

Roj: **STS 3813/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3813**Id Cendoj: **28079120012015100522**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/09/2015**Nº de Recurso: **111/2015**Nº de Resolución: **514/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Septiembre de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Rogelio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) de fecha 17 de diciembre de 2014 en causa seguida contra Rogelio por un delito de **estafa**, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora doña Margarita López Jiménez y como parte recurrida Estela y Alexander representados por el procurador don Arturo Romero Ballester. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de instrucción núm. 11 de Madrid incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 2022/2012, contra Rogelio y Grupo Boca de Restauración Integral, S.L. y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) procedimiento abreviado 1627/2014 que, con fecha 17 de diciembre de 2014, dictó sentencia núm. 742 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"El acusado Rogelio, mayor de edad y sin que consten sus antecedentes penales, en su condición de administrador único de la mercantil Grupo Boca de Restauración Integral SL arrendó a la entidad GEASA el local destinado a negocio sito en el nº 61 de la calle General Pardinas, con acceso a la C/ Juan Bravo en Madrid, en virtud de contrato celebrado el día 29 de abril de 2009.*

*Dado el impago de rentas, la arrendadora interpuso demanda de Juicio Verbal 2256/10 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 82 de Madrid, dictándose con fecha 9 de marzo de 2011 sentencia en virtud de la cual se resolvía el contrato de arrendamiento, extremo conocido por el acusado.*

*Tras ver los querellantes anunciado en el portal Idealista.com el arrendamiento del citado local con un precio de traspaso de 135.000, se producen varias entrevistas y negociaciones, y el 26 de junio de 2011, el acusado en su condición de administrador único de la mercantil Grupo Boca de Restauración Integral SL, actuando con ánimo de lucro ilícito, y aparentando ser el arrendatario del local de negocio sito en la calle Juan Bravo 29 de Madrid, recibió de Estela y Alexander un cheque de 80.000 euros más 14.000 euros de IVA en concepto de traspaso del referido local de negocio sin que el transmitente tuviera ninguna facultad de disposición ni utilización sobre el mismo".*

**Segundo.-** La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, dictó sentencia núm. 742 con el siguiente pronunciamiento:



" FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Rogelio y a la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L como responsables en concepto de autores de un delito de **estafa**, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ya tipificado a la pena de:

A) Dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual el (sic) tiempo, multa de seis meses con cuotas de seis euros al primero de ellos y costas, incluidas las de la acusación particular.

B) Multa de 282.000 euros y costas incluidas las de la acusación particular.

Condenamos a Rogelio y a la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L a que indemnicen conjunta y solidariamente a Estela y Alexander en la cantidad de 94.000 euros, cantidad que devengará el interés previsto en el art. 576 de la LEC .

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal " .

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación legal del recurrente Rogelio , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error del juzgador en la apreciación de la prueba basada en los documentos que obran en la causa de los que se desprenden hechos no incluidos en los hechos probados, que no fueron contradichos por otras pruebas. **II.-** Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 24.2 de la CE .

**Quinto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 12 de marzo de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**Sexto.-** Por providencia de fecha 29 de junio de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 15 de julio de 2015 y, dada su complejidad, concluyó el día 31 del mismo mes, siendo agosto inhábil en esta Sala Segunda.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 17 de diciembre de 2014, dictó la sentencia núm. 742, en la que se condena, entre otros, a Rogelio como responsable en concepto de autor de un delito de **estafa**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de 6 meses con una cuota de 6 euros diarios.

Contra esta resolución se interpone recurso de casación por el condenado. Se formalizan dos motivos. El primero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , denuncia infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba. A tal fin se designan en el escrito de interposición cerca de una veintena de documentos que llevarían a la obligada rectificación del factum. A juicio del recurrente éste ha sido proclamado con un palmario error valorativo. Entiende que el relato de hechos probados contiene afirmaciones que carecen de todo respaldo documental y, lo que es más importante, omisiones fácticas que conducen a errores que, una vez subsanados por la simple lectura de esos documentos, deberían llevar a una rectificación del relato fáctico. En el segundo de los motivos se sostiene, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , a la vista de la inexistencia de prueba acreditativa sobre la concurrencia de los elementos que conforman el tipo penal del delito de **estafa** por el que se ha pronunciado condena. No se ha acreditado -alega la defensa- el engaño bastante que da vida al delito de **estafa** y tampoco consta una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio.

Tiene razón el recurrente.

La afirmación de la autoría de Rogelio como responsable de un delito de **estafa** vulnera el contenido material del derecho constitucional a la presunción de inocencia. La Sala constata una importante grieta estructural en el juicio histórico proclamado en la instancia. También aprecia insuficiencia probatoria respecto de los



elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal por el que se ha formulado condena. Y esa falta de sostén incriminatorio encierra precisamente la infracción constitucional que se denuncia en el segundo de los motivos. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que la parquedad probatoria contagia el razonamiento de los Jueces de instancia, hasta el punto de verse aquél afectado por una más que apreciable incoherencia lógica cuando se trata de razonar el juicio de autoría.

Conviene recordar que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia -decíamos en las SSTS 444/2011, 4 de mayo ; 954/2009, 30 de septiembre y 49/2008, 25 de febrero - autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la STS 1199/2006, 11 de diciembre -, que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a *quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

2.- El relato de hechos probados da cuenta de cómo el acusado Rogelio , en su condición de administrador único de la mercantil Grupo Boca de Restauración Integral S.L, había celebrado un contrato de arrendamiento, con fecha 29 de abril de 2009, respecto del local de negocio sito en la calle General Pardiñas núm. 61, con acceso a la calle Juan Bravo, en Madrid. Señala también que como consecuencia del impago de las rentas adeudadas a la entidad propietaria del referido local -GEASA-, se siguió el juicio verbal núm. 2256/10 ante el Juzgado de Primera instancia núm. 82 de Madrid y se dictó, con fecha 9 de marzo de 2011, sentencia resolutoria del contrato. Se precisa que la resolución del contrato de arrendamiento y la consiguiente sentencia de desahucio eran extremos conocidos por el acusado.

Se describe en el factum que los querellantes Estela y Alexander , vieron un anuncio en el portal *Idealista.com* en el que se ofertaba en arrendamiento el citado local con un precio de traspaso de 135.000 euros. Tras varias entrevistas y después de un proceso de negociación, "... el 26 de junio de 2011, el acusado en su condición de administrador único de la mercantil Grupo Boca de Restauración Integral S.L, actuando con ánimo de lucro ilícito, y aparentando ser el arrendatario del local de negocio sito en la calle Juan Bravo 29 de Madrid, recibió de Estela y Alexander un cheque de 80.000 euros más 14.000 euros de IVA en concepto de traspaso del referido local de negocio sin que el transmitente tuviera ninguna facultad de disposición ni utilización sobre el mismo".

A) La lectura del factum anticipa, por tanto, que el engaño determinante de esa entrega de 94.000 euros lo fue la simulación por el acusado de su condición de arrendatario del local de negocio sito en el número 29 de la calle Juan Bravo de Madrid.

Con carácter general, está fuera de dudas que la atribución de una titularidad jurídica que otorgaría una facultad de disposición de la que en realidad se carece, es potencialmente idónea para la comisión de un delito de **estafa**. Más allá del debate acerca de si esa simulación debería ser calificada con arreglo al tipo básico del art. 248 del CP o la **estafa** específica tipificada en el art. 251 del CP -cuestión que, a la vista del desenlace del presente motivo desborda el objeto del recurso-, es indudable que quien dispone de aquello que no le pertenece y finge frente a un tercero gozar de facultades jurídicas de las que carece, colma el engaño que, como hemos dicho en otras ocasiones es " *la espina dorsal* " del delito de **estafa** (cfr. por todas, SSTS 565/2012, 29 de junio ; 1092/2011, 19 de octubre ; 61/2004, 20 de enero y 300/1999, 1 de marzo ). Si esa puesta en escena por parte del acusado, Rogelio , hubiera generado un error en los querellantes, hasta el punto de determinarles a realizar un acto dispositivo en concepto de traspaso por importe de 80.000 euros más 14.000 euros de IVA, la existencia del delito de **estafa** estaría fuera de toda duda.

Sin embargo, cuando la Sala examina el documento clave determinante de la entrega del dinero -folio 42-, nada de lo que se dice en el factum aparece respaldado por prueba suficiente. Nuestro examen de este documento no busca una nueva valoración probatoria llamada a rectificar la asumida por el Tribunal de instancia. Tampoco persigue ponderar su autosuficiencia con el fin de provocar una rectificación del relato de hechos probados. Nos limitamos, en el ámbito funcional que es propio del recurso de casación, a comprobar si la prueba invocada en respaldo de la secuencia fáctica proclamada en la instancia, es inequívocamente de cargo y, además, a analizar si el proceso de valoración se ajusta a las exigencias lógicas impuestas por el canon constitucional de apreciación probatoria.

Pues bien, desde esta perspectiva es evidente que cuando el factum proclama que Rogelio engañó a sus víctimas "... *aparentando ser el arrendatario del local de negocio sito en la calle Juan Bravo 29 de Madrid*", el documento invocado para respaldar probatoriamente esta aseveración fáctica, debería reflejar, de una u



otra forma, con uno u otro matiz, una simulación idónea para engañar a quien efectuó el acto de transmisión patrimonial a favor del autor. Sin embargo, lo que la Sala observa al analizar el documento obrante a los folios 42 a 50 no es, desde luego, un contrato de traspaso de local de negocio. Dicho en los términos empleados por el art. 32 de la Ley 29/1994, 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, no se trata de un negocio jurídico de cesión de contrato. Tampoco de un acuerdo de subarriendo. Lo que aquel documento refleja es un contrato de arrendamiento *ex novo*, suscrito con fecha 29 de julio de 2011, por la sociedad propietaria del local - *Gestión Estudio y Asesoramiento Urbano S.A*, que actuaba representada por Victorio - y por la entidad arrendataria *Philly Sandwich S.L* que estaba representada, según se expresa en el apartado llamado a identificar a los intervinientes, por Rogelio -el acusado- y Estela -una de las querellantes-.

La Sala no puede avalar un razonamiento conforme al cual el engaño consistió -según el *factum*- en simular ser el arrendatario del local de negocio sito en el núm. 29 de la calle Juan Bravo de Madrid, si para respaldar ese enunciado se señala un documento en el que no hay vestigio de esa simulación. Antes al contrario, se trata de un contrato de arrendamiento cuya validez y eficacia en modo alguno están subordinadas a la preexistencia de un contrato sobre el mismo local que vinculaba a la entidad *Gestión Estudio y Asesoramiento Urbano S.A* y al acusado. Ese contrato sobre el mismo local existió. De hecho, está incorporado a la causa -folios 82 a 88 y 307 a 310-. Fue otorgado con fecha 29 de abril de 2009, pero había sido resuelto en virtud de sentencia judicial dictada meses atrás -9 de marzo de 2011- por el Juzgado de Primera instancia núm. 82 de Madrid - folios 89 a 91-. Carece de toda lógica que aquel a quien se atribuye el engaño consistente en simular la vigencia de un contrato de arrendamiento, aparezca en el contrato de fecha 29 de julio de 2011, no como arrendatario con derecho a cesión, subarriendo o -en la terminología previgente- con *derecho atraspaso*, sino como un nuevo arrendatario que, por si fuera poco, comparte esa condición con la querellante Estela . Y ambos comparecen, además, no en su condición de personas físicas, sino en representación de una sociedad a la que ambos están vinculados - *Philly Sandwich S.L* -.

Conforme a esta idea, el razonamiento conclusivo del Tribunal de instancia acerca de la acreditación del engaño carece de razonabilidad: "... lo determinante en la calificación jurídica del delito de **estafa** consiste en el engaño llevado a cabo por el acusado y consistente en hacerles creer que era titular de un derecho de traspaso de local de negocio por estar vigente el contrato de arrendamiento del mismo". En efecto, el tantas veces citado documento de 29 de julio de 2011 lo que acredita es justamente lo contrario: a) que el acusado Rogelio no aparece descrito en los antecedentes como titular arrendatario de un local respecto del que gozaría de un derecho de traspaso; b) que Estela y Alexander no asumen la condición jurídica de subrogados en la preexistente posición jurídica que ocuparía respecto de ese local el propio acusado; c) que, antes al contrario, Rogelio y Estela se sitúan ahora en una renovada posición jurídica de arrendatarios, sin que se describa mecanismo jurídico alguno de subrogación; d) que el mismo propietario del local que dos años antes se lo había arrendado al acusado Rogelio y que había instado su lanzamiento por falta de pago de las rentas, es el que suscribe un nuevo contrato -resuelto el anterior por decisión judicial- y cede el disfrute de aquél a la entidad *Philly Sandwich S.L*, representada por Estela y Rogelio .

Un elemental sentido de congruencia discursiva habría exigido al Tribunal de instancia exteriorizar en qué documento, conforme a qué estrategia o mediante qué episodio de simulación, el acusado Rogelio habría conseguido engañar a Estela y a Alexander . La existencia de ese engaño se da por acreditada con exclusivo fundamento en las alegaciones de los perjudicados. El razonamiento inculpatario no menciona por qué se neutraliza el valor probatorio de un documento -el contrato de fecha 29 de julio de 2011- que, al menos formalmente, expresa la verdadera voluntad comercial de las partes intervinientes. En el presente caso, la Audiencia no precisa cómo se explica que quien afirma haber sido engañada por quien dijo ser arrendatario con derecho a traspaso, otorgue un contrato, no con el arrendatario que se atribuye falsamente una titularidad de la que carece, sino con el verdadero propietario del local. Cómo se explica, en fin, que el autor del engaño, lejos de ceder el disfrute del local a cambio del cobro de la cantidad de 80.000 euros, permanezca vinculado a su disfrute, ahora mediante su condición de administrador mancomunado de la entidad arrendataria, *Philly Sandwich S.L*.

El razonamiento que el Tribunal *a quo* dedica en el FJ 2º de la sentencia recurrida a justificar la realidad del engaño no es ajeno a cierto sabor apodíctico. Llevado a sus últimas consecuencias, la falta de titulación jurídica por parte de los querellantes y la confusión terminológica derivada del cambio legislativo en materia de arrendamientos urbanos, serían suficientes para tener por acreditado el engaño: "... Estela y Alexander no son letrados, ni tenían experiencia en arrendar locales de negocio. Lo que se denominaba derecho de traspaso, es ahora cesión de local y esa puede ser la razón por la que escapa del conocimiento de los contratantes que iban a carecer de dicho derecho al igual que carecía del mismo el acusado, máxime cuando se les oculta que en cualquier caso, y aunque lo hubieran tenido, al haber sido rescindido el contrato de arrendamiento por falta de pago de rentas, tal derecho lo habría perdido". Da la impresión incluso que en ese fragmento de la fundamentación jurídica se ensancha la maniobra engañosa hasta el punto de incluir en ella la incorporación en





el contrato de 29 de julio de 2011 de una cláusula por la que los nuevos arrendatarios renunciaban al derecho de cesión o subarriendo (cláusula 14).

La Sala de instancia, sin embargo, debería haber construido el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr. SSTs 1125/2010, 15 de diciembre; 1014/2010, 11 de noviembre y 985/2010, 3 de noviembre, entre otras).

B) A la falta de un juicio inferencial que haya tomado como referencia el significado jurídico del contrato de arrendamiento por el acusado y los querellantes con el propietario del local tantas veces citado, se añade otro elemento que refuerza, si necesario fuera, las ideas de insuficiencia probatoria y carencia motivacional.

En efecto, en el juicio histórico se sostiene que, como consecuencia del engaño urdido por Rogelio, éste habría recibido de Estela y Alexander "... un cheque de 80.000 euros más 14.000 euros de IVA en concepto de traspaso del referido local de negocio".

Sin embargo, también ahora la realidad que expresan los documentos tomados en consideración por la Sala sentenciadora y puestos de manifiesto por el recurrente, choca frontalmente con esa afirmación. En el factum se sostiene que el pago de lo que se llamó "traspaso" se realizó: a) por Estela y Alexander a favor de Rogelio; b) mediante un cheque de 80.000 euros más 14.000 en concepto de IVA.

Sin embargo, ni lo uno ni lo otro aparece debidamente justificado.

El recurrente manifiesta que no existe rastro documental de ese cheque que, por si fuera poco, no aparece en las actuaciones. Su existencia, sin embargo, se afirma por la parte recurrida. Lo cierto es que en el pasaje de la fundamentación jurídica en el que la Audiencia Provincial debería haber motivado en virtud de qué documento da por probado el pago de ese título, lo hace con el siguiente argumento: "... los querellantes abonan un importe de 80.000 euros más 18% de IVA, a favor del Grupo Boca (folio 53) en concepto de traspaso local sito en C/ Juan Bravo núm. 29 contra factura de fecha 29 de julio de 2014". Sin embargo, al folio 53 no existe ningún extracto bancario o, en fin, cualquier documento acreditativo de esa transferencia. Lo que se aprecia es una factura emitida por la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L -sociedad de la que es representante legal el acusado Rogelio - girada contra la entidad Philly Sandwich S.L -sociedad a la que también está vinculado el acusado y en cuyo nombre y representación compareció en el acto de formalización del contrato de arrendamiento de 29 de julio de 1911-.

El desacuerdo con el proceso valorativo desarrollado por los Jueces de instancia se hace todavía más patente cuando en el FJ 2º de la resolución cuestionada se sugiere que el traspaso se abonó, no mediante un cheque, sino con cargo a transferencias realizadas por la sociedad Philly Sandwich S.L al grupo Boca de Restauración Integral S.L.

Por otra parte, se da la circunstancia de que el dinero transferido, no lo fue, como se sostiene en el factum, con cargo al patrimonio personal de Estela y Alexander, sino mediante entregas fraccionadas que salían de la cuenta de la entidad Philly Sandwich S.L, sociedad de la que, como hemos dicho, formaba parte el suero del acusado y a la que podía obligar el propio Rogelio, en su condición de administrador mancomunado.

C) El examen de la causa -autorizado por el art. 899.2 de la LECrim - y, de modo especial, los documentos invocados por la defensa en su recurso, ponen de manifiesto la existencia de transferencias dinerarias que tenían como último beneficiario al acusado Rogelio. Sin embargo, ni el contenido de esos documentos, ni el sentido que a los mismos atribuye la Audiencia, reflejan que esas entregas estuvieran causalmente conectadas al engaño que se declara probado en el factum. La simulación de la condición jurídica de arrendatario y el cobro del consiguiente "traspaso" -cesión o subarriendo-, en modo alguno se derivan del negocio jurídico que está en el origen de la entrega del dinero. El contrato de arrendamiento otorgado con fecha 29 de julio de 2011 (folios 42 a 50) no es un contrato de cesión o subarriendo. De ahí que las cantidades que se abonan en ejecución de lo pactado tampoco pueden ser consideradas como el precio del traspaso.

Si el argumento mediante el que se construye la autoría de un delito de **estafa** quiere centrarse en que, pese al contenido literal del acuerdo de 29 de julio de 2011, Rogelio utilizó estratagemas de ocultación que impidieron a Estela y Alexander conocer realmente el alcance de lo que pactaron, los elementos de cargo sobre los



que respaldar esa hipótesis fáctica deberían haberse hecho mucho más explícitos. Lo que el juicio histórico proclama es que la simulación consistió en aparentar la condición de arrendatario del local. Y nada de eso aparece acreditado.

La parquedad argumental no puede subsanarse invocando la condición de los querellantes como personas sin experiencia y carentes de nociones jurídicas. No es descartable que el acusado contara con muchos más conocimientos prácticos en el mundo de la hostelería que los dos querellantes. Es probable también que esa mayor experiencia le llevara a aprovechar la iniciativa empresarial de Estela y Alexander, hasta el punto de sumarse a ella novando la titularidad jurídica que, hasta el momento de la resolución judicial, le había permitido disfrutar del local sito en el núm. 29 de la calle Juan Bravo. Quizás la preeminente posición del acusado frente a sus interlocutores pueda estar en el origen del pago de cantidades que llegaron a beneficiarle cuando la sociedad *Philly Sandwich S.L* -bien pronto, por cierto- vio frustrados sus objetivos comerciales. La justicia o injusticia de esos pagos no puede ser reparada en vía penal. El delito de **estafa** presenta una estructura típica cuya concurrencia no puede nunca darse por supuesta. No todo engaño es idóneo para integrar el tipo previsto en el art. 248 del CP. Sólo encierra esa virtualidad aquel que determina causalmente un error en la víctima y que lleva a ésta a realizar un acto de desplazamiento patrimonial en su propio perjuicio o en el de un tercero. Precisamente por ello, tampoco todo error -incluso el que afecta al título jurídico en virtud del cual se efectúa una entrega dineraria- puede justificar la existencia del delito de **estafa**. Que los documentos que reflejan las transferencias bancarias incluyan la mención a un " *traspaso*", no permite precipitar, sin justificación probatoria alguna, el resto de los elementos que definen el delito de **estafa**. Tampoco lo autoriza el que ese vocablo estuviera presente en las negociaciones que precedieron a la definitiva fijación de las prestaciones asumidas por cada una de las partes. La parte querellante sitúa en la reiterada utilización de ese concepto jurídico -sin cobertura normativa en el actual régimen jurídico del contrato de arrendamientos urbanos, regido por el art. 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre - la justificación del delito de **estafa**. La defensa aduce que la entrega de la cantidad inicialmente pactada -80.000 euros- obedecía al pago del mobiliario y de la industria que ya se hallaba instalada en el local sito en el núm. 61 de la calle General Pardiñas. Sin embargo, esta discrepancia, que la Audiencia ha resuelto optando por la versión de los querellantes, no es suficiente, por sí sola, para la afirmación del juicio de tipicidad. Lo que el hecho probado declara, insistimos, es que el acusado simuló ser arrendatario del local sobre el que se iba a instalar el negocio regentado por la entidad *Philly Sandwich S.L*. Y esa afirmación está en abierta contradicción con el contenido del documento de fecha 29 de julio de 2011, en el que en modo alguno se alude a un contrato de cesión, subarriendo o, si se quiere, *traspaso*.

Esta Sala no puede adentrarse en una valoración probatoria propia, llamada a desplazar la asumida por el Tribunal de instancia. Nos lo impide el significado del principio de inmediación, sólo presente en el desarrollo de la actividad probatoria que se actúa en la instancia. De ahí que limitemos nuestro ámbito cognitivo al examen de la suficiencia probatoria del relato de hechos probados y, con él, a la congruencia lógica con la que esos elementos probatorios han sido ponderados. Y desde esta perspectiva, el vacío probatorio sobre los elementos definitorios del delito de **estafa** impone como obligada consecuencia la absolución del acusado.

3.- Este pronunciamiento ha de hacerse extensivo a la condena de la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, que también ha sido declarada autora, al amparo del art. 31 bis del CP de un delito de **estafa**.

La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad ( art. 5 CP ). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

El efecto extensivo que el art. 903 de la LECrim impone respecto de las decisiones favorables que se deriven de la interposición de un recurso de casación, sugiere importantes matices cuando la exoneración de la responsabilidad por vulneración del derecho a la presunción de inocencia se declara respecto de la persona física que ha actuado en nombre de la sociedad que ha resultado también condenada. En el presente caso, sin embargo, el laconismo de la sentencia de instancia respecto del fundamento de la responsabilidad criminal declarada en relación con la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, el silencio de los recurrentes y, sobre todo, la irrelevancia penal del hecho de referencia, conducen a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad receptora de las transferencias económicas que fueron abonadas por los querellantes.

4.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.



### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Rogelio**, contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida contra el mismo por un delito de **estafa, casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia D. Carlos Granados Perez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Septiembre de dos mil quince.

Por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado núm. 1627/2014, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Madrid, se dictó sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014, que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada 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. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del segundo de los motivos entablados, declarando que la afirmación del factum relativa a que el acusado recibió un cheque de 80.000 euros más 14.000 euros de IVA, "*... aparentando ser el arrendatario del local del negocio sito en la calle Juan Bravo 29 de Madrid (...) en concepto de traspaso del referido local de negocio sin que el transmitente tuviera ninguna facultad de disposición ni utilización sobre el mismo*", carece de sustento probatorio y ha sido proclamada sin ajustarse a las reglas que definen un sistema racional de valoración probatoria.

2.- Conforme se razona en el FJ 3º de la primera sentencia, el pronunciamiento absolutorio ha de extenderse a la condena declarada respecto de la entidad mercantil *Grupo Boca de Restauración Integral S.L.*

### III. FALLO

Que **debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Rogelio del delito de **estafa** por el que había sido condenado en la instancia.

Que **debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a la entidad mercantil **GRUPO BOCA DE RESTAURACIÓN INTEGRAL S.L.** del delito de **estafa** por el que había sido condenada en la instancia.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia D. Carlos Granados Perez

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