

Roj: **STS 718/2007 - ECLI:ES:TS:2007:718**Id Cendoj: **28079120012007100063**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/02/2007**Nº de Recurso: **148/2006**Nº de Resolución: **93/2007**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Barcelona, Sección 3ª, 19-10-2005,
STS 718/2007**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil siete.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Jose Pedro , Juan Manuel y Augusto , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Aguilar Fernández, Sr. Francisco García Díaz y Sr. Torrecilla Jiménez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona, incoó Diligencias Previas nº 1076/02, seguido por delito de estafa, contra José , Juan Manuel , Augusto , Jose Pedro , Angelina , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, que con fecha 19 de Octubre de 2005 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Los acusados Jose Pedro y Augusto , el primero de ellos funcionario del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, destinado en el Consulado General de España en Miami (Florida), como jefe de equipo, concibieron el plan de realizar negocios de comercio exterior entre Miami y España valiéndose de las relaciones que el acusado Jose Pedro tenía en Miami derivadas de sus conocimientos de las personas españolas con residencia en Miami que acudían al Consulado. A tal fin y conscientes de la escasa viabilidad derivada de la falta de proyecto, buscarían inversores que financiaran la totalidad del negocio, sin asumir ellos riesgo alguno. Para ello constituyeron la sociedad WORLD RESEARCH INC., inscrita en el Registro de Florida el 12-8-99, sin que el acusado Jose Pedro ostentase formalmente cargo alguno en dicha sociedad al hallarse afecto por el régimen de incompatibilidades propio de su condición de funcionario, si bien de facto tomase decisiones en nombre de la sociedad y, asimismo, en fecha 6 de junio de 2001 pasó a ostentar el cargo de vicepresidenta y coadministradora, su esposa la acusada Angelina .- El acusado Augusto contactó con el acusado José de profesión detectiva, el cual se hacía pasar por abogado, quien colaboraba con BONANOVA BUFETE JURIDICO, S.L. con domicilio en Gran Vía de les Corts Catalanes 690, entr. 1ª de Barcelona, sociedad fundada y dirigida por el acusado Juan Manuel , socio único desde el 7 de septiembre de 2001, siendo éste asimismo socio único de MUNDIRECURSOS durante los años 2000 y 2001.- El acusado MORALA contactó a su vez con Fidel al que encargó que buscara inversiones para diversos negocios, resultando que aparecieron únicamente como eventuales inversionistas Carmen y Laura . El acusado José se presentó ante ellas como abogado, y asimismo el mismo y el acusado Juan Manuel se sirvieron del cargo que éste ostentaba como





letrado interno del BBVA para dar apariencia de seriedad y solvencia a las operaciones que se iban a proponer y conseguir que las señoras Carmen Laura confiaran en ellos y entregasen las cantidades de dinero que después se concretarán.- Asimismo, a fin de dar apariencia jurídica de legalidad, los acusados suscribieron entre sí y con terceros diversos contratos, así en fecha 14 de mayo de 2001 los acusados Augusto , en nombre de World Research y José en nombre de BONANOVA BUFETE JURIDICO firmaron un "acuerdo marco" de colaboración para el desarrollo de la actividad de la primera en España, y en la misma fecha suscribieron otro documento concretando la colaboración en materia de herencias, y en otro, con fecha 19 de mayo de 2001 WORLD RESEARCH y BONANOVA BUFETE JURIDICO cedían la gestión de venta en exclusiva a LINEA JURIDICA, S.L. administrada por Carmen .- Así, puestos de común acuerdo los acusados Jose Pedro , Augusto , José y Juan Manuel , concibieron un plan para obtener dinero de las señoras Laura Carmen , aún conscientes de la falta de viabilidad del negocio, consistente en la gestión de intereses inmobiliarios de ciudadanos estadounidenses en territorio español, procedentes de procedimientos sucesorios, consiguiendo de esta forma que Doña. Laura desembolsase la cantidad total de 35.000.000 pesetas en concepto de exclusiva. Así, en fecha 24 de mayo de 2001, BONANOVA BUFETE JURIDICO y LINIA JURIDICA, S.L. (sociedad de las perjudicadas) firmaron un precontrato, entregando Carmen en nombre de la segunda entidad a la firma del precontrato 5.250.000 pesetas (31.551,14 euros).- Para la puesta en escena los acusados organizaron un viaje a Miami, viajandolas señoras Carmen Laura a dicha localidad del 28 de mayo al 1 de junio de 2001, acompañadas del acusado MORALA. Durante su estancia conocieron personalmente al acusado Augusto y al acusado Jose Pedro , que acudió a visitar a las señoras Laura Carmen al hotel donde se hospedaron con José , llevando consigo unos supuestos expedientes de ciudadanos norteamericanos con intereses inmobiliarios en España, que apenas pudieron revisar. Ya durante la estancia en Miami el acusado Jose Pedro manifestó a las señoras Carmen Laura que había un apartamento en el Hotel Meliá Castilla de Madrid a la venta y que tenía interés en quedárselo el mismo. Asimismo, durante su estancia las denunciadas acudieron al despacho del acusado Jose Pedro en el Consulado, donde éste les mostró diversos expedientes que podrían ser futuros clientes del negocio, los cuales tampoco pudieron revisar.- A la vuelta de su estancia en Miami, en fecha 7 de junio de 2001, las señoras Laura Carmen firmaron el contrato de cesión en exclusiva de intereses inmobiliarios en España de residentes en Estados Unidos por un precio total de 35.000.000 pesetas (210.354,24 euros), que se abonaron a BONANOVA BUFETE JURÍDICO y a WORLD RESEARCH, INC por LINIA JURÍDICA, S.L. y por la Sra. Laura Saltó.- El contrato de cesión referido resultó absolutamente ineficaz, ya que línea jurídica, durante los meses siguientes a la firma del contrato y el pago del precio pactado, recibió un solo expediente (cuya tramitación no era posible), cuando en el contrato se había pactado que la cesión se concretaría en un conjunto de expedientes que WORLD RESEARCH, INC remitiría de LINEA JURIDICA, S.L. a través de BONANOVA BUFETE JURÍDICO, S.L. y que contendrían la documentación relativa al título de propiedad así como la aceptación de la herencia y los poderes para la venta, estipulándose en el precontrato que WORLD RESEARCH, INC se obligaba a remitir a LINIA JURIDICA, S.L. un mínimo de 325 expedientes anuales que ésta gestionaría.- Unos meses después de la firma del contrato de cesión, en octubre, ante la insistencia de las señoras Laura Carmen que les pedían explicaciones sobre la tardanza de los expedientes y amenazaban con resolver el contrato de cesión, los acusados Juan Manuel , José y Augusto ofrecieron a las señoras Laura Carmen la posibilidad de participar en un negocio que los mismos y WORLD RESEARCH, INC iban a llevar a cabo en Florida a cambio de una determinada cantidad de dinero. Con el propósito de que las señoras Carmen Laura accedieran a realizar este nuevo desembolso, los acusados se comprometieron a devolver el importe del préstamo, 19.000.000 pesetas (114.192,30 euros) y más 3.000.000 pesetas de intereses, un total de 22.000.000 pesetas (132.222,66 euros) a más tardar el día 20 de noviembre de 2001. Asimismo, y a petición de las señoras Laura Carmen , en vista de que LINIA JURÍDICA, S.L. no obtenía de las señoras Carmen Laura , en vista de que LINIA JURÍDICA, S.L. no obtenía ningún fruto del contrato de cesión en exclusiva de gestión y venta de bienes inmuebles que había suscrito con WORLD RESEARCH, INC, se procedería la devolución de las 35.000.000 pesetas que habían desembolsado por dicha cesión, todo lo más el día 31 de diciembre de 2001, sin que dicho reintegro supusiera la extinción del contrato de cesión. Doña. Carmen recibiría además, en compensación por la localización de la prestamista, Doña. Laura , una extensión de cinco acres del terreno que WORLD RESEARCH, INC y BONANOVA BUFETE JURÍDICO, S.L. iban a adquirir en Florida con el dinero del préstamo. Llegadas las fechas de vencimiento indicadas en el contrato de préstamo ni WORLD RESEARCH, INC ni el BONANOVA BUFETE JURIDICO reintegraron cantidad alguna a las señoras Laura Carmen .- En el mes de noviembre LINIA JURIDICA recibió de WORLD RESEARCH, INC un expediente relativo a la venta del inmueble descrito como apartamento número 54, situado en la planta 11 de I Hotel Meliá Castilla sito en calle Capitán Haya nº 43 de Madrid, propiedad según manifestaron los acusados a las señoras Carmen Laura del ciudadano estadounidense Sergio , al que ya había hecho referencia el acusado Jose Pedro durante la estancia en Miami de aquéllas, y respecto al cual Laura manifestó que tenía un especial interés en su adquisición para su uso personal. Así, los acusados José y Juan Manuel manifestaron a la referida Sra. Laura Carmen que, en forma de compensación por la falta de viabilidad del negocio de exclusiva emprendido, habían convencido al acusado Jose Pedro para que le vendiera a ella el apartamento, y así en fecha 20 de





noviembre de 2001, y apremiando a la querellante con la indicación de que Jose Pedro podía reconsiderar su voluntad de venta, se firmó un contrato de compraventa en el despacho del acusado Juan Manuel , en el que el Sr. Sergio supuestamente estaba representado por éste y vendía a la sociedad ECONOMIA E INVERSIONES INTERNACIONALES, S.A. representada y administrada por Laura el inmueble descrito por un precio de 13.500.000 entregando la adquirente la cantidad de 5.688.750 pesetas (34.190,08 euros) a BUFETE BONANOVA en el momento de formalizar el contrato. Siendo así que Don. Sergio no había apoderado ni comisionado a ninguno de los acusados para vender piso alguno, y ni siquiera era propietario del inmueble objeto de la transacción, siendo el legítimo titular la sociedad SOL MELIA, S.A. desde el 17 de noviembre de 2000 e inscrito el dominio en el Registro de la propiedad de Madrid el 21 de diciembre de 2000. El dinero fue recibido pro el acusado Juan Manuel , quien lo ingresó en una cuenta de MUNDIRECURSOS y lo transfirió a los acusados Augusto y Jose Pedro a Miami, si bien a nombre de la entidad Cherrysheva Group, S.L." (sic)

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

"FALLAMOS: CONDENAMOS a José como coautor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un año y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con una cuota diaria de 5 euros con la responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas; a Juan Manuel como coautor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena accesoria de suspensión para el ejercicio de la abogacía durante el mismo tiempo, y multa de seis meses con una cuota diaria de 5 euros con la responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas, a Augusto como coautor de un delito continuado de estafa ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con una cuota diaria de 5 euros con la responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas; y a Jose Pedro como coautor de un delito continuado de estafa ya definido concurriendo la circunstancia agravante de prevalerse de la condición de funcionario público a la pena de tres años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de suspensión de su condición de funcionario público durante el mismo tiempo, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 5 euros con la responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas.- Asimismo los acusados condenados en la presente resolución deberán abonar las costas procesales correspondientes, con expresa inclusión de las ocasionadas por la acusación particular.- Que ABSOLVEMOS del delito del que venía siendo acusada a Angelina , declarando de oficio las costas procesales correspondientes". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Jose Pedro , Juan Manuel y Augusto , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a la Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Jose Pedro , formalizó su recurso de casación alegando lo siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida de los arts. 248 y 28 del C.P .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 22.7ª del C.P .

TERCERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 56 del C.P .

La representación de Juan Manuel , formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO a TERCERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida de los arts. 248 y 74 del C.P .

CUARTO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 248.1 del C.P .

QUINTO: Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la LECriminal y 24.2 de la C.E .).





SEXTO: Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (art. 85.2 de la LECriminal y 24.2 de la C.E.).

La representación de Augusto, formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.2º de la LECriminal por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 249 del C.P.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugnó; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 25 de Enero de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 19 de Octubre de 2005 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó a José, Juan Manuel, Augusto y Jose Pedro, como autores de un delito continuado de estafa a las penas fijadas en el fallo, con los demás pronunciamientos incluidos en el mismo.

Contra dicha sentencia se han formulado tres recursos de casación por otros tantos recurrentes. Jose Pedro no recurrió la sentencia.

Pasamos al estudio de los tres recursos comenzando por el formalizado por Jose Pedro.

Segundo.- Recurso de Jose Pedro.

Se trata del funcionario destinado en el Consulado español de Miami (EEUU) y que pertenecía al Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, destinado en dicho Consulado en el sector del Comercio Exterior entre Miami y España.

Junto con las otras personas condenadas y aparentando solvencia y seriedad cumplan en los términos descritos en el factum de la sentencia recurrida para captar dinero de personas que pudieran estar interesadas en invertir sus dineros, consiguieron que los hermanos Casanova Salto les hicieran entrega de diversas cantidades.

El recurso de Jose Pedro se desarrolla a través de tres motivos.

El primer motivo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicados los arts. 248 y 28 del Código Penal. En definitiva cuestiona la realidad de la estafa y su condición de autor.

En la argumentación del motivo niega la existencia del engaño vertebrador del delito de estafa y menos que existiese la nota del engaño bastate, añadiendo que los tres sucesivos contratos suscritos con los perjudicados –las hermanas Carmen Laura – no estaban preordenados a tener una estrategia engañosa con finalidad de enriquecimiento a costa de aquéllas, no existiendo negocios jurídicos criminalizados.

El recurrente olvida o ignora las exigencias derivadas del cauce casacional por él escogido –art. 849-1º LECriminal–. El presupuesto de dicho cauce es el respeto a los hechos probados pues el objeto de la denuncia se centra en que partiendo –y por tanto respetando– los hechos probados, se cuestiona la calificación jurídica que efectúa el Tribunal sentenciador.

Pues bien la estrategia defraudatoria y engañosa voluntariamente puesta en acción por el recurrente en unión con los otros condenados está clara en el factum, del que acotamos los siguientes extremos:

a) "...Conscientes de la escasa viabilidad derivada de la falta de proyecto, buscarían inversores que financiaran la totalidad del negocio, sin asumir ellos riesgo...".

b) "...El acusado Reyes contactó con el acusado José, de profesión detective, el cual se hacía pasar por abogado...".

c) "...El acusado José contactó a su vez con Fidel al que encargó que buscara inversionistas... aparecieron únicamente como eventuales inversionistas Carmen y Laura...".

d) "...El acusado José se presentó ante ellas como abogado, y asimismo él mismo y el acusado Juan Manuel se sirvieron del cargo que éste ostentaba como letrado interno del BBVA para dar apariencia de seriedad y solvencia a las operaciones que se iban a proponer y conseguir que las señoras Carmen Laura confiaran en ellos y les entregasen las cantidades de dinero...".



e) "...Asimismo, a fin de dar apariencia jurídica de legalidad...".

f) "...Así puestos de común acuerdo los acusados Jose Pedro , Augusto , José y Juan Manuel , concibieron un plan para obtener dinero de las señoras Carmen Laura , aún conscientes de la falta de viabilidad del negocio.... consiguiendo de esta forma que la Sra. Laura desembolsase la cantidad total de 35.000.000 ptas....".

Se siguen narrando en el factum los pasos dados y los diversos negocios suscritos todos ellos para llegar al fin apetecido y obtenido de obtener mediante engaño un enriquecimiento a costa del patrimonio que les fue entregado confiadamente por las hermanas Laura Carmen .

El motivo incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la misma vía que el anterior denuncia como indebida la aplicación de la agravante de prevalimiento del carácter público del recurrente --art. 22-7º -- derivado de su condición de funcionario del Cuerpo Auxiliar de la Administración del Estado con destino en el Consulado General Español en Miami, que ha sido aplicado en la sentencia sometida al presente control casacional, con la consiguiente exacerbación punitiva. De hecho es el recurrente que ha sido condenado a la pena más alta --tres años y medio de prisión--, frente al resto que lo ha sido a la pena de un año y seis meses de prisión, así como a multa de nueve meses frente a los seis meses que se les impuso a los demás.

La agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable supone que el culpable ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que como tiene dicho gráficamente la jurisprudencia, en lugar de servir al cargo, el funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera, se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito.

La sentencia aborda la concurrencia de esta circunstancia agravante en el f.jdco. quinto de la sentencia y la aplica con el fundamento de que al valerse de su condición de funcionario público dio mayor credibilidad al plan urdido y por tanto "excede del simple engaño típico de estafa".

Tal argumentación no es aceptable ni tiene reflejo en la propia sentencia. En efecto, del factum se deriva con claridad que la condición de funcionario del Consulado fue elemento nuclear del engaño para dar seriedad y apariencia de legalidad a las operaciones, de igual forma que los restantes hicieron lo propio, presentándose como abogado del BBVA así como con la intervención del Bufete Bonanova. En definitiva, cada uno de los intervinientes coadyuvó al proyecto común fraudulento poniendo en juego lo que estaba de su mano para ofrecer una apariencia de seriedad suficiente, así lo reconoce la propia sentencia en la página 19, primer párrafo:

"...En primer término, las propias características personales de los acusados intervinientes: El acusado Juan Manuel era abogado de una gran entidad bancaria, condición que ciertamente dotaba a la entidad que gestionaba y en la que colaboraba José , BUFETE BONANOVA, de una apariencia de seriedad y solvencia, y el acusado Jose Pedro , era funcionario del Consulado en Miami, o que en principio hacía descartar la existencia de posibles irregularidades en su actuación, y aseguraba la existencia de los contactos precisos para llevar adelante el negocio....".

Más aún, se dice que a continuación que el recurrente para potenciar más la seriedad se presentó como secretario del Cónsul. Todo esto lleva en este control casacional que ciertamente la condición de funcionario del recurrente fue elemento esencial para que el engaño alcanzase la nota de bastante, esto es forma parte del elemento tipo de la estafa y por tato, sin riesgo de violación del bis in idem, no puede posteriormente ser nuevamente analizado y valorado para dar vida a la agravante aplicada en la sentencia.

En consecuencia procede la estimación del motivo.

El tercer motivo, por igual cauce que los anteriores estima indebidamente aplicado el art. 56 del Código Penal , ya que dicho artículo sólo autoriza la imposición de una pena accesoria y en el presente caso se le han impuesto al recurrente dos: la de suspensión de la condición de funcionario y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, interesando la aplicación de esta última por ser menos gravosa y no tener el delito cometido relación con su condición de funcionario.

Hay que tener en cuenta que el art. 56 del Código Penal ha tenido una modificación significativa a partir de la L.O. 15/2003 que entró en vigor el 1 de Octubre de 2004 . A partir de dicha fecha es posible imponer como penas accesorias alguna o algunas de las que dicho artículo prevé. Es decir se pueden imponer dos o más.



Con anterioridad a dicha Ley, es decir, desde la vigencia del Cpenal 1995 hasta el 30 de Septiembre de 2004, sólo se podía imponer como pena accesoria una sola. No se ignora, cuando se razona de la manera expresada, el contenido de la Consulta 2/2000 de 14 de Septiembre y la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado que postula la interpretación de que ya con anterioridad a la L.O. 15/2003 también se podían imponer varias penas accesorias. Por contra estimamos que esa interpretación tiene una naturaleza expansiva y en contra del reo, y como tal inadmisibile.

En esta situación, siendo la ley actual más gravosa que la anterior, y siendo la anterior la ley que estaba en vigor al tiempo de la ocurrencia de los hechos, procede imponer sólo una pena. ¿Cual de las dos impuestas debe desaparecer?

Efectuándose la corrección legal en este control casacional, no existiendo justificación alguna en la sentencia sobre la imposición de la pena accesoria de suspensión, y careciendo el hecho enjuiciado de relación con la condición de funcionario del recurrente, siendo, además, más gravosa esta pena que la de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, por todas estas razones procede eliminar del fallo la pena accesoria de suspensión de su condición de funcionario público, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Procede la admisión del motivo.

Tercero.- Recurso de Juan Manuel .

El recurrente era abogado de profesión.

Su recurso aparece desarrollado a través de seis motivos. Reordenamos el estudio de los motivos formalizados por razones de lógica y sistemática jurídicas.

Comenzamos por el estudio conjunto de los motivos quinto y sexto, que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se trata de un doble motivo con una idéntica denuncia, que existió prueba de cargo suficiente que puede soportar la condena del recurrente.

El vacío probatorio alegado lo proyecta en un doble sentido:

- a) En relación a que todos los condenados, también el recurrente actuaban juntos y
- b) En relación a que el número de expedientes no iba a ser un problema y que el precontrato y su contenido formaban parte del contrato. Se dice que no hay pruebas que sostengan la afirmación de que se pueda atribuir al recurrente una manifestación en tal sentido.

En relación a la primera cuestión, basta la lectura del desarrollo del motivo para verificar una vez más, que a pretexto de vacío probatorio, lo que realmente se está diciendo es que se discrepa de la valoración que de la prueba de cargo existente efectúa el Tribunal sentenciador.

La sentencia dictada contra el recurrente se asienta sobre una abundante prueba de cargo: las declaraciones testificales de las perjudicadas, las declaraciones de los acusados y la documental. De ello extrae la Sala de instancia la existencia de un acuerdo entre los coacusados. Y efectivamente las perjudicadas –las hermanas Laura Carmen – aluden a la actuación de todos ellos hacia el mismo propósito. Y los documentos evidencian la secuencia de hechos concatenada a un mismo propósito con intervención de todos los acusados.

Por ello, se discute en el fondo la valoración que se ha dado por la Sala a esa actividad probatoria. Pero eso es un tipo de argumentación que no tiene que ver con la presunción de inocencia que exigiría que se denunciase un vacío probatorio.

En todo caso, la lectura del acta del juicio permite comprobar que está tomada en extracto, sin que se recoja en la misma sino un resumen o esquema de lo declarado. De ahí que al decir la Sala que aquellas manifestaron en el Plenario que los acusados actuaban en grupo esa afirmación no puede ser negada por la circunstancia de que no se evidencie literalmente de la lectura del acta. En cualquier modo, al folio 28 del acta, Carmen , a preguntas de la acusación particular, dice "El dinero era para Sr. José y el Sr. Juan Manuel y tb para el Sr. Jose Pedro y el Sr. Augusto . Todos actuaban".

En relación a la segunda cuestión, la sentencia señala (folio 13) como base de tal afirmación el hecho de que Carmen lo manifestó en el juicio oral, y señala el recurrente que en ninguna declaración eso se manifestó.

La negación de esa afirmación de la testigo, expresamente señalada por la Sala, no es posible sobre la base del acta del juicio oral, al concurrir las notas ya expuestas en el motivo anterior de hallarse redactada en extracto o síntesis de lo declarado.

Ambos motivos deben ser desestimados.



El motivo primero, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente aplicado el art. 248-1º y el 74 del Código Penal . No existe, según el recurrente, el delito de estafa en la modalidad de delito continuado que se declaran en la sentencia.

Se trata de idéntica cuestión abordada en el motivo primero del primer recurso, y como allí, verificamos que tampoco el recurrente respeta los hechos probados presupuesto de admisibilidad del motivo. Igual que allí debe declararse el fracaso del motivo.

Procede la desestimación del motivo.

En el segundo motivo y tercero, se efectúa idéntica denuncia aunque centrada en las tres operaciones efectuadas por los recurrentes: contrato de cesión de exclusiva, contrato de préstamo para la adquisición de terrenos y contrato de promesa de venta de un apartamento. En relación a ellos dice que el recurrente sólo intervino en su calidad de abogado y como tal cobró los honorarios, sin que pueda imputársele conocimiento o participación en el planteamiento fraudulento de los otros recurrentes.

Nuevamente aquí el recurrente se aparta del factum en el que se reitera el acuerdo y connivencia de todos para conseguir el fin defraudatorio. En el f.jdco. tercero –págs. 19 a 22– se justifican las razones de la Sala para estimar que existió un plan conjunto con reparto de papeles pero todos coordinados a la obtención del mismo y querido fin delictivo.

La intervención del recurrente Juan Manuel , tanto por sí, cuanto a través del Bufete Bonanova y de Mundirecursos, entidades que personalmente dirigía y de las que era socio único, no era la de un mero Letrado asesor a terceros, sino que sus relaciones e implicaciones con los restantes acusados estaban claramente definidas, en un acuerdo previo de voluntades citado en la sentencia, y que la proposición por él de las operaciones a las víctimas, tanto en relación a que intervenía en los negocios que las proponía, después, y los cobros e ingresos ya señalados del total de las operaciones (con desvíos incluidos a Mundirecursos y a Chernysheva Group, SL), nada tienen que ver con la pretendida mera formalización contractual y de asesoramiento jurídico.

Finalmente, en el motivo cuarto cuestiona la naturaleza "bastante" del engaño desarrollado por los recurrentes ante las hermanas Carmen Laura . Al respecto se dice que Carmen era Abogada y que Laura era promotora inmobiliaria, y que en el viaje que efectuaron a Miami, a invitación de los recurrentes, pudieron comprobar los expedientes y contratar con diversos futuros clientes.

También aquí no se respeta el factum pues en él se indica que existió engaño previo para el fraude ideado. En la pág. 18 de la sentencia se aborda la entidad del engaño, que debe ser, ciertamente, bastante, como elemento del tipo penal.

Dice la sentencia en la página indicada:

"...En segundo término, y aún cuando las defensas de los acusados han pretendido fundamentar la insuficiencia del engaño en la condición de abogada de Carmen , debe precisarse, en primer lugar, que tal condición no determina, a priori, la imposibilidad de ser sujeto pasivo de un delito de estafa, y si bien es cierto que la circunstancia de tener conocimientos de derecho puede determinar en abstracto elevar el estándar de exigencia de cautela al sujeto pasivo, deben ponderarse en cada caso las circunstancias concretas de éste y de la dinámica comisiva frente a la que debe operar dicha cautela. Y en el supuesto examinado, ciertamente Carmen era licenciada en derecho; no obstante ella misma manifestó que carecía de experiencia alguna como abogada y que en la mercantil de la que era administradora LINIA JURÍDICA, efectuaba únicamente tareas de gestión y dirección; y en este sentido, en el acto del juicio oral, en la declaración de la testigo, el Tribunal pudo percibir, en la forma de su expresión, que sus conocimientos sobre contratación mercantil eran limitados. Por último, deben ponerse de manifiesto que resulta significativo que las querelladas fueran buscadas de propósito para el negocio ideado por los acusados al ser personas con capacidad económica y en disposición de efectuar inversiones.

Ciertamente puede afirmarse que si las perjudicadas hubieran adoptado mayores cautelas el engaño no se hubiera producido, pero esta afirmación puede hacerse siempre, ya que de ordinario en todos los supuestos en caso de haberse agotado todas las posibilidades de averiguación y cuidado el desplazamiento patrimonial no se hubiera producido. La verificación de la relevancia normativa del engaño se configura como un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico o de efectividad, sino normativo y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción (STS 26 enero 2005)....".

En este control casacional, verificamos la corrección de la argumentación de la sentencia, y declaramos que, en efecto, analizando el caso concreto la decisión de la Sala está motivada, es razonable y acorde a las máximas de experiencia.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso de Augusto .

El recurso aparece formalizado a través de dos motivos.

El primero, por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal cuestiona la realidad de la estafa y el acuerdo conjunto de todos los condenados.

Señala como documentos acreditativos de dicho error las escrituras de constitución de la empresa World Research, sociedad constituida por el recurrente y Jose Pedro , si bien este último no ostentaba cargo alguno aunque era el que de facto actuaba.

También se señala como "documentos" acreditativos del pretendido error diversas declaraciones que como ya es sabido no son documentos a los efectos de este motivo, sino pruebas personales aunque obren documentadas por escrito.

Por lo que se refiere a la constitución de la sociedad World Research es patente la falta de acreditación de dicha escritura a los efectos pretendidos por el recurrente.

La Sociedad citada se constituyó, pero lo fue como pieza de la complicada y sofisticada puesta en escena para dar apariencia de seriedad, como lo fue el viaje a Miami de las hermanas Laura Carmen . Ciertamente se realizó para ello y sólo acredita la estrategia engañosa diseñada.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, denuncia como indebida la aplicación de los arts. 248, 249 y 250-6º .

Rechazado el motivo anterior y mantenido el factum en sus propios términos, es claro que el presente motivo incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar la imposición a los recurrentes Juan Manuel y Augusto de las costas de sus respectivos recursos y la declaración de las costas de oficio del recurso de Jose Pedro por la estimación parcial de su recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Juan Manuel y Augusto , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, de fecha 19 de Octubre de 2005 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Jose Pedro , contra la referida sentencia, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona, Diligencias Previas nº 1076/02 , seguido por delito de estafa, contra José , nacido el 22-3-50 en Cea (León), hijo de Mauricio y de María África, con domicilio en Barcelona; contra Juan Manuel , nacido el 23-2-60 en Barcelona, hijo de Juan y de Trinidad, con domicilio en Barcelona; contra Augusto , nacido el 2-11-66 en Barcelona, hijo de José y de Luisa, con domicilio en Sant Andreu de Llavaneres (Barcelona); contra Jose Pedro , nacido el 26-2-60 en Madrid, hijo de José y de Isabel, con domicilio en Miami (EEUU) y contra Angelina , nacida el 16-2-62 en Madrid, hija de Francisco y de María del Carmen, con domicilio en Madrid; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por



los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- De conformidad con los razonamientos incluidos en el f.jdco. segundo de la sentencia casacional, debemos condenar al recurrente Jose Pedro , como autor de un delito de estafa continuado sin circunstancias. Le imponemos la pena de un año y seis meses de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de cinco euros con responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas, es decir, la misma pena que se les impuso a los otros condenados en la sentencia de instancia. Como pena accesoria le imponemos la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jose Pedro como autor del delito de estafa continuado, si la concurrencia de circunstancias, a las penas de un año y seis meses de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de cinco euros con responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas, como accesoria le imponemos asimismo la inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo.

Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada no afectados por la presente.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín José Antonio Martín Pallín

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

