



Roj: **STS 2958/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2958**

Id Cendoj: **28079129912018100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **10012/2018**

Nº de Resolución: **359/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4084/2017,**
STS 2958/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 359/2018

Fecha de sentencia: 18/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10012/2018 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección Tercera.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: AMV

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **10012/2018 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 359/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta



D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Andres Palomo Del Arco
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de ley, interpuesto por **D. Hermenegildo**, representado por el procurador D. José Ramón Pérez García y defendido por el letrado D. David Albiñana Luján, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, de fecha 14 de diciembre de 2017, que confirmó la sentencia de 20 de octubre de 2017 dictada por el Juzgado nº 10 de Valencia; siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, con fecha 14 de diciembre de 2017, dictó sentencia en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 417/2017 de fecha 20 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Penal de Valencia nº 10 en Procedimiento Abreviado 417/2017, por delitos de robo con intimidación y que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:PRIMERO.** - Sobre las 10:35 horas del día 6 de febrero de 2017 el acusado **Hermenegildo**, alias "**Limpiabotas**", de nacionalidad española y mayor de edad, guiado por el propósito de enriquecerse a costa del patrimonio ajeno y en compañía de otro individuo no identificado con el que se había previamente concertado, compartiendo idéntico ánimo ilícito, se dirigió al establecimiento de máquinas de premio "Magarín", sito en la Calle Torrent nº 31 de(- la ciudad de Valencia, propiedad de la mercantil "MAGARÍN, S.L.".

Una vez allí, el acusado y su acompañante, vestidos ambos con ropa oscura y con la cara parcialmente tapada con unos pasamontañas para evitar ser identificados: abordaron a la empleada del establecimiento Pura, que en esos momentos acompañaba al exterior del local a Ricardo, empleado de la empresa propietaria que acababa de efectuar la recaudación de las máquinas de premio, conminándoles que se introdujeran en el interior del establecimiento- y exigiendo al recaudador que les entregara una mochila en la que llevaba lo recaudado, que ascendía a 7.994,60 euros, para lo cual el acusado y su acompañante exhibieron a los dos empleados cuyas exactas características se ignoran. Una vez tuvieron la mochila en su poder el acusado y su acompañante abandonaron el lugar.

La entidad aseguradora "AXA" indemnizó en la suma de 6.000 euros a la mercantil "MAGARÍN, S.L.", que reclama ser indemnizada por los 1.994,60 euros restantes de la recaudación que fueron sustraídos.

SEGUNDO.- Sobre las 1715 horas del día 25 de marzo de 2017 un individuo no identificado, movido por el ánimo de enriquecimiento ilícito a costa del patrimonio ajeno, se dirigió al establecimiento "Horno Hugo Rodríguez", sito en la calle Emilio Lluch nº 18 de Valencia, llevando puesto un gorro de lana y una braga hasta la barbilla que no llegaban a ocultarle totalmente el rostro, vistiendo ropa de faena de color azul y portando una carpeta. Una vez allí se introdujo en el interior y le dijo a la empleada Valentina que era de la empresa "Iberdrola" y que tenía que revisar unos puntos de luz, preguntándole por su jefe. Tras decirle la empleada que su jefe no estaba, el individuo le espetó "esto es un atraco, abre el cajón"; acercándose a la caja registradora, de la que cogió un total de 64,90 euros en efectivo de los que se apoderó; exigiendo más dinero a la empleada, que le dijo que no tenía más; y a continuación, llevándose la mano a la cintura e indicando a la empleada que llevaba una pistola (sin exhibirla) le dijo "no te pego un tiro porque mira (...)", marchándose del lugar. El titular del establecimiento no reclama indemnización alguna.

TERCERO.- Sobre las 10:10 horas del día 27 de marzo de 2017 el acusado Hermenegildo, de nuevo guiado por el propósito de enriquecerse a costa del patrimonio ajeno, se dirigió al mismo establecimiento de máquinas de premio sito en la calle Torrent nº 31 de la ciudad de Valencia, propiedad de la mercantil "MAGARÍN, S.L.",



vestido con ropa oscura y con la cara parcialmente tapada con un pasamontañas para evitar ser identificado. Una vez allí se introdujo en su interior y aprovechando que se encontraba sola en esos momentos, al no haber otros empleados o clientes en el establecimiento, abordó a la empleada Pura esgrimiendo frente a la misma una pistola de color negro cuyas exactas características se desconocen, metiéndose detrás de la barra donde ella se encontraba en esos momentos, cogiéndole del brazo y colocándole la pistola en la sien con ánimo de amedrentarla; exigiéndole que le hiciera un ticket de premio de las máquinas por importe de 2.000 euros.

A la vista de lo anterior la empleada le emitió el ticket por el referido importe y el acusado le conminó a continuación a que fuera ella misma la que lo cobrara en cantidad como la indicada suele entregar el dinero en dos veces (1000 euros cada vez), con unos 30 segundos de separación entre ambas. Tras la primera "entrega de 1.000 euros, en billetes de 50 euros, el acusado le dijo a la empleada que se metiera en el cuarto de baño; aprovechando entonces para abandonar el lugar por razones que se desconocen, sin que llegara a apoderarse de los otros 1.000 euros que sacó la máquina instantes después, que Pura encontró cuando salió del cuarto de baño, una vez que creyó que el acusado ya se había marchado.

Por estos hechos la compañía de seguros "AXA" indemnizó a la empresa "MAGARÍN, S.L." en la cantidad de 1.000 euros, que por ello nada reclama.

Sobre las 11:20 horas de ese mismo día una dotación del Cuerpo Nacional de Policía con indicativo Delta-15 UPR-MOTOS, integrada por los agentes con número de carnet profesional NUM008 y NUM009, dio el alto y procedió a la identificación de dos individuos en las inmediaciones de la calle San Rafael de esta ciudad, lugar habitual de venta de drogas, por considerar que los mismos mostraban una actitud nerviosa; siendo éstos el acusado Hermenegildo y el también acusado Alberto, de nacionalidad española, mayor de edad y con un amplio historial delictivo, habiendo sido ejecutoriamente condenado a una pena de 2 años de prisión como autor de un delito de robo con violencia o intimidación en sentencia dictada en fecha 24/05/2015, la cual devino firme el 28/09/2016, de cuya ejecución conoce el Juzgado de lo Penal nº 16 de Valencia (Ejutoria 1.837/2016). Cada uno de los acusados llevaba en su poder una cantidad de aproximadamente 500 euros, distribuidos en billetes de 50 euros; dinero que le fue devuelto y no intervenido por los agentes al no relacionarlo en esos momentos con hechos delictivos algunos.

El acusado Alberto solía frecuentar diversos establecimientos de máquinas de premio de la empresa "MAGARÍN, S.L." tanto de la ciudad de Valencia como de poblaciones cercanas, siendo conocido de muchos de sus clientes y empleados, entre ellos de Pura; manteniendo incluso en esa época una relación sentimental con Elena, también trabajadora de la indicada empresa, quien fue en su día acusada en la presente causa.

Ambos acusados se habían conocido en prisión, manteniendo una buena relación de amistad, siendo relativamente frecuente que Alberto, incluso en compañía de Elena, frecuentara el domicilio del "Limpiabotas", en la zona de la Malvarrosa de Valencia. El día 28 de marzo de 2017 los dos acusados estuvieron juntos en un establecimiento de la empresa "Magarín, S.L." ubicado en la localidad de Paiporta.

CUARTO.- El acusado Hermenegildo fue ejecutoriamente condenado en sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 26/11/1994 en la causa Sumario Ordinario 4/1993, la cual devino firme el 14/07/1995, a una pena de 5 años de prisión y multa de 2 millones de pesetas como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud; a una pena de 12 años de prisión como autor de un delito de robo con violencia o intimidación; y a una pena de 30 años de prisión como autor de un delito de asesinato; todo ello por hechos perpetrados el 30/06/2008, fue de nuevo ejecutoriamente condenado a penas de 7 años de prisión y multa de 14 millones de euros como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud; habiendo dejado extinguida la indicada pena privativa de libertad en fecha 28/06/2015 y la de multa el 30/06/2016".

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal nº 10 de Valencia, con fecha 20 de octubre de 2017 dictó sentencia con el siguiente FALLO: I) Que **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO libremente a Elena** de los delitos de pertenencia a grupo criminal y robo con intimidación de los que fue acusada en su día por los hechos objeto de la presente causa, declarando las costas correspondientes de oficio.

II) Que asimismo, **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO libremente a Alberto** de los dos delito de robo. Con intimidación en establecimiento abierto al público de los que ha sido acusado por los hechos objeto de la presente causa, declarando las costas correspondientes de oficio.

Se acuerda **DEJAR SIN EFECTO** y en consecuencia el **inmediato cese de las medidas cautelares adoptadas** respectó mismo por el Juzgado instructor en el auto de fecha 8 de mayo de 2017 mediante el que decretó la libertad provisional del mismo, con obligación de comparecencia *apud acta* los primer y tercer viernes de cada mes, imponiéndose al mismo, además, como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a menos de 300



metros a Pura , su domicilio o lugar de trabajo o cualquiera en que se encuentre, y en todo caso del local "Magarín" ubicado en la calle Torrent nº 31 de Valencia. A tales efectos líbrense los despachos oportunos.

III)Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO libremente a Hermenegildo del delitos de robo con intimidación en establecimiento abierto al público perpetrado el día 25 de marzo de 2017 en el "Horno Hugo Rodríguez" de la calle Emilio Lluch nº 18 de Valencia del que ha sido acusado por los hechos objeto de la presente causa, declarando las costas correspondiente de oficio.

IV) Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado Hermenegildo :

a) como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en establecimiento abierto al público de los arts. 237 y 242.1 ° y 2° del Código Penal , perpetrado en el establecimiento "Magarín" de la calle Torrent nº 31 de Valencia el día 6 de febrero de 2017, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, a la pena **de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con** la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al pago de las costas correspondientes

En vía de *responsabilidad civil derivada* de dicho delito el acusado deberá de indemnizar a la entidad aseguradora "AXA" en la cantidad de SEIS MIL EUROS (**6.000,00 €**), y a la mercantil "MAGARIN", en la cantidad de MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS (**1.994,60 €**), devengando tales sumas los correspondientes intereses legales.

b) como autor de un delito de robó con violencia e intimidación en establecimiento abierto al público de los arts. 237 y 242.1 ° y 2° del Código Penal , perpetrado en el establecimiento "Magarín" de la calle Torrent nº 31 de Valencia el día 27 de marzo de 2017, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, igualmente a una pena **de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con** la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas correspondientes.

En vía de *responsabilidad civil derivada* de dicho delito el acusado deberá de indemnizar a la entidad aseguradora "AXA" en la cantidad de MIL EUROS (**1.000,00 €**); más intereses legales.

Se mantiene la actual situación de prisión provisional, comunicada y sin fianza del acusado Hermenegildo acordada por auto de 4 de mayo de 2017, sin perjuicio de los abonos que en su día resulten procedentes.

Así por esta Sentencia, contra la que se podrá interponer recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS desde su notificación y ante la lltma. Audiencia Provincial de Valencia conforme previene el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , lo pronuncio, mando y firmo. Notifíquese. Expídase testimonio de la misma y llévese su original al libro de Sentencias".

La Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 14 de diciembre de 2017, en apelación, dictó el siguiente pronunciamiento: En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey ha decidido:

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Peiró Guinot en nombre y representación de Hermenegildo .

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada.

Tercero.- No hacer un especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en este instancia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Hermenegildo** , 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, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto penal de carácter sustantivo: artículo 242.2 del Código Penal (art. 849.1º de la LECrim .)

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 1 de junio de 2018, de conformidad con el art. 197 de la LOPJ se convoca al Pleno Jurisdiccional de esta Sala para deliberación y fallo del presente recurso para el día 27 de junio del presente año.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto del conocimiento del pleno jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es la dictada por la Audiencia provincial de Valencia, Sección tercera, en apelación de la dictada por el juzgado de lo penal de Valencia el número 10. La sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la condena al hoy recurrente como autor de dos delitos de robo con intimidación el establecimiento abierto al público, al tiempo que es absuelto de un tercero.

Formaliza un recurso de casación en el que denuncia dos motivos. En el primero, la infracción a su derecho fundamental a la presunción de inocencia, instando una nueva conformación del hecho probado a partir de una revaloración de la prueba y de la testifical oída en el juicio y los reconocimientos efectuados durante la instrucción de la causa. Este primer motivo debe ser desestimado. El recurso de casación, tramitado de acuerdo a la reforma propiciada por la ley 41/2015, se convierte en recurso contra sentencias de apelación con unos motivos limitados según la procedencia de las sentencias. La sentencia del Juzgado de lo Penal, tiene prevista la apelación ante la Audiencia provincial, y la dictada por la Audiencia provincial, tiene prevista la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, y la del Tribunal de Jurado la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Las sentencias de la apelación tienen recurso de casación ante esta Sala. A esta distinta procedencia de las causas la ley ha dispuesto, de una parte, distintos motivos de impugnación y, de otra, distintas causas y tipos de resolución de la inadmisión. Tratándose de Sentencias dictadas por los juzgados de lo Penal y apeladas ante las Audiencia provinciales, como el caso presente, la limitación de motivos la concreta la ley a su recurribilidad exclusivamente por infracción de ley del número 1 del art. 849 de la Ley procesal (error de derecho), debiendo expresar un interés casacional, que deviene porque la norma ha sido promulgada en los cinco años anteriores, o porque existe discrepancia en su aplicación ante Audiencias provinciales o con la doctrina jurisprudencial de la Sala II, o no existe pronunciamiento de la Sala II.

En el presente supuesto el interés casacional que posibilita el conocimiento de la casación ante el Pleno de la Sala deviene por la novedad de la aplicación del elemento de la tipicidad derivada por la realización del delito en un establecimiento abierto al público, elemento al que se refiere la sentencia impugnada aduciendo la ausencia de interpretación por la Sala II, máximo intérprete de la legalidad ordinaria.

Este es el objeto del presente recurso de casación, revisar la aplicación de la norma para conformar la interpretación del elemento de la tipicidad consistente en la realización del robo violento en un establecimiento abierto al público.

Consecuentemente, el primer motivo debe ser desestimado al exceder del ámbito del recurso y constatarse la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia que ha sido objeto de revisión en el recurso de apelación.

SEGUNDO.- El recurrente plantea el error de derecho por la aplicación indebida del artículo 242.2 del Código penal a los hechos que tuvieron lugar el 6 de febrero de 2017 y que se relacionan en el apartado primero del hecho probado. Fundamenta la oposición por error de derecho y destaca que en "los hechos del día 6 febrero el local estaba cerrado al público y los atracadores aprovechan la circunstancia de apertura momentánea y parcial de las persianas y se cuelan por debajo antes de que la víctima pueda volver a cerrarla". Consecuentemente, afirma, no es de aplicación la agravante específica porque el local no estaba abierto al público y, de acuerdo a jurisprudencia de la Sala II, Sentencias de 16 y 27 junio, 10 julio y 27 noviembre 1997, "ha declarado esta Sala que esta modalidad agravada únicamente concurre cuando el robo se comete durante el horario de apertura al público del edificio o local que se trate".

La sentencia impugnada, dictada en apelación, ratifica la condena con la agravación específica por la realización del delito en establecimiento o local abierto al público, argumentando que "a falta por el momento de una doctrina del Tribunal Supremo que interprete el nuevo texto legal", confirma el criterio del juzgador de instancia aplicando la agravación específica por el desarrollo de los hechos en establecimiento abierto al público. Sostiene que el legislador de 2015 ha dado una nueva regulación a la agravación, al prever que en el robo con fuerza las cosas concurre tanto en horario de apertura como fuera de él, de lo que resulta que "una interpretación gramatical y sistemática de esta nueva regulación lleva a entender que en ambos preceptos (241,1 y 242.2) se contempla un concepto de local abierto al público sin restricción de horarios".

La cuestión deducida ante esta Sala tiene indudable interés casacional consistente en unificar la interpretación de este nuevo tipo agravado en la realización del robo con intimidación en casa habitada, edificio local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias.

La interpretación de lo que deba entenderse por establecimiento o local abierto al público ha sido objeto de anteriores pronunciamientos de esta Sala. Así, en primer lugar, se cuestionó cuál fuera la voluntad del legislador al cambiar la expresión "edificio público" por la de establecimiento o local abierto al público, pues lo primero



tenía justificación en el carácter público de determinadas edificaciones necesitadas de especial protección. Era preciso dar un contenido a la exigencia de "establecimiento o local abierto al público" y, concretamente, si por tal debía entenderse una determinada concepción del local, concepción localista, por el que la agravación derivaba de tratarse de un local que tenía una licencia de apertura o, por el contrario, atender a la situación del establecimiento o local. Lo explica la sentencia 1349/ 1998, de 9 noviembre 1998 , en la que tras ratificar los anteriores pronunciamientos surgidos del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25 mayo 1997, entiende que "aplicar un subtipo agravado definido por cometerse el robo en edificio o local abierto al público cuando el hecho se realiza en un bar que no está abierto al público en el momento de la ejecución, significa extender la agravación más allá de la literalidad de la norma, en perjuicio del reo. Es cierto que lingüísticamente es posible una interpretación que prime lo que el edificio o local "es" por razón de su destino, sobre el elemento circunstancial de como el local "está" en el momento del hecho, pero con ello se fuerza una interpretación extensiva, no congruente con el principio de taxatividad de los tipos penales". (Vid Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 22 de mayo 1997 y 19 de octubre de 1998).

Ante la opción de una interpretación de la circunstancia de agravación localista, por ser un establecimiento abierto al público, o situacional, por estar abierto al público, esta Sala, cuando la agravación solo afectaba al delito de robo con fuerza, optó por una interpretación no extensiva de la agravación, fundamentada en la potencialidad del riesgo que la apertura al público podía suponer por la presencia de personas que trasmutaran el robo con fuerza en robo violento.

La reforma de 2015 sobre esta agravación específica ha supuesto los siguientes cambios. De una parte, en el robo con fuerza las cosas, el artículo 241.1 del Código penal prevé la agravación por su realización en edificio o local abiertos al público y añade, en el párrafo segundo, la posibilidad de que dicha agravación concorra en horas de apertura al público o fuera de las horas de apertura, lo que conforma con una distinta penalidad, pero ambos son tipos agravados del robo con fuerza en las cosas. Desde un criterio lógico y gramatical, parece deducirse que el legislador ha corregido de una parte, el criterio jurisprudencial, pues hace concurrir el tipo agravado aun fuera de las horas de apertura, y de otra ha acogido la interpretación jurisprudencial, al señalar una pena menor cuando los hechos se desarrollan fuera las horas de apertura. Una segunda modificación de la reforma del 2015, respecto a la agravación por el establecimiento o local abierto al público, es la previsión de un tipo agravado en el robo con intimidación, al disponer el artículo 242.2 del Código penal la imposición de una pena agravada cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio local abierto al público con cualquiera de sus dependencias, esta vez sin distinción de horario de apertura. Una tercera modificación respecto al establecimiento o local abierto al público la encontramos en el artículo 203.2 del Código penal cuando al regular el allanamiento de morada señala como tipo agravado el desarrollo de la acción del establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de las horas de apertura, manteniendo otra tipicidad agravada cuando la acción se desarrolle en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Sobre la interpretación del nuevo tipo agravado del robo con intimidación por su desarrollo en establecimiento abierto al público ya se pronunció esta Sala en Sentencia 101/2018, de 28 de febrero , y lo hace reiterando la doctrina de esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 1997 requiriendo que se trata de establecimientos abiertos al público, destinados a albergar al público y que se encuentran de manera efectiva abiertos al uso que le es propio. La justificación de la agravación radica en la extensión del riesgo respecto de personas, eventuales clientes, que pueden permanecer o incorporarse al mismo (STS 814/1999, de 18 de mayo) o en la facilidad de acceso que brinda el carácter del local (STS 1168/98, de 10 de octubre).

Esa interpretación persistente en el tiempo era conocida y el legislador de 2015 no ha previsto, como si lo ha hecho respecto a los tipos agravados del delito de robo con fuerza y respecto del delito de allanamiento de morada, su modificación, con lo que ha resaltado la concepción del establecimiento abierto al público como local efectivamente abierto al público para agravar el delito de robo con intimidación situando la justificación de la agravación en el incremento del peligro respecto a víctimas potenciales cuando el hecho sustractivo ocurre en un establecimiento con libre acceso de personas, precisamente en las horas de apertura y respecto de personas desvinculadas del bien jurídico patrimonio, que es el objeto de protección del tipo penal.

La agravación se justifica por esa potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo.

Consecuentemente procede la estimación del recurso interpuesto y dictar segunda sentencia en la que se suprime del fallo de la Sentencia, en su apartado IV, a), la concurrencia del tipo agravado del art. 242.1.2 del Código penal , la agravación por establecimiento abierto al público, ratificando el resto de los pronunciamientos del fallo, y sustituyendo la pena de 4 años y 3 meses de prisión, por la de 3 años y seis meses de prisión, ratificando los pronunciamientos sobre costas, accesorias legales y responsabilidad civil.

FALLO



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

Estimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Hermenegildo** , contra sentencia dictada en apelación el día 14 de diciembre de 2017.

Declarar oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, presidente Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) núm.: **10012/2018 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Valencia, que vió la apelación interpuesta contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2017 , y dictó sentencia con fecha 14 de diciembre de 2017 y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia, procede la estimación parcial del recurso interpuesto por el recurrente **Hermenegildo** .

FALLO

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

Estimar el recurso interpuesto por **Hermenegildo** ratificando las penas impuestas salvo el apartado IV) a) del fallo, del que se suprime la agravación específica del nº 2 del art. 242 y se sustituye la pena de **4 años y tres meses de prisión** , por la de **3 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** , ratificando los demás pronunciamientos sobre costas, accesorias legales y responsabilidad civil.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, presidente Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet