fruto del error en el órgano judicial, éste dicte la resolución judicial concernida, y de otro, prescindiendo del acto positivo de disposición patrimonial, bastando la resolución judicial de fondo – SSTS 281/2013 ; 776/2013 ó 719/2014 –.

Procede el rechazo del motivo.

Quinto.- El quinto motivo, denuncia quiebra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con apoyo en el art. 5-4º LOPJ.

Alega el recurrente en la exposición del motivo la infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones. Manifiesta que ha habido un periodo de paralización superior a dos años desde que por el Juzgado de Instrucción se dictó Decreto remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial de Granada, el día 17 de Enero de 2014 –folio 645– hasta la efectiva celebración del juicio oral, que tuvo lugar el día 21 de Enero de 2016, inactividad a la que es totalmente ajeno el recurrente.

Nada se alegó en fases procesales anteriores sobre esta cuestión y, por tanto, sobre ella no pudo pronunciarse el Tribunal de instancia.

La cuestión plantada "per saltum" en la casación ha sido tratada repetidamente por esa Sala –SSTS 136/2015, de 18 de Marzo y 71/2016, de 9 de Febrero, entre otras–, señalando que la alegación de esta atenuante como cuestión nueva no constituye un obstáculo insalvable para su apreciación, dada la naturaleza de garantía constitucional que tiene el derecho a un juicio sin dilaciones, pero la dificulta, entre otras razones porque no se ha podido producir un debate previo sobre la concurrencia o no de periodos de paralización del procedimiento, y ordinariamente la ausencia de este debate se traduce en que dichos periodos no constan en el relato fáctico.

Como señala la STS 861/2014, de 2 de Diciembre, la prohibición de suscitar en casación cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia, obedece a la necesidad de salvaguardar el principio de contradicción y se apoya en la exigencia de buena fe procesal – art. 11 LOPJ –. Esta doctrina jurisprudencial se formula como una regla general, admite excepciones – STS 657/2012, de 19 de Julio –. La regla general consiste en que el ámbito de la casación, y en general de cualquier recurso, ha de ceñirse al examen de los temas o pretensiones que fueron planteados formalmente en la instancia. No pueden introducirse "per saltum" cuestiones diferentes, hurtándolas al debate contradictorio en la instancia y a una respuesta en la sentencia

impugnada que podría haber sido objeto de impugnación por las demás partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon y no otros -- SSTS 545/2003 de 15 de Abril , 1256/2002 de 4 de Julio , 344/2005 de 18 de Marzo , 157/2012 de 7 de Marzo y 861/2014 de 2 de Diciembre --.

La STS 777/2016, de 9 de Febrero , recuerda que dicha regla general admite excepciones. *En primer lugar* la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión. Y, *en segundo lugar* , la vulneración de preceptos penales sustantivos favorables al reo cuya procedencia fluya de los hechos probados, como sucede con la apreciación de una atenuante cuyos presupuestos constan de modo manifiesto en el relato fáctico de la sentencia impugnada.

En la sentencia objeto del recurso , en la relación de hechos probados, no constan fechas, ni elementos que puedan sostener la pretensión del recurrente de la existencia de dilaciones indebidas, (entre otras cosas porque no fue alegada tal circunstancia). No obstante para justificar dicha atenuante se acude a relacionar la fecha de *17 de Enero de 2014* en la que mediante Decreto del Secretario del Juzgado de Instrucción nº 1 de Granada remite las actuaciones para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Granada con la de celebración del juicio oral el *21 de Enero de 2016* , omitiendo hacer alusión a lo actuado entre una y otra fecha.

Así, mediante auto de 19 de Noviembre de 2014, tras el examen de las pruebas propuestas, la Audiencia Provincial de Granada señaló el 3 de Marzo de 2015 para la celebración del juicio oral, *señalamiento que fue suspendido* mediante providencia de 27 de Febrero de 2015, ante la solicitud de la acusación particular motivada por el embarazo (gemelos) de Lucía , residente en Londres, aportando certificación médica de que la fecha probable para el parto era la semana del 6 de Marzo de 2015. Mediante diligencia de ordenación de 4 de Marzo de 2015 se *señaló nueva fecha para la celebración del acto del juicio oral para el día 21 de Enero de 2016, fecha en la que efectivamente se celebró* .

En esta situación es claro que no existieron demoras injustificadas .

Actualmente, la reforma del Cpenal mediante la L.O. 5/2010, de 22 de Junio, que entró en vigor el 23 de Diciembre siguientes, regula como nueva atenuante en el art. 21.6º las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "*La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*" .

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes:

- 1) Que la dilación sea indebida.
- 2) Que sea extraordinaria, y
- 3) Que no sea atribuible al propio inculpado.

También se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación, la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

Al trasladar al caso concreto las pautas que se vienen aplicando por la jurisprudencia, *no cabe acoger la pretensión de la parte recurrente* , pues como se ha indicado no ha habido ninguna paralización de la causa indebida ni extraordinaria, simplemente se ha producido el señalamiento para la celebración del juicio oral, que fue suspendido a petición justificada de parte y que definitivamente se celebró, todo ello en el ámbito de unos plazos razonables.

Procede la desestimación del motivo .

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Esteban** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, de fecha 28 de Enero de 2016 , con imposición al recurrente de las costas del recurso.



Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Gimenez Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ