



Roj: **STS 3706/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3706**

Id Cendoj: **28079120012022100797**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **4536/2020**

Nº de Resolución: **810/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2029/2020,**
STS 3706/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 810/2022

Fecha de sentencia: 13/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4536/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4536/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 810/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García



D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 4536/2020 interpuesto por **Juan Manuel** representado por el Procurador de los Tribunales D. Jose María Hidalgo Sevillano, y bajo la dirección letrada de D^a Silvia Ponce Salinas; y por Ángel Daniel, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Verónica García Simal, y bajo la dirección letrada de D. Manuel Zabala Albarrán, contra la sentencia nº 137 dictada con fecha 8 de mayo de 2020, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla que condena a ambos recurrentes como autores de un delito de estafa sobre vivienda.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y la acusación particular, Ángela, y Avelino, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Nuria Romero Guisado y bajo la dirección letrada de D^a María del Carmen Ramos Benjumea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento abreviado 7603/2018 (dimanante del PA 40/2016, seguidas en el Juzgado Mixto nº 2 de Marchena), seguido ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, con fecha 8 de mayo de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Ángel Daniel y Juan Manuel como responsables de un delito de estafa sobre vivienda, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<**Primero.**- El día 26 de febrero de 2010, Avelino y Ángela suscribieron con el acusado Juan Manuel, mayor de edad, sin antecedentes penales, que actuaba como administrador solidario de la entidad Rubercon S.A.L., un contrato privado de compraventa por plano de la casa nº NUM000 de la 2ª fase de la Unidad de Actuación nº 18 de las Normas Subsidiarias Marchena, que se decía que estaba en proyecto de ejecución, y en la que los primeros querían adquirir para constituir en ella su primera vivienda.

Previamente a dicho contrato, Avelino y Ángela se habían interesado por la adquisición de una de las viviendas en construcción de la 1ª Fase de dicha UA 18, pero como Juan Manuel les dijera que estaban vendidas y les ofreciera la adquisición de una casa del conjunto residencial DIRECCION000 que decía que tenían proyectado su promoción y construcción (fase 2ª de UA 18), aceptaron reservar su compra, mediante la entrega de 6.955 euros como señal el día 12 de agosto de 2019 y 7.415,10 euros el 1 de diciembre siguiente, llegando a suscribir el contrato de compraventa antes indicado en la fianza depositada en el acusado, Juan Manuel, quien les aseguraba que la vivienda se iba a construir, no obstante saber, éste, que no se iba a hacer dada la falta de disponibilidad económica y de financiación que sufría Rubercon S.A.L. que, incluso, le impedía finalizar la fase 1ª de la UA 18, y consiguientemente, iniciar una nueva fase, lo que ocultó a los compradores, quienes a la firma del contrato privado abonaron 7.490 euros y aceptaron 35 letras de cambio de las que Juan Manuel, con conocimiento y consentimiento de su hermano Ángel Daniel, mayor de edad, sin antecedentes penales, también administrador solidario de Rubercon S.A.L., descontaron y cobraron seis de ellas por importe cada una de 588.60 euros y vencimiento el último día de marzo a agosto inclusive de 2010, y una letra de 1.728,00 euros de fecha uno de agosto de 2010.

El precio de venta de la vivienda ascendía a 169.963,00 euros y debía ser entregada a los adquirentes en el 4º trimestre de 2012.

De dicha operación tuvo conocimiento y se realizó con la aceptación de ambos administradores solidarios (Juan Manuel y Ángel Daniel), quienes en la fecha del contrato aludido ya no tenían intención de construir la 2ª fase proyectada años antes, cuando las circunstancias económicas de la sociedad que administraban eran mejores. No obstante ello, ocultaron a los denunciados que estaban imposibilitados para sufragar la nueva construcción y no la iban a realizar, para no devolver el dinero recibido, suscribiendo el contrato de compraventa con el fin de obtener un mayor beneficio económico, disponiendo del dinero sin realizar actuación alguna para cumplir con lo acordado, manteniendo sus promesas ante las reclamaciones de los perjudicados, cuando sabían que no eran ciertas y ni siquiera habían solicitado licencia de obras para edificar la predicha 2ª fase. >>

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

<<Debemos condenar y condenamos a Juan Manuel y Ángel Daniel, como autores penalmente responsables de un delito de estafa sobre vivienda, ya definido, concurriendo la circunstancia de dilaciones indebidas, a las siguientes penas:



A Juan Manuel , DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de siete meses y quince días con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y pago de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular.

A Ángel Daniel , UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses y quince días con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y pago de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Igualmente, por vía de responsabilidad civil les condeno a que abonen conjunta y solidariamente a Avelino y Ángela en la cantidad de 27.119,70 euros más los intereses legales del art. 576 de la L.E.C

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la misma. >>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por Ángel Daniel y Juan Manuel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación legal de Juan Manuel alegó los siguientes **motivos de casación:**

Primero.- [...] se renuncia al mismo.

Segundo.- POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del N° 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, (que fundamenta que Juan Manuel ha aportado una serie de documentos que vienen referidos a las obras de urbanización realizadas para la urbanización de la UA-18), sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. [...]

Tercero.- POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del N° 2 del artículo 849 de la Ley procesal (al no atender la Sala a la postulación de esta parte en relación con apreciación de la atenuante de reparación del daño) al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.- En todo caso, la Sentencia de la instancia, al condenar a mí representado como autor de un delito de estafa, penado en los artículos 248 y 250 1.1. del Código penal y no apreciar la atenuante de reparación del daño infringe el artículo 24.2 de la Constitución en relación con su **Derecho** a la Presunción de Inocencia."

QUINTO.- La representación legal de Ángel Daniel alegó los siguientes **motivos de casación:**

Primero.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, En relación con el mismo artículo 5.4 de la L. O. P. J., la Sentencia infringe el **Derecho** de mi representado a la igualdad, del artículo 14 de la constitución, a la seguridad jurídica del artículo 9.3 del texto constitucional, a la **tutela judicial**, ex artículo 24 de nuestra constitución, vulneración del principio non bis in ídem, al no apreciar, que, si realmente existiera delito alguno, sería un delito continuado, lo cual también vulnera el principio de culpabilidad, todo ello por no suspender las actuaciones solicitada para su acumulación a otro proceso. [...]

Segundo.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, En relación con el mismo artículo 5.4 de la L.O.P.J., la Sentencia infringe el **Derecho** de mi representado a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de Nuestra Constitución y el principio consagrado constitucionalmente "in dubio pro reo". [...]

Tercero.- QUEBRAMIENTO DE FORMA al amparo del Artículo 851 Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que:

- a) En la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.
- b) Resultan manifiesta contradicción entre los hechos probados. [...]

Cuarto.- INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del N.º 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador. [...]

Quinto.- INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del N.º 2 del artículo 849 de la Ley procesal, (al no atender la Sala a la postulación en relación con apreciación de la atenuante de reparación del daño) al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.[...]



Sexto.- INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del N.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de la acusación particular formula oposición al recurso de casación. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de febrero de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 28 de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Juan Manuel

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter.

El recurrente no desarrolla el motivo y renuncia al mismo.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador (que fundamenta que Juan Manuel ha aportado una serie de documentos que vienen referidos a las obras de urbanización realizadas para la urbanización de la UA-18) sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Designa como documentos que muestran el error cometido:

1º Documento nº 4 (folio 95 actuaciones). Extracto bancario por importe de 940,00 €, relativos al cargo del aval depositado ante el Ilmo. Ayuntamiento de Marchena para dar garantías de obras del proyecto de urbanización de la UA-18 de la NN. SS. de Marchena, de fecha 6-5-2012.

2º Documento nº 6 (folio 99). Acuerdo de la entidad Rubercon SAL y la entidad Ferroeivi SLU, por el que la primera asume el coste de construcción de un muro perimetral para delimitar la UA-18 de la NN.SS Marchena, con unos terrenos propiedad de Renfe, exigido por la normativa urbanística. Muro cuya construcción se terminó en el año 2011, e importó 17.414,82 €.

3º Documento nº 10 (folios 111 y 112) acreditativo de la asunción de coste por parte de Rubercon SAL por importe de 41.522,01 €, en relación con los convenios eléctricos relativos a las fincas urbanísticas pendientes de desarrollo en la UA.18 de la NN.SS en el año 2012.

Documentos que, a juicio del recurrente, modificarían el hecho probado en el extremo que dice: "...quienes en la fecha del contrato aludido (26-02-2010) ya no tenían intención de construir la 2ª fase proyectada años antes..."

2.1.- Previamente debemos recordar, vid. STS 394/2022, de 21-4, que el error a que atiende este motivo de casación, se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por error iuris se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo este, art. 849.1 LECrim, que a su vez, como ya hemos señalado, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim o en la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ.

Siendo así, esta vía casacional del art. 849.2 LECrim conforme reiterada doctrina de esta Sala -por todas ss. 72/2021, de 28-1; y 83/2022, de 27-1- exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).



No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de **derecho** que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

2.2.- Expuesto lo anterior, este motivo de casación tampoco podrá prosperar, cuando el recurrente pretende una nueva valoración de la prueba documental, sin que en sus alegaciones concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para entender concurrente el motivo de interés casacional recogido en el artículo 849.2 LECrim.

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842)) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, 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, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514), es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el



Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "litosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

2.3.- En el caso presente, el hecho probado cuestionado, tal como se ha señalado, se refiere a que los acusados "no tenían intención de construir la 2ª fase proyectada", hecho probado que resulta de la valoración de una serie de pruebas, entre otras los propios documentos designados aportados en la fase instructoria, y que la sentencia destaca: falta de actividad a fecha 15-9-2015 (folios 9 y 10 sentencia) "ausencia de actividad alguna tendente a cumplir con el compromiso constructivo asumido por los acusados, la declaración en el plenario de Ángel Daniel que reconoció que fase 1ª no la pudieron terminar como las anteriores. Extremo este de que no se realizó actuación alguna tendente a la construcción de las viviendas -ni siquiera a completar la urbanización de la 1ª fase- ni menos aún de la 2ª fase, que la sentencia considera acreditado del informe de la Guardia Civil, a instancias del Juzgado, de fecha 15-9-2015, en el sentido de que tras una inspección del terreno que comprendía la fase II, donde se ubicaba la casa NUM000 transmitida, existía en dicho lugar un "solar o descampado".

Valoración igualmente corroborada por el informe del arquitecto municipal sobre la inexistencia de solicitud de licencia para edificar en las manzanas de terreno comprendidas en la fase II, y por el acta de recepción de las obras de urbanización UA-18 1ª fase, en fecha 31-7-2022, posterior al contrato de compraventa de los perjudicados e incluso a los documentos designados, habiendo tenido que solicitar los vecinos de dicho conjunto inmobiliario al Ayuntamiento de Marchena, la ejecución del aval consignado en garantía de la ejecución.

En base a lo expuesto, ninguno de los tres documentos son litosuficientes, en el sentido de evidenciar por sí solos el error cometido por el juzgador, careciendo por ello de la necesaria aptitud demostrativa directa y virtualidad para modificar pronunciamientos del fallo.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim (al no atender la Sala a la postulación de la parte en relación con apreciación de la atenuante de reparación del daño) al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Señala como documentos:

1º) 24 letras de cambio emitidas por el denunciante, Sr. Avelino, por un importe de 588,60 € cada una, en poder de Rubercon SL, que no fueron presentadas al cobro una vez que el proyecto de construcción de la promoción devino fallido.

2º) 4 letras de cambio emitidas por el denunciante Sr. Avelino, por un importe de 1.728,00 € cada una, en poder de Rubercon SL, que no fueron presentadas al cobro una vez que el proyecto de construcción de la promoción devino fallido.

Considera el motivo que el hecho de no haber presentado al cobro estas letras legitimadas por un contrato de compraventa no denunciado a esas fechas y en contra de su propio beneficio, debió dar lugar a la apreciación de la atenuante de reparación, y cuestiona el argumento de la Sala en cuanto adolece de un error aritmético: "De estimar la atenuación invocada sería sobre la base de cuantificar el daño causado más el importe de las letras no descontadas, lo que podría haber motivado que se apreciara la agravación del art. 250.6 CP y ello resulta un contrasentido irrazonable."

3.1.- El motivo deviene improsperable. Aun siendo cierto el error aritmético de la sentencia recurrida -error, por cierto, en el que también incurre el recurrente, pues el importe total de las letras no descontadas ascendió a 21.038,40 € (24 letras x 588,80, 14.126,40 €; y 4 letras x 1.728,00, 6.912 €, que sumadas al importe defraudado 27.119,70 €, daría la cantidad de 48.158,10 €, que no implicaría, en todo caso, la concurrencia de la agravación del art. 250.6 CP, la falta de aplicación de la atenuante de reparación del art. 21.5 CP, la fundamenta la sentencia recurrida en que "el perjuicio que se ha tenido en cuenta a la hora de calificar el delito es el realmente causado,



cuya reparación en modo alguno se ha producido ni minorado, no siendo aceptable considerar como atenuante, que no se haya querido causar un mal mayor, ni en este delito, ni en otros delitos patrimoniales en los que se tiene en cuenta el perjuicio provocado no el que pudo ser."

3.2.- Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial al respecto contenida, entre otras, en SSTS 24/2017, de 11-2; 125/2018, de 15-3; 293/2018, de 18-6, que viene recordando que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión, recuerda la STS 345/2013, de 21 de abril, se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. Pero, aun así, precisa esta resolución, con cita de la STS 1028/2010, de 4 de noviembre, la reparación debe proceder del culpable, aun cuando se admita que la haga **efectiva** un tercero por encargo de aquel.

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable". Ello hace que se excluyan: 1.-los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.-supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.-conductas impuestas por la Administración. 4.-simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTs 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTs 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTs 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

3.3.- Por ello el fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones: a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la



pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los **derechos** de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

Se añade en esa Sentencia que la actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaban mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento **judicial**...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

Recapitulando nuestra doctrina jurisprudencial, tiene establecida una doctrina que resume la sentencia 239/2010, de 24 de marzo, que a su vez se remite a otras resoluciones anteriores (SSTS 225/2003 de 28-2; 1517/2003, de 28-11; 701/2004, de 6-5; 809/2007, de 11-10; 78/2009, de 11-2; 1238/2009, de 11-12), doctrina que se condensa en los siguientes párrafos:

"...la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de



los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la **efectiva** reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

3.4.- En el caso presente el recurrente no realizó acto alguno de reparación del daño causado, no puso a disposición de los denunciados cantidad alguna ni devolvió el dinero recibido, su actuación se limitó a no descontar el resto de las letras recibidas de aquellos, cuyas fechas de vencimiento no constan, ante -y así se recoge en el factum- la falta de disponibilidad económica y de financiación que sufría la empresa de los acusados con importantes deudas con Hacienda, que haría inviable cualquier intento de descuento de las cambiales.

CUARTO.- El motivo cuarto se limita a señalar que "en todo caso, la sentencia de instancia, al condenar a mi representado como autor de un delito de estafa, penado en los arts. 248 y 250.1.1. CP y no apreciar la atenuante de reparación del daño infringe el art. 24.2 CE en relación con su **derecho** a la presunción de inocencia, ya que la interpretación y la valoración de la prueba se ha elaborado contra el reo."

La falta de desarrollo del motivo conlleva su desestimación, dado que tal como razona la sentencia recurrida (fundamento jurídico 4º) es la persona que contacta con los compradores, acuerda con ellos la reserva de la vivienda y posteriormente firma con ellos, en representación de la sociedad Rubercon SAL, de la que era administrador solidario, el contrato de compraventa, siendo el receptor del dinero y el encargado de descontar las letras de cambio.

Y ello en virtud de la prueba, ya analizada en el motivo segundo, y que se detalla en el fundamento de **derecho** tercero de la sentencia de instancia.

RECURSO Ángel Daniel .

QUINTO.- El motivo primero "por infracción de precepto constitucional en relación con el art. 5.4 LOPJ, la sentencia infringe el **derecho** del recurrente a la igualdad del art. 14 CE, a la seguridad jurídica del art. 9.3 del texto constitucional, a la **tutela judicial**, ex art. 24 CE, infracción del principio de proporcionalidad de las penas, vulneración del principio non bis in idem, a no ser condenado a mayor pena que la prevista en la ley, por la agravación, por la exacerbación punitiva que conlleva, al no apreciar, que si realmente existiera delito alguno, que sería un delito continuado, lo cual también vulnera el principio de culpabilidad, todo ello por no suspender las actuaciones solicitada a principio de Juicio para acumularlas a otras que seguían por hechos conexos en otra sección de la misma Audiencia, continuados y mismos delitos, máxime a la vista de que existen procesos pendientes de Juicio sobre hechos continuos, y otros donde por los mismos hechos conexos ya ha recaído Sentencia, (Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, Sentencia n.º 110/20, de doce de marzo de dos mil veinte), donde con la práctica de la misma prueba se producen razonamientos y fallo diametralmente opuesto al aquí recurrido."

5.1.- En el desarrollo del motivo el recurrente se limita a señalar que la parte pidió la suspensión del juicio, porque existían dos procesos más contra los mismos acusados, por el mismo delito, y en las mismas circunstancias, es decir, mismo periodo, mismas promociones de viviendas, etc., si bien referido a contratos de viviendas distintos.

Estima la parte que en estos supuestos al trocear los hechos implica una multiplicación de las penas, lo que no ocurriría si se estima existe un delito continuado, dado que la imputación del recurrente en todos ellos es por el mismo motivo, el hecho de ser administrador solidario. Ello podría dar lugar a sentencias contradictorias, como ha sucedido, sin mínimo respeto a los principios de igualdad, **tutela judicial** y seguridad jurídica, debería haber llevado a la Sala de instancia a suspender las actuaciones y acumular todos los procesos y como no se hizo, entiende que la sentencia recurrida es nula e infringe los preceptos constitucionales denunciados.

Esta cuestión como previa se planteó al inicio del juicio por la defensa de Ángel Daniel , al interesar la acumulación a las presentes actuaciones de las tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, con el nº de Procedimiento Abreviado 10/2016, por estimar que los hechos objeto de las mismas son conexos con los de esta causa y han sido turnados para su enjuiciamiento a esta Sección de la A.P. de Sevilla, alegando que de aceptarse su pretensión, podría dar lugar a una calificación como delito continuado de estafa que podría beneficiar a los acusados.



Petición que fue denegada (fundamento **derecho 1º**) por el Tribunal de instancia en el acto del plenario "por considerarla, en primer lugar, extemporánea, ya que constaba incorporada a la causa la denuncia que dio lugar al procedimiento abreviado 10/2016 y nada se había indicado por la defensa hasta el inicio del juicio oral, y también, porque el único dato común a los hechos ahora enjuiciados, era la intervención de los acusados. Se trata de hechos distintos y afectan a otros perjudicados, además de tener los hechos allí denunciados una distancia temporal con los de este procedimiento de varios años, lo que impide considerar la posibilidad de una calificación como delito continuado."

El motivo deviene improsperable.

5.2.- El delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica" que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva, pues como señala la STS 505/2006, de 10-5, "si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva."

En este orden de ideas la especificación del delito continuado requiere la concurrencia de una serie de requisitos (SSTS 86/2017, de 16-2; 211/2017, de 29-3; 140/2020, de 12-5) que, en lo que aquí interesa y de un modo simplificado son: a) Una pluralidad de hechos ontológicamente diferenciables; b) Un dolo unitario, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio. c) Una unidad de precepto penal violado, o al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de " *semejanza del tipo*" se ha dicho; d) La homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; y e) Una identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo agente, lo que no es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad.

Desde una consideración negativa hemos expresado: a) Que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos; b) Que los bienes jurídicos atacados no han de ser acentuadamente personales, pues la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano, primariamente insertados en la persona, dificultaría el propósito unificador y aglutinador de las distintas acciones, y c) Que no es precisa tampoco la unidad espacial y temporal, aunque sin un distanciamiento temporal disgregador que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras, cuestión que habrá de ser examinado en el caso concreto. El delito continuado precisa a este respecto que por encima del tiempo haya una ligazón o causa común aunque se diluya la unidad temporal.

No obstante ello, hemos subrayado que aun cuando el delito continuado surge de una pluralidad de acciones que vienen acompañadas de un dolo unitario o que, por más que emanen de intencionalidades diferenciadas, responden al aprovechamiento de una ocasión semejante, atacando los mismos o semejantes bienes jurídicos, no se trata de una figura destinada a resolver, en beneficio del reo, el rigor que puede resultar de la acumulación de penas en un concurso real de delitos, tal y como la recurrente pretende (SSTS 482/2000, de 21 de marzo o 136/2002, de 6 de febrero). El delito continuado se caracteriza porque entre las acciones perpetradas por el sujeto activo confluye una unidad objetiva, que muestra una misma antijuridicidad material y justifica su punición unitaria. Es la homogeneidad de los actos y del bien jurídico atacado, modelada por la búsqueda de una única meta o por el aprovechamiento de una ocasión repetida, la que muestra el exceso de que se sancionen separadamente unas actuaciones que lo que dibujan es una misma trayectoria o progresión delictiva, pero sin eludir el mayor desvalor que supone la permanencia o insistencia en el quebranto de los bienes jurídicos que el tipo penal defiende, justificándose así la potenciación de la pena que hubiera correspondido a cada uno de esos ataques individuales.

Ahora bien, la posición jurisprudencial sigue insistiendo en la necesidad de un requisito procesal a adicionar a los requisitos sustantivos extraídos del art. 74 para apreciar la figura del delito continuado, como recuerda la STS 2522/2021, de 24-1- 2022, es indispensable la unidad de proceso. No puede haber cosa juzgada, pues no hay identidad de hechos. Los hechos introducidos en el segundo proceso son materialmente distintos. De esa forma se da prevalencia a una visión predominantemente materialista del objeto del proceso penal. Por ello se han propuesto doctrinalmente paliativos más o menos imaginativos de esas consecuencias: moderación de la pena en el segundo proceso, de modo que la pena total impuesta en ambos procesos no supere la máxima imponible por el delito continuado; utilización analógica del mecanismo previsto en el art. 988 LECrim.

La STS 319/2020, de 16-6, precisa que:



"No es infrecuente que un mismo delito continuado se descomponga en diversos procedimientos a partir de la fragmentación de los distintos hechos que lo integran (cada uno de ellos típico), de manera que cada uno de estos procedimientos puede culminar con sus respectivas condenas, en vez de que una única sentencia por el delito continuado refleje la pena correspondiente a la continuidad delictiva. En estos supuestos, la jurisprudencia de esta Sala que invoca el recurso ha establecido la necesidad de introducir una corrección penológica que conduzca a la regla de proporcionalidad en la imposición de la pena legalmente prevista y evitar la demasía en que puede desembocar la reiteración de penas surgidas de la pluralidad de enjuiciamientos. Una solución semejante a la adoptada jurisprudencialmente en los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas y penales respecto a un mismo hecho, en los que la sentencia penal ha de tener en cuenta la sanción administrativa impuesta, para que el rigor sancionatorio, penal y administrativo, no supere la medida de la culpabilidad contemplada en la norma.

Dos han sido los mecanismos indiferentemente empleados por la Sala para la adecuación proporcionada del reproche a la norma punitiva: el primero, evitar que las penas impuestas en las sentencias condenatorias superen, en su conjunto, el marco penal correspondiente al hecho delictivo (STS 18 de octubre de 2004) y, el segundo, disponer que en la ulterior sentencia se descuente la pena impuesta en las precedentes (SSTS de 20 abril de 2004 o 625/2015, de 22 de diciembre). En todo caso, hemos dicho que la misma razón de proporcionalidad punitiva que justifica la revisión de la sanción, debe regir para evaluar cuál de estos dos mecanismos correctores es el más adecuado para ajustar la pena a la antijuricidad y culpabilidad apreciable conforme a las circunstancias del caso."

5.3.- En el caso que se analiza esta es la situación que reclama el recurrente, pero como se ha indicado, para ello sería preciso que los diferentes comportamientos delictivos susceptibles de integrarse en la figura del delito continuado, resultan fraccionados y suscitan una pluralidad de condenas que deberían estar comprendidas en los términos expresados en el art. 74.1. Sin embargo, el recurso desatiende que la sentencia 13-3-2020, anterior a la dictada en el presente procedimiento 8-5-2020, fue absolutoria, por lo que no nos encontraríamos ante un posible supuesto de continuidad delictiva, sino de cosa juzgada, cuestión no planteada en el motivo.

SEXTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional en relación con el art. 5.4 LOPJ. La sentencia infringe el **derecho** del recurrente a la presunción de inocencia consagrada en el art. 24 CE y el principio in dubio pro reo.

Según el motivo la sentencia presume que Ángel Daniel por el mero hecho de ser administrador solidario por ser informado junto con sus hermanos periódicamente por Juan Manuel de la situación de la empresa y las contrataciones que éste realiza, conoce que engañaba a los clientes.

Considera además que el único soporte probatorio para la condena es el testimonio del coimputado, como razona la sentencia recurrida y entiende que la declaración de Juan Manuel por sí sola es insuficiente y de ahí se deriva que se precisa la acreditación de algunos de los extremos esenciales a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado, y al margen de lo que declare Juan Manuel, ni se ha acreditado que Ángel Daniel haya intervenido en la negociación, formalización o ejecución del contrato que da lugar a esta causa, ni mucho menos que haya intervenido en el engaño, si es que este realmente ha existido, extremos esenciales del tipo delictivo.

6.1.- Respecto al alcance en casación de la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia -en procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma Ley 41/2015, con la introducción del previo recurso de apelación- (vid. SSTS 480/2012, de 29-5; 434/2014, de 3-6, 105/2017, de 21-2; 817/2017, de 13-12), establecía que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al **derecho** a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del **derecho** a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta



la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este **derecho** a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar **derechos** o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción **efectiva** y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia -ausencia que ha sido corregida por la Ley 41/2015 con la introducción del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Audiencias Provinciales- obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción **efectiva** y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

6.2.- En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida analiza, en primer lugar, la declaración del hermano-coimputado. Sobre esta prueba la jurisprudencia ha establecido con reiteración, por todas STS 707/2022, de 12-7, que es prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia, al tratarse de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (STC 68/2002, de 21-3; STS 1330/2002, de 16-7).

Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no aparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado asistido de los **derechos** a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

Por ello el Tribunal Constitucional (SSTC 102/2008, de 28-7; 91/2008, de 21-7) viene declarando que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena, si no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concretan, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

En definitiva, la doctrina del TC y de esta Sala Segunda podemos resumirla en los términos siguientes:



a) Su fundamento se encuentra en que las declaraciones de los coacusados solo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 Ce que les reconoce el **derecho** a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio **derecho** de defensa en cuanto que reconoce el **derecho** a no contribuir a su propia incriminación.

b) La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con solo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

c) Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.

d) Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado y que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

e) Que ese elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC 57/2009, de 9-3).

6.3.- Esto es lo que ocurre en el caso examinado. La Sala de instancia valoró, además de la declaración del coimputado y que no se ha aportado elemento probatorio alguno que permita dudar de su credibilidad, las testificales de los compradores en el sentido de que este acusado estaba presente cuando la compradora realizaba una entrega de dinero en efectivo, y de Juan que confirmó que Ángel Daniel realizaba labores de gruísta, pero también era la persona que recepcionaba y contrataba los suministros y firmaba la entrega de material, lo que revela que debía conocer el estado de las obras, siendo el dato objetivo de su condición de administrador solidario.

Siendo así, no se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, dado que el Tribunal ha dispuesto de prueba de cargo, válida y suficiente, ajustándose el juicio de inferencia a las reglas de la lógica y a los principios de experiencia y a los principios de racionalidad y ponderación exigibles.

SÉPTIMO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 LECrim.

Denuncia, en primer lugar, que la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, dado que en relación a Ángel Daniel falta probado de manera terminante hechos relevantes y necesarios sobre su actuación en el delito de que es acusado, es decir, en la venta de la vivienda, y a los elementos necesarios para que se produzca tal delito, el engaño.

En segundo lugar, manifiesta contradicción entre los hechos probados.

Por su parte, se dice que es Juan Manuel el que participa en la operación de venta, suscribe el contrato e interviene en exclusiva en su ejecución, y por otra que Ángel Daniel oculta a los denunciados que estaban imposibilitados para sufragar la nueva construcción a realizar para no devolver el dinero, suscribiendo el contrato de compraventa con el fin de obtener mayor beneficio económico, disponiendo del dinero sin realizar actuación alguna para cumplir lo acordado.

El motivo deviene improsperable.

7.1.- En cuanto a la falta de claridad en los hechos probados, la jurisprudencia, por ejemplo s. 83/2022, de 27-1, con cita de las 945/2004, de 23-7; 94/2007, de 14-2; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el **derecho**, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relato de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si



el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6; 471/2001, de 22-3; 717/2003 de 21-5; 474/2004, de 13-4; 1253/2005, de 26-10; 1538/2005, de 28-12; 877/2004, de 22-10; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito compuesta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la fallo de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de **derecho**.

b) la incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrían dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión en cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incomprensión por falta de acreditaciones, no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resulta acreditado.

La STS 24/2010, de 1º-2, en relación a la falta de claridad y omisiones en los hechos probados, precisa:

La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 28.12.2005).

Por ello, se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SSTS. 31.1.2003, 28.3.2003, 12.2.2004).

La solución a las omisiones en los hechos probados -decíamos en STS. 30.9.2005- no viene por el cauce utilizado por el recurrente -falta de claridad del art. 851.1 LECrim.- sino por la vía del art. 849.2 LECrim. En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, y la S. 6.4.92, recuerda que las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92- o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim.

7.2.- Y respecto a la contradicción entre los hechos declarados probados, constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26-3, 121/2008, de 26-2). tiene afirmado que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que. por ser antitéticos resultan incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

Así doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 1661/2000 de 23.11, 776/2001 de 8.5, 2349/2001 de 12.12, 717/2003 de 21.5, y 299/2004 de 4.3), señala que para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical



de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

7.3.- En el caso presente no se aprecia ninguno de los vicios denunciados, la sentencia recurrida recoge como fue el acusado Juan Manuel quien suscribió el contrato privado de compraventa por pleno, actuando como administrador solidario de la entidad Rubercon SAL, con los denunciados, de su casa de la 2ª fase de la Unidad de Actuación nº 18, que se decía estaba en proceso de ejecución y la que los adquirentes querían adquirir para constituir en ella su primera vivienda.

Igualmente se afirma que los compradores, que ya habían entregado el 12-8-2009, 6.955 €, y el 1-12-2009, 7.415,10 €, como reserva de la compra, a la firma del contrato privado, 26-2-2010, abonaron 7.490 € y aceptaron 35 letras de cambio, de las que Juan Manuel, con conocimiento y consentimiento de su hermano Ángel Daniel, también administrador solidario de Rubercon, descontaron y cobraron seis de ellas por importe cada una de 588,60 € y vencimiento el último día de marzo a agosto inclusive de 2010 y una letra de 1.728,00 € de fecha 1-8-2010.

El precio de venta de la vivienda ascendía a 169.963 € y debía ser entregada a los adquirentes en el 4º trimestre de 2012.

Y especialmente destaca que: "De dicha operación tuvo conocimiento y se realizó con la aceptación de ambos administradores solidarios (Juan Manuel y Ángel Daniel), quienes en la fecha del contrato aludido ya no tenían intención de construir la 2ª fase proyectada años antes, cuando las circunstancias económicas de la sociedad que administraban eran mejores. No obstante ello, ocultaron a los denunciados que estaban imposibilitados para sufragar la nueva construcción y no la iban a realizar, para no devolver el dinero recibido, suscribiendo el contrato de compraventa con el fin de obtener un mayor beneficio económico, disponiendo del dinero sin realizar actuación alguna para cumplir con lo acordado, manteniendo sus promesas ante las reclamaciones de los perjudicados, cuando sabían que no eran ciertas y ni siquiera habían solicitado licencia de obras para edificar la predicha 2ª fase."

Siendo así, no se aprecia oscuridad alguna ni contradicción en el relato fáctico, dado que lo que pretende realmente el recurrente es cuestionar los razonamientos y conclusiones de la sentencia recurrida, lo que es ajeno a esta vía casacional.

OCTAVO.- El motivo cuarto por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, aportados por Juan Manuel. Se trata de una serie de documentos referidos a las obras de urbanización realizadas para la urbanización de la UA-18 y abonadas en los años 2007 y 2008, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Dado que se invocan los mismos documentos que el anterior recurrente en el motivo 2º, damos por reproducido lo allí expuesto en orden a su desestimación.

NOVENO.- El motivo quinto por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim (al no atender la Sala a la postulación en relación con apreciación de la atenuante de reparación del daño) al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo es coincidente con el articulado en tercer lugar por el recurrente Juan Manuel, por lo que nos remitimos a lo ya razonado para su desestimación.



DÉCIMO.- El motivo sexto por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter.

En primer lugar entiende la parte que no se dan los requisitos para la condena del recurrente por el delito de estafa del art. 248 CP. Se le condena no porque haya engañado a los perjudicados sino porque es administrador solidario.

En segundo lugar, considera que el engaño constitutivo del delito de estafa debe resultar en todo caso anterior al acto de disposición patrimonial, y de esta forma, en el caso de estafa derivada de negocios civiles criminalizados la jurisprudencia ha destacado que la previa intención de no cumplir las prestaciones del contrato proyectado o concluido es el elemento nuclear diferenciador de la estafa y un puro incumplimiento sobrevenido.

Por último, con cita de la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12-3-2020, que absolvió a este recurrente de unos hechos similares al presente, entiende que la condena en este procedimiento no lo ha sido por un acto o actos de engaño concretos, sino por una omisión genérica por ser administrador solidario, con infracción del art. 31 CP.

El motivo debe ser desestimado.

10.1.- Como recuerdan las SSTS 51/2017, de 3-2; 590/2018, de 26-11; 499/2019, de 23-10; 437/2021, de 20-5; 744/2021, de 5-10; 83/2022, de 27-1; 394/2022, de 21-4, es cierto que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la **efectiva** consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Por ello, como decíamos en la STS. 16.10.2007, procede en sede teórica recordar la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS. 17.11.97, indica que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del **Derecho** cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del **derecho** penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001 de 29.10- cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000, entre otras).

De otra manera, como dice la STS. 628/2005 de 13.5: "Por tanto, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o **derechos** o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTS 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio).



Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 de 13.5-. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92, 5.3.93 y 16.7.96).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, esta Sala ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible. En ocasiones -precisa la STS. 1341/2005 de 18.11- se designa a esta hipótesis como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

En efecto todo contrato en que el consentimiento de la otra parte se obtiene mediante engaño no es por definición un negocio jurídico, sino un acto antijurídico elemento del delito de estafa. Ningún acto antijurídico puede ser un negocio jurídico, pues o bien sería consecuencia de dolo o bien tendría una causa ilícita, en el sentido de los artículos 1269 y 1274 Código Civil, las SSTS. 329/2008 de 11 junio y 325/2008 del 19 mayo, que precisan como puede decirse que desde una óptica estrictamente civilista resultaría inexacto hablar de "negocio jurídico", porque si el contrato, todo contrato, existe dada la concurrencia del consentimiento, objeto cierto y causa – art. 1261 C. civil– siendo desde la concurrencia de tales elementos, obligatorios, cualquiera que sea su forma –art. 1278 Ccivil–, es claro que no puede hablarse de contrato ni de negocio jurídico en casos como el presente en el que una de las partes no consiente ex inicio en obligarse, podrá existir una "apariencia", pero no un negocio jurídico en sentido propio, y sería esa apariencia el elemento engañoso que daría vida al delito de estafa.

10.2.- No obstante lo anterior en SSTS 324/2008; 51/2017, de 3 de febrero, decíamos que la estafa puede existir tanto si la ideación criminal que el dolo representa surge en momento anterior al concierto negocial, como si surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato. Ha habido un cambio jurisprudencial basado en la consideración de que no siempre es necesario exigir que el dolo sea antecedente, como condición absoluta de la punibilidad del delito de estafa. De mantener esta posición, impediría tener por típicos ciertos comportamientos en donde el contrato inicialmente es lícito, y no se advierte dolo alguno en el autor. Éste actúa confiado en el contrato, lo mismo que el sujeto pasivo del delito. Es con posterioridad en donde surge la actividad delictiva. En efecto, el agente idea que puede obtener un lucro ilícito, aprovechándose de las circunstancias hasta ese momento desplegadas, y conformando los factores correspondientes para producir el engaño.



También hemos dicho SSTS 229/2007, de 22 de marzo y 691/2016, de 27 de julio, que las relaciones comerciales y en general, los negocios jurídicos, se rigen por el principio general de confianza, no por el contrario (principio de desconfianza), de manera que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Y también se ha proclamado con reiteración que el engaño no tiene solamente una significación positiva, sino igualmente omisiva, de forma que el deber de proporcionar toda la información que sea debida al caso, en orden a la valoración de los riesgos de las operaciones mercantiles, pertenece a quien posee tal información.

Ordinariamente, en el delito de estafa, el engaño es antecedente a la celebración del contrato, y el sujeto activo del delito conoce de antemano que no podrá cumplir con su prestación, y simulando lo contrario, origina un error en la contraparte, que cumple con su prestación, lo que produce el desplazamiento patrimonial que consuma el delito. La modalidad fraudulenta atribuida es la de los denominados "negocios jurídicos criminalizados", en los que el señuelo o superchería que utiliza el defraudador es el propio contrato, con apariencia de regularidad, a través del cual y previamente el estafador piensa aprovecharse económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento (STS 684/2004, de 25 de mayo).

Para llegar a trazar la línea de separación de ambas conductas, se han manejado diversas teorías, como el elemento subyacente a referido dolo antecedente, frente a lo imprevisible de la frustración civil que produce un incumplimiento contractual; también se ha tomado en consideración la teoría de la tipicidad, en tanto que el segundo comportamiento se corresponde con la descripción típica que se aloja en el art. 248 del Código Penal; y también podemos explicar la diferencia en lo que hemos de denominar la teoría de la viabilidad de la operación ofrecida a la parte que va a prestar el capital o la suma entregada al artífice del instrumento mediante el cual se construye su captación: si la viabilidad desde el principio es ilusoria por no hallarse construida bajo cimientos sólidos de manera que el dinero invertido no tiene el más mínimo soporte para poder ser devuelto, nos encontraremos con la comisión de un delito de estafa. En caso contrario, aun podríamos hallarnos en sede de un simple incumplimiento contractual.

Pero bien mirado el antecedente en el delito de estafa no es propiamente el engaño inmediatamente anterior al contrato, sino previo al error que produce el desplazamiento patrimonial. Ello podría tener significación en los contratos de tracto único, con inmediata entrega de contraprestaciones recíprocas, pero de modo alguno en los contratos de tracto sucesivo, siempre que el engaño pueda ser puesto en escena en el transcurso de tal relación contractual, exigiendo a la parte contraria el cumplimiento de la suya, bajo cualquier ardid que constituya tal modalidad comisiva, integrante de engaño bastante.

10.3.- En el caso presente, formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el recurso de casación articulado por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de **derecho** sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación **judicial**. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión **judicial** alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con



independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

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

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

10.4.- Siendo así, en el relato fáctico, la sentencia recurrida declara probado como el coacusado Juan Manuel , con conocimiento y consentimiento de su hermano Ángel Daniel , también administrador solidario de Rubercon, descontaron y cobraron 6 letras por importe cada una, de 588,60 € y vencimiento el último día de marzo a agosto inclusive de 2010, y una letra de 1.728,00 € de fecha 1-8-2010, añadiendo que:

"De dicha operación tuvo conocimiento y se realizó con la aceptación de ambos administradores solidarios (Juan Manuel y Ángel Daniel), quienes en la fecha del contrato aludido ya no tenían intención de construir la 2ª fase proyectada años antes, cuando las circunstancias económicas de la sociedad que administraban eran mejores. No obstante ello, ocultaron a los denunciados que estaban imposibilitados para sufragar la nueva construcción y no la iban a realizar, para no devolver el dinero recibido, suscribiendo el contrato de compraventa con el fin de obtener un mayor beneficio económico, disponiendo del dinero sin realizar actuación alguna para cumplir con lo acordado, manteniendo sus promesas ante las reclamaciones de los perjudicados, cuando sabían que no eran ciertas y ni siquiera habían solicitado licencia de obras para edificar la predicha 2ª fase."

Este relato fáctico contiene los elementos suficientes para la correcta subsunción en el tipo penal.

Es cierto que el art. 31 CP, tiene un antecedente en el art. 15 bis derogado, que fue introducido por la reforma Ley 25-6-1983, precisamente con el fin de evitar las lagunas punitivas que se daban en los delitos especiales propios relacionados con las personas jurídicas cuando se requiere para poder imputar la autoría, que concurren ciertas cualidades o condiciones personales en el sujeto activo que en algunos supuestos delictivos solo se daban en la persona jurídica, pero no en la persona física o administrador. Para cumplimentar el principio de legalidad y solventar los problemas que suscitaba alguna jurisprudencia que cubría las lagunas legales con criterios de analogía "contra reo", se dio vida al art. 15 bis, integrado en sus aspectos sustanciales en el actual art. 31 CP. Sin embargo ello no significa que para ser considerado autor del delito correspondiente baste con ocupar el cargo de administrador o representante de la sociedad vinculada al hecho delictivo, sino que además es preciso que el imputado incurra en una acción u omisión, siempre que en este último caso ocupe la posición de garante, y se den los restantes requisitos del art. 31 CP, que aparezca recogida en el tipo delictivo que se le atribuye (STS 455/2017, de 21-6).

Por ello -hemos dicho en STS 338/2015, de 2-6- el art. 31 ciertamente, no puede servir como criterio de atribución de responsabilidad penal por sí mismo en los delitos empresariales. Esto es si se constata que en la empresa se ha cometido un delito no puede concluirse, sin más, que el responsable sea el administrador. El art. 31.1 CP, no regula la responsabilidad de los administradores por delitos que se cometan en la empresa, únicamente pretende que no exista una laguna de punibilidad en casos en que, en el delito especial propio, la calificación de la autoría recaiga en una persona jurídica. Este modo de operar lo que provocaría es la creación de una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo, una responsabilidad por la mera circunstancia de ser administrador y no una responsabilidad por el hecho, única que debe aceptarse, conforme al principio de culpabilidad.

En definitiva, se pretende exigir responsabilidad penal al administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya condenado, o dicho de otro modo, debería realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico.

Situación que sería la presente, en la que, partiendo de que no se ha solicitado por los acusaciones la condena como responsable civil subsidiaria de la empresa de la que era administrador solidario, no se le condena por una omisión genérica sino porque a la firma del contrato "ya no tenían intención de construir", por ocultar la situación de crisis de la empresa, y no tener intención de devolver las cantidades recibidas a los compradores.

UNDÉCIMO.- Desestimándose los recursos, procede la condena en costas de los recurrentes (art. 901 LECrim).



FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Juan Manuel ; y de Ángel Daniel ; contra la sentencia nº 137/2020, de fecha 8 de mayo de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 7603/2018.

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ