

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 221/2016

Fecha Sentencia: 16/03/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°:1535/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 02/03/2016

Procedencia: Audiencia Provincial de Cáceres.

ESTAFA AGRAVADA: CREDIBILIDAD EMPRESARIAL: no basta constatar una intervención profesional de intermediación. Tampoco es suficiente con ofertar los servicios profesionales al público a través de una o varias oficinas. Es preciso algo más. Este delito no lo comete el empresario o el profesional que engaña a otro y le induce a realizar un acto de disposición patrimonial en su favor. Es menester que un sujeto en el que concurre esa condición empresarial o profesional se valga de las ventajas asociadas a ese estatus para debilitar las habituales prevenciones de toda hipotética víctima.

Hemos de insistir en que no basta la existencia de un nombre comercial más o menos asentado en una localidad para que la aplicación del tipo agravado resulte obligada. Carecería de sentido que todo delito de estafa cometido en ese entorno tuviera que ser encajado en la agravación del art. 250.1.6 del CP. Un empresario o cualquier otro profesional pueden también cometer la modalidad básica de estafa. Que el juicio de tipicidad se incline por una u otra alternativa dependerá del sustrato fáctico que proporcione el relato de hechos probados. En el presente caso, la parquedad descriptiva sólo puede operar a favor del reo.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. DERECHO A LA

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: la sentencia núm. 154/2016, 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado. Ese voto

particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica– con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro.

Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas– que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas

instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal.

La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan “...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos

menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de

que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

AUSENCIA DE IMPUTACIÓN FORMAL A PERSONA JURÍDICA: la Sala no puede aceptar la idea que late en la argumentación del Fiscal, según la cual, siempre que se opte por un modelo de responsabilidad vicarial, la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal pasa a un segundo plano. La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad- sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

Nº: 1535/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 02/03/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

***SENTENCIA Nº:
221/2016***

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **J. P. C. G., A. C. V. y AJUMA GESTIONES**

INMOBILIARIAS SOCIEDAD LIMITADA, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda), de fecha 8 de mayo de 2015 en causa seguida contra **VIPRÉS INMOBILIARIA; J. P. C. G. y A. C. V.**, por un delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por el procurador don José Luis Pinto-Marabotto Ruiz y como parte recurrida **J. G. M.** representado por el procurador don José Ignacio Noriega Arquer; **P. C. B. y A. B. R.** representados por el procurador don Ramiro Reynolds Martínez. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. **D. Manuel Marchena Gómez**.

L ANTE
CEDE
NTES

Primero.- El Juzgado de instrucción número 7 de Cáceres, incoó diligencias previas procedimiento abreviado 603/2013, contra VIPRÉS INMOBILIARIA; J. P. C. G. y A. C. V. y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda), rollo procedimiento abreviado nº 13/2015 que, con fecha 8 de mayo de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

"Se declaran como hechos probados que J. G. M. el día 19 de febrero de 2013 firma un contrato de encargo con la entidad Viprés Inmobiliaria para la venta del inmueble sito en Cáceres, calle [...] por un precio de 110.000 euros en el que se decía que 5000 euros de ese precio eran los honorarios de la inmobiliaria interviniente.

El día 26 de febrero de 2013 la entidad Viprés formaliza a su vez un contrato de venta del inmueble propiedad del citado J. G., y sin intervención personal del mismo, figurando como comprador F. B. R. representado por su hermana Antonia. En ese contrato se establece que el precio de la compra era de 113.000 euros, estipulación segunda, y en la sexta consta que en ese precio estaban incluidos los honorarios de la inmobiliaria.

Estas gestiones y en estos contratos había intervenido en nombre de la inmobiliaria A. C. V..

El día 8 de abril de 2013 se formalizó la escritura pública de compraventa en la que se reseña un precio de venta de 110.000 euros, entregando mediante cheque bancario 105.500 euros que aún restaba por pagar de las cantidades ya entregadas a cuenta por los compradores que ascendían a un total de 113.000 euros, mientras que el vendedor entendió que eso era lo que quedaba por pagar después de detraer los 5.000 euros de los honorarios, según su contrato privado de 19 de febrero. En nombre y representación de la inmobiliaria intervino J. P. C. G., que era conocedor de que los términos de esta escritura no eran iguales a lo pactado en los documentos privados suscritos por la inmobiliaria con comprador por un lado y con vendedor por otro.

Ni el comprador sabía que el precio era de 110.000 euros de los que había que resaltar al vendedor 5000 euros, ni el vendedor sabía que se había cerrado un precio con los compradores de 113.000 euros, de los que a su vez la inmobiliaria retenía otros 3000 euros. En igual sentido, los compradores no sabían que el precio por el que la inmobiliaria había cerrado la venta con el vendedor era de 1410.000 euros, y que los otros 3000 euros los iba a retener la inmobiliaria, cuando con ellos no se había pactado pago de honorarios alguno.

Viprés inmobiliaria, aunque operaba con tal nombre comercial en su intervención profesional de intermediación en el tráfico inmobiliario, teniendo abierta, entre otras, la oficina al público en la calle [...], a la que acudió J. G. a hacer el encargo de venta de su piso, y A.B. para que le enseñasen ese piso para comprarlo para su hermano, la sociedad con

personalidad jurídica que se encontraba bajo esa denominación era ANJUMA, GI. SL, cuyo representante legal es J. P. C. G."

Segundo.- La Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda dictó sentencia núm. 203/2015 cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente:

FALLAMOS: *Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a J. P. C. G., a A. C. V., y a la sociedad Anjuma, GI. SL, como autores de un delito de estafa agravada anteriormente definida a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el desempeño de cualquier actividad relacionada con la gestión de viviendas, incluida la intermediación por sí o por tercero o persona jurídica en su nombre, y multa de 8 meses con una cuota diaria de 10 euros a cada uno de los dos condenados personas físicas.*

A la sociedad Anjuma, SL por la comisión de este delito se le impone la pena de multa de 24.000 euros, y la clausura y cierre del local en el que se encuentra la oficina sita en la calle [...] que operaba bajo el nombre comercial de Viprés inmobiliaria, y consiguiente cese de la actividad en ese local por un plazo de seis meses.

En concepto de responsabilidad civil los tres condenados abonarán conjunta y solidariamente la cantidad de 3000 euros a F. B. R., y 5000 euros a J. G. M., cantidades que devengarán los intereses legales correspondientes desde la fecha de esta sentencia hasta su total pago.

Se le imponen a los tres condenados por partes iguales las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de las acusaciones particulares.

Se acepta por sus propios fundamentos, el auto de solvencia dictado por la Juez de Instrucción en las piezas separadas de responsabilidad civil de los condenados.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímase las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial mediante escrito presentado en el término improrrogable de cinco días contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto

que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución".

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

Cuarto.- La representación legal de los recurrentes **J. P. C. G. y A. C. V.**, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

I.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE (primer motivo). **II a V.-**

Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida de los arts. 248 del CP (segundo motivo), 250.1.6ª del CP (tercer motivo), 56.3 del CP (cuarto motivo) y 109, 110 y 111 del CP (quinto motivo). **VI y VII.-** Infracción de ley por error de hecho en la valoración de la prueba del art. 849.2 de la LECrim.

Quinto.- La representación legal de la persona jurídica **ANJUMA GESTIONES INMOBILIARIAS, S.L**, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

I a III.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE (primer motivo), del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE (segundo motivo) y del derecho a la proscripción de la indefensión del art. 24 de la CE (tercer motivo) . **IV.-** Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por inaplicación indebida del art. 251 bis del CP (cuarto motivo).

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 30 de septiembre de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos formulados en el recurso y, subsidiariamente, los impugnó.

Séptimo.- Por providencia de fecha 8 de febrero de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 2 de marzo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 203/2015, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, en el marco del procedimiento abreviado núm. 13/2015, condenó a los acusados J. P. C. G. y Á. C. Viva, como autores de un delito de estafa agravada, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el desempeño de cualquier actividad relacionada con la gestión de viviendas, incluida la intermediación por sí o por tercero o persona jurídica en su nombre, y multa de 8 meses con una cuota diaria de 10 euros.

También condenó a la sociedad *Anjuma Gestiones Inmobiliarias S.L (ANJUMA, GI. SL)*, por la comisión del mismo delito de estafa agravada, a la pena de multa de 24.000 euros, así como a la clausura y cierre del local en que se encuentra la oficina sita en la calle [...], que operaba bajo el nombre “*Comercial de Viprés Inmobiliaria*”, con el consiguiente cese de la actividad en ese local por un plazo de 6 meses.

En concepto de responsabilidad civil, las dos personas físicas y la persona jurídica condenadas, resultaron obligadas a abonar conjunta y solidariamente la cantidad de 3.000 euros a F. B. R. y 5.000 euros a J. G. M., cantidades que devengarán los intereses legales correspondientes desde la fecha de la sentencia de instancia hasta su total pago.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. La representación legal de J. P. C. G. y A. C. V. formaliza siete motivos. Por la entidad *Anjuma Gestiones Inmobiliarias S.L* se hacen valer cuatro motivos. Ambas impugnaciones van a ser tratadas por separado. La Sala va ajustar su criterio sistemático a la pauta expositiva hecha valer por el Fiscal en su preciso dictamen de impugnación.

RECURSO DE J. P. C. G. y A. C. V.

2.- Los motivos sexto y séptimo son susceptibles de tratamiento unitario, en la medida en que se presentan bajo la misma cobertura. Se invoca el art. 849.2 de la LECrim, esto es, el error de hecho en la valoración de la prueba derivado de documentos que acrediten el error del juzgador. Y se citan como documentos expresivos de esa equivocación: a) las hojas de encargo de la empresa *Viprés* con el comprador y vendedor (folios 25 y 81); b) el contrato privado de compraventa de 26 de febrero de 2013 (folios 20 y ss.); c) la escritura pública de compraventa de 8 de abril de 2013 (folios 27 y ss.). En el motivo séptimo se alega la existencia de otros documentos expresivos del *error facti*. Se invocan, a tal fin, la carta de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Extremadura a *Vipres Inmobiliaria* de 6 de marzo de 2013 (folios 39 bis), en la que consta que el precio máximo de la vivienda es de 137.142,55 euros; y, de otra parte, las facturas obrantes a los folios 80 y 82, cuyo contenido no se entiende sin acudir al folio 199 de la causa, que refleja parte del listado de facturas emitidas en el segundo trimestre del año 2013, correspondiente al IVA.

A juicio del recurrente, tales documentos demostrarían que los denunciados estuvieron siempre informados de los aspectos esenciales del negocio jurídico y, en cualquier caso, de su precio real, a diferencia de lo que sostiene la sentencia de instancia.

El motivo no es viable.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación y la distancia de esta Sala respecto de las fuentes de prueba sobre las que se ha basado la respuesta jurisdiccional en la instancia, cierran la puerta a una revisión de la valoración probatoria suscrita por el Tribunal *a quo*. Precisamente por ello, los estrechos límites que ofrece la vía casacional del art. 849.2 de la LECrim, sólo autorizan una alegación impugnativa basada en documentos que, por sí solos, sin necesidad de complementos ni añadidos probatorios que refuercen su virtualidad, permitan ofrecer a la consideración de la Sala una nueva redacción del hecho probado.

La doctrina de esta Sala –de la que las SSTS 836/2015,28 de diciembre y ; 404/2014, 19 de mayo; 1238/2009, 11 de diciembre, 936/2006, 10 de octubre y 778/2007, 9 de octubre, son elocuentes ejemplos-, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; b) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y litero suficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener

que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) 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 (art. 741 LECrim); d) 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; e) asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Pues bien, el rigor técnico que inspira buena parte del recurso de la defensa hace explicable su reivindicación argumental de que esta Sala prescinda del valor del testimonio de los afectados y atienda de forma exclusiva “...al valor probatorio del papel –de los papeles-“, que debería “...imponerse razonablemente a los testimonios de quienes buscan, sencillamente, recuperar sus honorarios por una vía inadecuada”.

El art. 849.2 de la LECrim exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba. Y lo cierto es que en el plenario el Tribunal de instancia pudo valorar el significado jurídico de esos documentos a partir del testimonio prestado por quienes los otorgaron y suscribieron. Además, lo hizo de una forma razonable, sin que el itinerario discursivo adolezca de grietas lógicas que invaliden el razonamiento. Los documentos que se aducen como expresivos del error decisorio fueron valorados por el Tribunal *a quo*. Su contenido ha sido incorporado sin error alguno al juicio histórico.

La Sala hace suyas las palabras del Fiscal cuando en su dictamen precisa que ningún error puede derivarse de la valoración interrelacionada de los documentos citados por el recurrente. En efecto, el comprador desconocía que el precio de la compraventa, que para él se había fijado en 113.000 euros, había sido estipulado en 110.000 euros para el vendedor. El comprador pagó 113.000 euros por el precio de la compraventa en la creencia de que se le haría llegar esa cantidad al vendedor, una vez deducidos los gastos de comisión de la inmobiliaria, cuyo importe desconocía pero cuyo cargo correspondía al vendedor y no al comprador. Por el contrario, el vendedor con apoyo en su hoja de encargo, entendió que recibiría por el precio de la compraventa 105.000 euros, al fijarse un precio de 110.000 euros, menos los gastos de comisión de la inmobiliaria, cifrados expresamente a su cargo en la cantidad de 5.000 euros - aunque finalmente abonara 4.500 euros-, conforme al art. 23 de las normas de los Agentes de la Propiedad Inmobiliarias.

La maniobra artera de la inmobiliaria fue cobrar, por la misma compraventa, dos comisiones, primero al vendedor y después al comprador. Y hacerlo mediante la ocultación de ese doble pago. Así lo manifestaron en sus declaraciones. Y todo ello al margen de que, como indicó el perito en el acto del juicio, el pago de las comisiones no debe ir incorporado al precio, sino en capítulo aparte por su diferente tratamiento fiscal.

Ni los documentos mediante los que pretende acreditarse el precio máximo de la vivienda, ni el pacto de abono de uno inferior, modifican, en modo alguno, el doble pago de las comisiones. Del mismo modo, el que se hayan declarado esas cantidades mediante un listado de facturas a Hacienda, tampoco neutraliza la existencia de ese sobrepago, ni acredita que los otorgantes llegaran a tener conocimiento de esa declaración.

Por cuanto antecede, los motivos sexto y séptimo han de ser desestimados (arts. 884.4 y 885.1 LECrim). Los documentos invocados para respaldar el error valorativo que se atribuye a la Audiencia no son autosuficientes desde una perspectiva probatoria. Su significado no puede desvincularse de las explicaciones ofrecidas por sus otorgantes en el plenario, cuyo contenido fue valorado con la ventaja que el principio de inmediación, entendido como proximidad del Tribunal a las fuentes de prueba, proporciona al órgano de instancia.

3.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

Estima la defensa que no existe prueba de cargo que justifique la condena por la comisión del delito de estafa agravada. El juicio histórico y su posterior fundamentación jurídica incluye “...una serie de prospecciones incompatibles de todo punto con el derecho fundamental que se entiende lesionado”. Tanto el comprador como vendedor conocieron sus sendas hojas de encargo con la inmobiliaria, en las que se reconoce que una parte de los respectivos abonos respondía a los honorarios de la empresa intermediadora. La tesis de la Audiencia, que hace descansar el engaño en que no se cruzaron los importes de los honorarios entre comprador y vendedor, no puede sostenerse desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, no existe obligación alguna de que el comprador y el vendedor conozcan antes de la perfección del contrato esas condiciones, ni siquiera que tengan que reunirse con tal fin, o con otro diferente. La prueba del engaño así descrito no se ve reforzada por ninguna otra circunstancia que venga razonablemente en apoyo del argumento matriz. No hay prueba de la ocultación deliberada.

El motivo no es acogible.

De entrada, el discurso de la defensa –hábilmente construido-, referente a la no constatación de ningún indicio que refuerce o complemente el juicio inferencial de la Audiencia, no puede ser compartido. Con cita ordenada de los distintos documentos obrantes en la causa, se alega la ausencia de todo acto deliberado de ocultación, lo que se opondría a la idea –proclamada por los Jueces de instancia- de que el engaño consistió en no hacer posible la reciprocidad

en el intercambio de información. Sin embargo, las circunstancias que presidieron el otorgamiento de la escritura pública de 8 de abril de 2003 y la suscripción de las hojas de encargo y del documento privado de venta de 26 de febrero de 2013, no pueden ser orilladas en el momento del razonamiento exoneratorio. Y es que ninguna maniobra añadida de ocultación era precisa, al preexistir distintos documentos que habían sido suscritos con anterioridad por las partes y el intermediario, sin la compartida presencia de la futura contraparte. Tiene razón el recurrente cuando niega la existencia de un derecho a la información entrecruzada, exhaustiva e incondicional, acerca de los términos en que cada uno de los otorgantes se relaciona con el agente intermediario. De hecho, la información derivada del clausulado de cualquier negocio, estará, por definición, a la entera disposición de ambos. No es imaginable un acto de ocultación del intermediario respecto del contenido del negocio jurídico que están suscribiendo comprador y vendedor. Pero sí es perfectamente posible la reserva respecto de aquellos otros documentos que no son objeto de un acto de otorgamiento compartido. Es el caso de las hojas de encargo, en las que de forma individual, no concertada con un hipotético otorgante al que, en ese momento, ni siquiera se conoce, se fijan los presupuestos y condiciones de la tarea de intermediación. Es esta información la que puede ser utilizada como estrategia para el acto mendaz sobre el que se construye el delito de estafa. Y fue precisamente esto lo que aconteció en el presente caso. Así se explica en el FJ 1º de la sentencia de instancia: *“el engaño, requisito tipo de la estafa, consiste, a criterio de este Tribunal, en que mientras tanto a los*

compradores como a los vendedores se les ocultan las condiciones que habían cerrado con cada uno de ellos, consiguen su consentimiento para la compraventa, y con ello la distracción patrimonial que de conocer las condiciones reales de cada uno, no hubieran efectuado a favor de la inmobiliaria". Cualquier duda acerca de la congruencia inferencial de la Audiencia se disipa con la lectura del último párrafo del FJ 3º. Allí se razona en los siguientes términos: "...el engaño al vendedor no proviene de que el mismo no supiera que iba a pagar esos honorarios por una cuantía de 5000 euros, sino de que el precio que los compradores habían abonado por el piso eran 113.000 euros, y no los 110.000 que a él le habían hecho creer, así como de que a su vez, a los compradores también se le habían retenido 3000 euros en concepto de honorarios cuando estos suponían un importe de 5000 euros conforme a lo pactado con este vendedor".

En definitiva, el engaño, descrito en numerosos precedentes de esta Sala como "*la espina dorsal*" del delito de estafa (cfr. por todas, SSTS 514/2015,2 de septiembre; 565/2012, 29 de junio; 1092/2011, 19 de octubre; 61/2004, 20 de enero y 300/1999, 1 de marzo), consistió en la ocultación de un dato decisivo en el proceso de formación de voluntad de ambos contratantes, en la manipulación interesada del *quién* y del *cuánto* de la comisión que iba a embolsarse la agencia mediadora.

El Letrado de la defensa añade a su argumento impugnativo el valor jurídico de la desidia de los denunciantes

quienes, en ningún momento, hicieron valer un elemental sentido de la autoprotección: “...acudieron ignorantes de ese concreto dato a la cita notarial porque quisieron”.

Sin embargo, hemos matizado mucho el alcance de la doctrina de la autoprotección como presupuesto para la admisibilidad de un engaño calificable como *bastante*. La jurisprudencia de esta Sala, en los últimos años, ha hecho un esfuerzo por centrar en sus justos límites el significado de la doctrina de exclusión. Decíamos en nuestras SSTS 421/2014, 26 de mayo; 832/2011, 15 de julio, 1188/2009, 19 de noviembre; 687/2008, 30 de octubre y 425/2008, 27 de junio, que “...es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa, tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial, en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «...una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria

indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos. Más recientemente no faltan pronunciamientos de la Sala en este mismo sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero, con cita de otras sentencias -SSTS 1285/98 de 29 de octubre, 529/2000 de 27 de marzo, 738/2000 de 6 de noviembre, 2006/2000 de 22 de diciembre, 1686/2001 de 24 de septiembre- tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». En el mismo sentido SSTS 880/2002 de 14 de mayo y 449/2004 de 2 de abril.

En tales supuestos, la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas. De hacerlo así se corre el riesgo de desproteger a quien por razón de sus circunstancias personales es más vulnerable y precisa de mayor tutela, pues la metodología del fraude admite estrategias bien distintas, con un grado de sofisticación variado. La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo,

podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema jurídico no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos –algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa.

De forma más reciente, la STS 162/2012, 15 de marzo, precisa que “...una cosa es la exclusión del delito de estafa de supuestos de <engaño burdo>, o de <absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria

indolencia>, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales. Como señala la STS de 28 de junio de 2.008 <el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección>.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea que <una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado>.

Decíamos en la misma resolución que, “...como ha señalado un autor destacado, <un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas> y en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas y que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la

credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto”.

Con la misma habilidad argumental que late en todo el desarrollo del motivo, el Letrado de la defensa pretende extraer consecuencias exoneratorias del giro usado por la sentencia de instancia en el relato de hechos probados, cuando al referirse a la compraventa otorgada ante notario el día 8 de abril de 2013, señala que “...el vendedor <entendió> que eso era lo que quedaba por pagar”. Se arguye por la defensa que el vendedor pudo *entender* lo que quisiera como consecuencia de su falta de diligencia; pero, desde luego, esa interpretación personal de la realidad notarial en modo alguno debería constituir un dato idóneo para hacer decaer el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sin embargo, sólo si prescindimos de varias de las acepciones que al vocablo “*entender*” adjudica el Diccionario de la Real Academia, ese razonamiento puede mostrarse

válido. Se da la circunstancia, sin embargo, que, conforme a la interpretación auténtica de esa palabra, entender es “*tener idea clara de las cosas; saber con perfección algo; conocer, penetrar; conocer el ánimo o la intención de alguien*”. Y qué duda cabe que mal se puede entender, saber con perfección algo o conocer la intención de alguien, si ese tercero incorporó a los documentos preparatorios del negocio de transmisión de la vivienda sita en la calle [...], una información dispar e interesada. Estrategia falaz que le permitió retener 3.000 euros del precio abonado por el comprador (113.000 euros), cantidad que nunca llegó a poder del vendedor y que habían sido entregadas en la plena confianza de que ese era el precio íntegro pactado con el transmitente.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

4.- Los motivos segundo a quinto se ofrecen con el mismo respaldo, a saber, el que proporciona el art. 849.1 de la LECrim. Se denuncia indebida aplicación de los arts. 248 –segundo motivo-, 250.1.6 –tercer motivo-, 56.3 – cuarto motivo- y 109, 110 y 111 –quinto motivo-, todos ellos del CP.

A) El error jurídico en la subsunción de los hechos como constitutivos de un delito del art. 248 del CP, se habría producido –arguye la defensa- por cuanto que la conducta enjuiciada no integra el delito de estafa, al no concurrir sus elementos típicos, debiendo haberse dirimido la controversia, en su caso, en la jurisdicción civil.

Con amplio apoyo jurisprudencial, el recurrente sostiene

que no ha existido engaño bastante. No existe norma alguna que obligue a cruzar la información entre ambas partes. No puede hablarse de error consecuente al engaño, pues los contratantes conocían perfectamente los términos de su relación con *Vipres*. No hay perjuicio patrimonial, pues los documentos demuestran que comprador y vendedor conocían perfectamente su obligación de abonar los respectivos importes de 3.000 y 5.000 euros. Se concluye, no hay dolo, a la vista de la falta de intención de desplegar cualquier maniobra fraudulenta.

La defensa alega, como punto de partida que condiciona buena parte de su razonamiento, que el engaño cometido por J. P. C. y Á. C. fue un engaño omisivo, pues se habría impedido una información compartida y recíproca acerca de las términos de la venta del inmueble. Esta idea es, cuando menos, discutible. La estafa por omisión se produce cuando el perjudicado es víctima de su propio error y el autor del delito, estando obligado a ello por su condición de garante, no hace nada por desvanecer esa equivocación. Ya clásico es el ejemplo del ingenuo aficionado al arte que ofrece en venta un cuadro de Goya sin conocer su autenticidad. Pero en el caso que es objeto del presente recurso, nada de ello sucede así. El error padecido por F. B. y J. G. no fue consecuencia de su propia ingenuidad.

Antes al contrario, fue la acción desplegada por ambos intermediarios, fijando condiciones económicas distintas en los documentos suscritos con anterioridad a la formalización de la venta, la que generó ese estado de desconocimiento, que condujo al comprador a desprenderse de un sobreprecio (3.000

euros), que nunca llegó a manos del vendedor.

Eso es lo que proclama el juicio histórico y a sus estrictos términos hemos de atenernos. El art. 849.1 de la LECrim exige como presupuesto metodológico que el discurso crítico del recurrente se elabore aceptando los hechos probados reflejados en el factum. Hemos de ceñirnos al fragmento en el que se apunta que *“...el día 8 de abril de 2013 se formalizó la escritura pública de compraventa en la que se reseña un precio de venta de 110.000 euros, entregando mediante cheque bancario 105.500 euros que aún restaba por pagar de las cantidades ya entregadas a cuenta por los compradores que ascendían a un total de 113.00 euros, mientras que el vendedor entendió que eso era lo que quedaba por pagar después de detraer los 5.000 euros de los honorarios, según su contrato privado de 19 de febrero. En nombre y representación de la inmobiliaria intervino J. P. C. G., que era conocedor de que los términos de esta escritura no eran iguales a lo pactado en los documentos privados suscritos por la inmobiliaria con comprador por un lado y con vendedor por otro. [...] Ni el comprador sabía que el precio era de 110.000 euros de los que había que restar al vendedor 5000 euros, ni el vendedor sabía que se había cerrado un precio con los compradores de 113.000 euros, de los que a su vez la inmobiliaria retenía otros 3000 euros. En igual sentido, los compradores no sabían que el precio por el que la inmobiliaria había cerrado la venta con el vendedor era de 110.000 euros, y que los otros 3000 euros los iba a retener la inmobiliaria, cuando con ellos no se había pactado pago de honorarios alguno”*.

Pues bien, en esa descripción se condensan todos los elementos del delito de estafa, tal y como viene siendo delimitado por la jurisprudencia de esta Sala.

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 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 (cfr. SSTS 564/2007, 25 de junio -con cita de las SSTS 1362/2003, 22 de octubre y 1469/2000, 29 de septiembre y 1128/2000, 26 de junio).

Cuestión distinta es que, habiéndose ocultado a ambos otorgantes los términos exactos del negocio traslativo del dominio que habían suscrito, la concurrencia del perjuicio patrimonial -elemento estructural del delito de estafa- precise una puntualización. Si bien se mira, sólo el comprador sufrió un

efectivo menoscabo patrimonial. En efecto, F. B. R., que figuraba en el contrato de 26 de febrero de 2013 como comprador del inmueble sito en la calle [...], abonó por él 113.000 euros, e ignoraba que el verdadero precio de venta era 110.000 euros. Desconocía que la entidad inmobiliaria iba a retener 3.000 euros, ocultando su cobro al vendedor, quien había sido convencido por los acusados de que el importe de la venta era de 110.000 euros y de esa cuantía iba a ser detrída la cuantía de la comisión. Así se expresa en el relato de hechos probados, cuya íntegra aceptación actúa como presupuesto obligado para discutir el juicio de tipicidad: *“...ni el comprador sabía que el precio era de 110.000 euros de los que había que restar al vendedor 5.000 euros, ni el vendedor sabía que se había cerrado un precio con los compradores de 113.000 euros, de los que a su vez la inmobiliaria retenía otros 3.000 euros. En igual sentido, los compradores no sabían que el precio por el que la inmobiliaria había cerrado la venta con el vendedor era de 110.000 euros, y que los otros 3.000 euros los iba a retener la inmobiliaria, cuando con ellos no se había pactado pago de honorarios alguno”*.

Este matiz nos obliga a la estimación parcial del motivo, con la consiguiente repercusión en el *quantum* de la responsabilidad civil, materia que será objeto de examen al dar respuesta al quinto de los motivos.

B) También se denuncia error de derecho en la aplicación del art. 250.1.6 del CP. Sostiene la parte recurrente que no se ha probado en el presente caso la existencia de circunstancias objetivas que demuestren que el pretendido aprovechamiento

de la credibilidad profesional trascienda de la quiebra de confianza que es propia de toda estafa. Se lesiona así el principio *non bis in idem*.

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser parcialmente estimado.

El art. 250.1.6 del CP incrementa la pena asociada al tipo básico cuando el delito se comete aprovechando el defraudador “...su credibilidad empresarial o profesional”. Es evidente que esta forma agravada de estafa no opera de forma automática, ni se actúa ante la mera existencia de esa credibilidad (STS 383/2013, 12 de abril). En otras palabras, si la credibilidad empresarial ha servido para incardinar los hechos como típicos del delito de estafa, no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el citado tipo agravado sin conculcar el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad (STS 1077/2007, 13 de diciembre).

Es el factum el que ha de contener los datos precisos para el juicio de tipicidad y, por tanto, para la aplicación del tipo agravado por el que ha optado la Audiencia. Se da la circunstancia, sin embargo, que en el relato de hechos probados la triple referencia que se contiene a la entidad *Viprés Inmobiliaria* no permite actuar la subsunción, tal y como ha sido proclamada por los Jueces de instancia. En el primero de los apartados, se alude a la firma de un contrato de encargo por parte de J. G. M. En el segundo, se menciona la existencia de un contrato de venta en el que figura como comprador F. B. Es en

el último de los párrafos del relato fáctico en el que se dice que “...Vipres Inmobiliaria, aunque operaba con tal nombre comercial en su intervención profesional de intermediación en el tráfico inmobiliario, teniendo abierta, entre otras, la oficina al público en la calle [...], a la que acudió J. G. a hacer el encargo de venta de su piso, y A. B. para que le enseñasen ese piso para comprarlo para su hermano, la sociedad con personalidad jurídica que se encontraba bajo esa denominación era ANJUMA G.L, S.L, cuyo representante es J. P. C. G.”.

Como puede apreciarse, no existe presupuesto alguno sobre el que construir la aplicación del tipo agravado. No basta constatar una intervención profesional de intermediación. Tampoco es suficiente con ofertar los servicios profesionales al público a través de una o varias oficinas. Es preciso algo más. Este delito no lo comete el empresario o el profesional que engaña a otro y le induce a realizar un acto de disposición patrimonial en su favor. Es menester que un sujeto en el que concurre esa condición empresarial o profesional se valga de las ventajas asociadas a ese estatus para debilitar las habituales prevenciones de toda hipotética víctima.

El Ministerio Fiscal, sin apoyar expresamente el motivo, sugiere el insuficiente respaldo fáctico de la agravación. Considera que la aplicación del tipo agravado se expresa en la sentencia recurrida “...de un modo lacónico pero suficiente” al apuntar que se “...trata de un nombre comercial que lleva operando en el sector inmobiliario en esta ciudad durante bastante tiempo”.

Hemos de insistir en que no basta la existencia de un nombre comercial más o menos asentado en una localidad para que la aplicación del tipo agravado resulte obligada. Carecería de sentido que todo delito de estafa cometido en ese entorno tuviera que ser encajado en la agravación del art. 250.1.6 del CP. Un empresario o cualquier otro profesional pueden también cometer la modalidad básica de estafa. Que el juicio de tipicidad se incline por una u otra alternativa dependerá del sustrato fáctico que proporcione el relato de hechos probados. En el presente caso, la parquedad descriptiva sólo puede operar a favor del reo. Lo que impone como consecuencia la estimación del motivo, con las consecuencias que luego se precisan en nuestra segunda sentencia.

D) El cuarto de los motivos denuncia indebida aplicación del art. 56.3 del CP. La sentencia de instancia –alega la defensa- no justifica con la debida precisión la procedencia de la pena de inhabilitación ya que, por imperativo legal, ha de determinarse expresamente en la resolución condenatoria la vinculación entre dicha pena y el delito cometido.

No tiene razón el recurrente.

La pena de inhabilitación especial impuesta a ambos acusados, referida al “...*desempeño de cualquier actividad relacionada con la gestión de viviendas, incluida la intermediación por sí o por tercero o por persona jurídica en su nombre*”, cuenta con una escueta pero suficiente motivación. En el FJ 7º de la sentencia recurrida se anuncia el acogimiento de la solicitud formulada por la acusación particular, “...*petición que debe ser estimada al haberse realizado el delito en el*

desempeño de esta función”. Y los presupuestos fácticos referidos al ejercicio de esa función están minuciosamente descritos en el juicio histórico.

El delito se comete en el genuino ejercicio de una actividad de intermediación inmobiliaria. Encierra toda la lógica, pues, que sea en ese espacio funcional en el que haya de operar la pena accesoria de inhabilitación especial.

La defensa cita en apoyo de la necesidad de una motivación reforzada la STC 221/2001, 31 de octubre. Sin embargo, en aquel supuesto de hecho, la Audiencia Provincial había impuesto la pena accesoria de *suspensión de cargo público, profesión, oficio*. Lo que reprocha el Tribunal Constitucional al órgano decisorio es la excesiva amplitud del efecto inhabilitante y, sobre todo, “...*que el órgano judicial no exteriorizó la razón jurídica que podía avalar, en su caso, el alcance de la pena accesoria, pues ninguna mención existe en la resolución impugnada a la vinculación entre el derecho o derechos suspendidos y el delito cometido*”. Y esa vinculación tampoco podía “...*ser extraída de forma implícita de los hechos probados o de los fundamentos jurídicos de dicha resolución en lo que respecta a todos los derechos nominalmente afectados por la suspensión*”.

Nada de esto sucede en el caso que nos ocupa. En la sentencia recurrida no se impone una genérica inhabilitación para todo cargo público, profesión u oficio. Antes al contrario, se concreta la pena restrictiva y se circunscriben sus efectos al ámbito de actuación profesional que sirvió de escenario para la

comisión del delito por el que ambos recurrentes fueron acusados.

No se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el motivo ha de ser descartado (art.885.1 y 2 LECrim).

E) El quinto motivo, con la misma cobertura del art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, al entender indebidamente aplicados los arts. 109, 110 y 111 del CP.

El recurrente considera erróneo el cálculo de la responsabilidad civil derivada del delito, “...*porque algún beneficio debió obtener la inmobiliaria por su mediación*”. Podría discutirse –arguye la defensa- si uno de los honorarios abonados es improcedente en el ámbito de la jurisdicción civil, pero que deban resarcirse los dos pagos realizados a *Vipres* carece de todo fundamento legal. Insiste la defensa en que “...*aun manteniendo la condena por estafa, como si de un ejercicio académico se tratara*”, sólo resultaría procedente el abono de una de las dos comisiones.

El motivo merece su estimación parcial.

Como ya hemos expuesto en el apartado B) del FJ 4º de esta resolución, ambos acusados desplegaron toda una estrategia mendaz de ocultación que tuvo como destinatarios al comprador y vendedor del inmueble. Sin embargo, en estrictos términos sólo sufrió un perjuicio patrimonial el comprador, que como consecuencia del engaño abono 3.000 euros por encima del importe pactado por los acusados con el comprador. A ese importe, por tanto, ha de limitarse la indemnización debida.

***RECURSO DE ANJUMA GESTIONES
INMOBILIARIAS S.L***

5.- En nombre de la persona jurídica se formalizan cuatro motivos. Los tres primeros sostienen, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, la vulneración de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías, con proscripción de toda indefensión. El cuarto motivo, con invocación del art. 849.1 de la LECrim atribuye a la resolución recurrida error de derecho por indebida aplicación del art. 251 bis del CP.

A) La condena de una persona jurídica y la invocación por su defensa de vulneración de sus derechos fundamentales, nos sitúa de plano en el novedoso y controvertido tema de la responsabilidad de los entes colectivos. De su novedad habla el hecho de que esta Sala sólo se haya pronunciado en dos precedentes. El primero, la STS 514/2015, 2 de septiembre, que se limitó a anticipar la necesidad de que, en la interpretación del art. 31 bis del CP, *“...ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*. En aquel caso, sin embargo, nuestro pronunciamiento tuvo un alcance bien restringido, en la medida en que no existía un recurso formalizado en nombre propio por la persona jurídica condenada. La anulación de su condena fue consecuencia de la estimación del recurso promovido por el administrador de la persona jurídica, lo que obligaba a la Sala a

hacer extensivo el efecto favorable de la absolución, tal y como impone el art. 903 de la LECrim.

Más recientemente, la sentencia núm. 154/2016, 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado. Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.

B) La parte recurrente sostiene que no existe ninguna prueba en el procedimiento de que, como se refleja en los

hechos probados, el representante legal de la entidad *ANJUMA GI. S.L* fuera J. P. C. G. en el momento de la comisión de los hechos, concretamente, en los meses de febrero a abril de 2013. Ese dato –aduce la defensa- habrá de probarse mediante el correspondiente registro mercantil y habrá de estar referido al momento de la comisión de los hechos y no de su enjuiciamiento. Sin embargo, esa certificación no fue demandada por ninguna de las acusaciones personadas.

No tiene razón la defensa.

Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero: *“...de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones”*.

Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y

es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de *otro*. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que

derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero *fraude de etiquetas*- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que

le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal. Sobre ese riesgo ya advirtió el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015, cuyas palabras cobran ahora un especial valor: *“...entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación*

de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras”.

La Sala considera que el debate sobre *quién* ha de probar y *qué* ha de ser probado no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes jurisdiccionales. Los valores que convergen en el proceso penal obligan a modular el significado de algunos principios que, en otros órdenes, pueden llegar a ser determinantes. Piénsese, por ejemplo, en el principio de preclusión, que no es otra cosa que una pauta de ordenación de las distintas secuencias temporales del proceso. Lo mismo puede decirse respecto del entendimiento clásico de la teoría sobre la *carga de la prueba*. La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como *subsistema de circunstancias eximentes*, ya se predique de ellas la condición de *excusas absolutorias*, de *causas de exclusión de la culpabilidad* o, como ha llegado a sostenerse, *elementos negativos del tipo*, la controversia sobre la

etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan “...*incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que

estime oportunos –pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

C) En el presente caso, la parte recurrente sitúa la quiebra del derecho a la presunción de inocencia en la falta de acreditación de que el acusado J. P. C. era en el momento del enjuiciamiento, no en el de la comisión del hecho por el que él ha sido acusado, representante o administrador de la persona jurídica condenada.

Es discutible que esa objeción esté relacionada con el ámbito material del derecho a la presunción de inocencia. Es quizás el contenido del tercero de los motivos –bajo el epígrafe de una hipotética vulneración del principio de *proscripción de toda indefensión*- el que más conexión presenta con el derecho que ahora se estima vulnerado. Pese a todo, la alegación del recurrente da pie a dos puntualizaciones.

La primera, referida a la importancia de que entre la persona física a la que se imputa el hecho delictivo –en el supuesto objeto del presente recurso, J. P. C. G. como autor de un delito de estafa- y la persona jurídica a la que también se condena, no exista una colisión de intereses que pueda jugar en perjuicio de uno u otro de los sujetos de la imputación. Esta llamada de atención ya fue objeto de nuestra anterior STS 154/2016, 29 de febrero. Decíamos en el apartado 5º del FJ 8º: “...se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible

responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. [...] La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante [vid. art. 31 quáter b) CP]. [...] En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona

jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”.

La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquélla.

En el caso que nos ocupa, es palmario que la representación legal de *ANJUMA G.I. S.L* no debería haber sido asumida por J. P. C. La decisión judicial de aceptar para la representación y defensa de ambos sujetos de la imputación a los mismos profesionales, podría haber conducido a una escisión funcional nada beneficiosa para uno u otro imputado. Sin embargo, decisiones de esta naturaleza no deberían ser resueltas con un automatismo incompatible con las circunstancias de cada caso concreto. Sólo la constatación de

que esa indeseable identidad ha producido efectos perjudiciales, debería conducir a la declaración de vulneración del derecho de defensa.

En el supuesto de hecho que centra nuestra atención no existe constancia de esa colisión de intereses. Es seguro que a ello habrá contribuido la insuficiencia argumental con la que en el último párrafo del FJ 5º de la sentencia recurrida, la Audiencia Provincial pretende justificar la declaración de responsabilidad penal de *ANJUMA G.I. S.L.*

Sea como fuere, con independencia del desenlace del tercero de los motivos, en el que se ofrece la clave para la absolución de la persona jurídica condenada, el discurso argumental de la defensa de J. P. C., cuando sostiene la falta de pruebas acerca de la permanencia en su cargo de administrador de la entidad *ANJUMA G.I. S.L.*, no puede ser aceptado. En la sentencia recurrida no se alude a protesta alguna que llegara a formularse en el acto del juicio oral. Como representante legal de *ANJUMA G.I. S.L.* fue llamado a juicio y en tal carácter compareció. Se trata de una alegación sobrevenida y, por tanto, inatendible.

D) Una mejor ordenación sistemática de los motivos formalizados por la defensa de la entidad *ANJUMA G.I. S.L.* hace aconsejable anticipar el análisis del tercero de los motivos. En él se alega la indefensión padecida por la falta de una imputación en forma dirigida a la persona jurídica que luego resultó condenada.

E) Se trata, como es lógico, de una cuestión previa al

análisis del segundo motivo, en el que se denuncia la falta de motivación de la pena impuesta, consistente en el cierre y clausura del establecimiento por plazo de 6 meses.

F) La estimación del tercer motivo hará innecesario el examen del segundo.

Aduce la defensa, con la cobertura de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, que se ha vulnerado “...*el derecho fundamental a la proscripción de cualquier suerte de indefensión, recogido en el art. 24 de la Constitución*”. Recuerda que la entidad ANJUMA G.I. S.L “*no ha sido imputada en la presente causa, conociéndose su participación a través del escrito de conclusiones provisionales de la representación del Sr. G. M.*”. Y añade que “...*ni las acusaciones, ni el Ministerio Fiscal, ni la Jueza instructora instaron medida de clase alguna en orden a considerar imputada a la mercantil ANJUMA*”. De hecho, “...*su representante legal no fue escuchado durante la instrucción criminal (...). Se hace así visible la palmaria indefensión padecida por nuestra representada, que por ser persona jurídica (...) no es de peor derecho que las físicas como sujeto del proceso penal y singularmente, como acusado en el mismo. Ni siquiera hay una resolución judicial en sentido estricto que procure evitar la indefensión de ANJUMA (...) sino que es el Secretario Judicial el que, en defecto de otros actores del proceso insta en un momento procesal periclitado desde todos los puntos de vista*” (sic).

No comparte esta tesis el Ministerio Fiscal, quien insta la desestimación de los motivos en los que se alega la vulneración del estatuto constitucional de la persona jurídica. En su escrito

de impugnación, tras aceptar la vigencia de la jurisprudencia constitucional citada por el recurrente, referida al significado constitucional del derecho de defensa, puntualiza que “...no podemos llegar a compartir cuestiones meramente formales que determinen la impunidad de las personas jurídicas, cuya responsabilidad penal es autónoma pero al mismo tiempo vicarial de la de las personas físicas que las representan, como se reconoce en la Circular 1/2011, de 11 de junio, a espera de una jurisprudencia sobre el particular, que todavía está en ciernes (véase STS 514/2015, de 2 de septiembre)”. El dictamen el Fiscal del Tribunal Supremo descarta la existencia de indefensión: “...J. P. C. G., representante legal de ANJUMA G.L S.L declaró como imputado y no puede sostenerse que esa declaración no es válida porque no se toma declaración a la persona jurídica que representa, ya que esa persona jurídica está representada por la misma persona física. Sería llevar el formalismo a niveles intolerables. No hay indefensión, es la misma persona física la que declara como imputada y la representante de la persona jurídica (...). Es cierto que la jurisprudencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas está por hacer pero no podemos caer en su construcción en formalismos que hagan ineficaz la acción de la Justicia y que, materialmente, no lesionan derechos fundamentales de la persona jurídica, cuya responsabilidad penal en sí misma considerada es un artificio legal en nuestro Derecho penal llevado por las corrientes europeas, que ha quebrado la visión antropocéntrica de la responsabilidad penal de manera artificial ya que detrás de las personas jurídicas siempre están las personas físicas”. Concluye el Fiscal su

argumento impugnativo con las siguientes palabras: *“...determinadas corrientes doctrinales ya han expresado el error que ha supuesto establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto tiene de cierta exoneración de responsabilidad de las personas físicas que se encuentran bajo su manto. No obstante, no se trata de cuestionar el diseño legal, que se debe aceptar y defender, conforme se establece en el art. 31 bis del CP, sino contextualizarlo al caso concreto y destacar la ausencia de las infracciones de derechos fundamentales denunciadas en el recurso”*.

No tiene razón el Fiscal.

El mayor o menor grado de identificación del intérprete con el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas introducido en la reforma de 2010 no puede condicionar el estándar de garantías exigibles para la investigación y enjuiciamiento de los delitos imputados a esos entes jurídicos. Los principios del proceso penal no pueden aceptarse o rechazarse, ni siquiera atemperar su vigencia, en atención a la adhesión o censura que a cada uno sugiera la fórmula legislativa concebida por el legislador para hacer realidad la persecución del delito corporativo. Cualquier duda al respecto puede despejarse con la lectura del art. 31 ter.1 del CP, en el que se proclama con claridad que *“la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidos en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el*

procedimiento contra ella". Y para despejar cualquier duda, añade el apartado 2 del mismo precepto: *"la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*.

Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. La LO 1/2015, 30 de marzo, ha proclamado que el sentido de la reforma introducida en el art. 31 bis del CP no tiene otra justificación que *"...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del <debido control>, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial..."*.

Es cierto que la voluntad del legislador no es el único de los parámetros hermenéuticos cuando se trata de fijar el alcance de un precepto penal. Pero también lo es que ese

pasaje de la *exposición de motivos* no puede interpretarse de otro modo que como el confesado propósito legislativo de apartar nuestro sistema de algún modelo comparado –es el caso, por ejemplo, del derecho italiano, más próximo a la responsabilidad administrativa- en el que, no sin viva polémica, el papel de la persona jurídica sólo se justifica por la oportunidad de demostrar que, pese a la comisión del hecho de referencia a cargo de la persona física, aquélla actuó con la debida diligencia en la organización de las medidas de cumplimiento, de gestión y de control.

La Sala no puede aceptar la idea que late en la argumentación del Fiscal –cuya brillantez expositiva no se cuestiona-, según la cual, siempre que se opte por un modelo de responsabilidad vicarial, la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal pasa a un segundo plano. La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad- sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del *ius puniendi*. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de *formalismos* la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de *uno* se

transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese *otro* sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

La queja del recurrente, cuando censura el no haber sido objeto de una imputación formal, ha de ser atendida. Y no es sino consecuencia obligada de lo dispuesto en el art. 409 bis del CP. En él se dispone que “...*cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado*”. Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse “...*a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización*”. El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.

La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que

exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.

En palabras de la STS 154/2016, 29 de marzo, “...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas

de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

Por cuanto antecede, el motivo tercero ha de ser estimado, con la consiguiente absolución de la entidad *ANJUMA G.I. S.L.* Se hace innecesario, por tanto, el examen de los motivos segundo y cuarto.

6.- Procede la declaración de oficio de las costas procesales (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por las respectivas representaciones legales de **J. P. C. G., A. C. V.** y la **entidad mercantil ANJUMA GESTIONES INMOBILIARIAS S.L,** contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, en causa seguida por un delito de estafa, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la

Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

1535/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 02/03/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

***SEGUNDA
SENTENCIA N°:
221/2016***

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Cáceres, en el procedimiento abreviado núm. 13/2015, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 7 de Cáceres, se dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 2015, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del tercero de los motivos formalizados por la representación legal de J. P. C. y Á. C., declarando que los hechos son constitutivos de un delito de estafa de los arts. 248 y 249 del CP, sin que resulte de aplicación el tipo agravado previsto en el art. 250.1.6 del CP.

El marco punitivo oscila entre 6 meses y 3 años de prisión. La Sala estima adecuado fijar la pena en 1 año de prisión, con la misma pena accesoria impuesta en la instancia, si bien acomodando su duración a la que es propia de la pena principal que ahora imponemos. La existencia de dos sujetos engañados mediante una estrategia mendaz que se proyectó sobre distintos negocios jurídicos, en un primer momento de carácter privado, después, de naturaleza pública, explica que no nos limitemos al mínimo legal, extensión por otra parte aconsejable para aquellos casos en los que concurre una

atenuante.

2.- La estimación de los motivos segundo y quinto, conforme a la argumentación expuesta en los apartados A) y E) del FJ 4º, obliga a limitar el importe indemnizatorio que los condenados deberán abonar a F. B. en la cantidad de 3.000 euros.

3.- El haber acogido el tercero de los motivos formalizados por la entidad mercantil *Anjuma G.I S.L*, conduce a la absolución de esta persona jurídica, con todos los pronunciamientos favorables.

III. FALLO

A) Se dejan sin efecto las penas de prisión y multa impuestas por el tribunal de instancia a J. P. C. G. y A. C. V. y se condena a cada uno de ellos, como autores de un delito de estafa básica, a la pena de 1 año de prisión, con las accesorias de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier actividad relacionada con la gestión de viviendas, incluida la intermediación por sí o por tercero o persona jurídica en su nombre, durante el tiempo de la condena.

Ambos acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a F. B. R. en la cantidad de 3.000 euros, con abono de los intereses legales.

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

B) Debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a la persona jurídica ANJUMA G.I, S.L del delito por el que venía siendo acusada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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