



Roj: **STS 5798/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5798**

Id Cendoj: **28079120012023100929**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2023**

Nº de Recurso: **5799/2021**

Nº de Resolución: **938/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Andalucía, 20-05-2021 (rec. 282/2020),
STS 5798/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 938/2023

Fecha de sentencia: 19/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **5799/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2023

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

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **5799/2021**

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 938/2023

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de diciembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **5799/2021**, interpuesto por Ángela (acusación particular), compareciendo D. Epifanio, D. Cesar y D. Eulogio, en calidad de herederos de la misma, representados por la procuradora D^a. Macarena Ortega Morales, bajo la dirección letrada de D. Salvador Martín Ros, contra la sentencia nº 139/2021, de fecha 20 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 282/2020. Ha intervenido el **Ministerio Fiscal**; y, como **parte recurrida: D. Fermín**, representado por el procurador D. Luis Piñar Gutiérrez, bajo la dirección letrada de D. Antonio Jordán Martínez; **D. Gabriel**, representado por el procurador D. Antonio Orti Baquerizo, bajo la dirección letrada de D. Álvaro Cerezo Moreno; **D. Isaac y la mercantil Reinte XXI**, representados por el procurador D. Andrés Jesús Raya Rubio, bajo la dirección letrada de D. Federico Antonio Membrives Alonso; **D. Cesar**, representado por el procurador D. Fernando Miguel Martínez Roura, bajo la dirección letrada de D^a. Rosa Stampa Rodríguez; **D. Vicente**, representado por la procuradora D^a. Cristina Bota Vinuesa, bajo la dirección letrada de D. Víctor Manuel Ansón Montoro; y **D. Jose Francisco**, representado por D. Andrés Jesús Raya Rubio, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Balbuena Mora-Figueroa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Jaén instruyó Procedimiento Abreviado nº 83/2019, contra Fermín, Jose Francisco, Gabriel, Vicente, Cesar, y Isaac y en calidad de responsables civiles MDL Cont. XVI, SL, y Ibiautos XVII, SL; y responsable civil subsidiario Banco de Santander, por los delitos de administración desleal, blanqueo de capitales, apropiación indebida y estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 819/2019, dictó sentencia nº 187/2020, de fecha 15 de julio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«En fecha 6 de mayo de 2011, Ángela otorgó un poder general en el Puerto de Santa **María** (Cádiz) ante el Notario D. Antonio Manuel Torres Domínguez (nº de protocolo 630) en favor del acusado Fermín y otro el 15 de enero de 2018 ante el Notario de Jaén D. Luis María Martínez Pantoja (nº de protocolo 54) denominado poder general mercantil y en relación a su sociedad Jaén Selección S.L. Ambos poderes tenían como finalidad que el acusado pudiese colaborar con Ángela en la gestión de su patrimonio y de su empresa.

El 20 de enero de 2019 Ángela ingresó en la UCI del Hospital Médico Quirúrgico de Jaén con pérdida de conciencia e insuficiencia respiratoria con lo que resultó ser un problema cardíaco, con insuficiencia renal y disfunción neurológica, siendo precisas medidas de soporte vital dado su grave estado de salud. En dicha Unidad permaneció Ángela hasta el 12 de marzo de 2019.

Ante tal circunstancia y con el único fin de enriquecerse ilícitamente, el acusado Fermín, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1934, con D.N.I. nº NUM001, ejecutoriamente condenado entre otras en sentencia firme el 4 de febrero de 2010 cuya pena está cumpliendo por delito Contra la Salud Pública y Tenencia Ilícita de Armas, y en prisión provisional por esta causa desde el 16 de abril de 2019, dos días después del ingreso en UCI de Ángela, el 23 de enero de 2019, transfirió a su nombre el vehículo propiedad de ésta, un Mercedes C-220 CDI Classic, matrícula NUM002.

Días después, aprovechando la misma situación y el poder general con el que contaba, el acusado Fermín se desplazó a una Notaría de Sevilla, donde el día 31 de enero de 2019 ante el Notario de dicha Ciudad, D. **José María** Sánchez-Ros Gómez, otorgó escritura de venta a su favor (nº de protocolo 168) del usufructo vitalicio de la finca registral nº NUM003 de la Ciudad de Martos, y cuya finca estaba arrendada a la mercantil Aridos Santo Nicasio S.L., en la que se explota una cantera, por la que Ángela estaba cobrando una renta mensual de 5.741,58 euros, figurando en dicha escritura el precio de la venta del usufructo por importe de 2500 euros, el cual no llegó a transferir a su dueña, procediendo el acusado Fermín a requerir a la empresa arrendataria del terreno para que en lo sucesivo ingresara al mismo el importe de la renta, si bien dicho requerimiento no fue atendido.

A finales de 2018 Ángela había vendido una almazara de aceite a una mercantil recibiendo cuatro pagarés de diferentes fechas de vencimiento cada uno de ellos, y del mismo modo, con la única finalidad de hacer propio todo el patrimonio de Ángela, el referido acusado el 11 de febrero de 2019 presentó a descuento dos de esos pagarés por importe de 600.000 euros cada uno de ellos, propiedad de Ángela, procedentes de la venta de la almazara antes dicha y poco antes de su enfermedad, que ella no había querido descontar al resultarle muy gravosa para su patrimonio dicha operación.



El importe de dichos pagarés nº NUM004 y nº NUM005, con fechas de vencimiento 15 de junio de 2019 y 31 de octubre de 2019, respectivamente, fue ingresado el 11 de febrero de 2019 en la cuenta del Banco Popular nº NUM006 titularidad de Ángela, originando su descuento unos gastos de 22.937,15 euros por el descuento anticipado, 10 euros de comisión de estudio de financiación y 840.50 euros de honorarios de Notaría.

Seguidamente, el acusado el 15 de febrero de 2019, ordenó la transferencia urgente de la cantidad de 1.180.555,60 euros desde la mencionada cuenta de Ángela a la cuenta de la que él es titular, nº NUM007 de la Sucursal de Caixa Bank sita en la Plaza de las Batallas de Jaén.

Posteriormente y con el fin de ocultar el dinero y su origen, puesto de común acuerdo con el acusado Jose Francisco, mayor de edad, nacido el NUM008 de 1937, con D.N.I. NUM009, sin antecedentes penales, extendió el cheque con referencia NUM010, fecha de valor 22 de marzo de 2019 e importe de 180.000 euros que Jose Francisco conocedor de su origen ilícito, ingresó en la cuenta nº NUM011 de Caixa Bank de la que es titular junto con su esposa (desconocedora de estos hechos), disponiendo de la mayor parte del dinero.

Con la misma finalidad y también previo concierto, el acusado Fermín extendió el cheque nº NUM012 con fecha de valor 26 de marzo de 2019 e importe de 700.000 euros que el acusado Gabriel, mayor de edad, nacido el NUM013 de 1987 con DNI NUM014, sin antecedentes penales, ingresó en la cuenta de la entidad Ibercaja nº NUM015 titularidad de MDL Const. XVI S.L., cuyo representante legal y único partícipe es el propio Gabriel.

No ha quedado acreditado que las cinco transferencias por importe total de 10.600 euros realizadas por el acusado Gabriel entre el 28 de marzo y el 1 de abril de 2019 al acusado Vicente, mayor de edad, nacido el NUM016 de 1986, con D.N.I. NUM017, sin antecedentes penales, en su cuenta NUM018, tuvieran como finalidad y puestos de común acuerdo, ocultar el dinero y su origen.

Ni tampoco ha quedado acreditado que las dos transferencias por importe total de 60.000 euros realizadas por el acusado Gabriel los días 28 y 29 de marzo de 2019 al acusado Cesar, mayor de edad, nacido el NUM019 de 1986, con D.N.I. NUM020, ejecutoriamente condenado en sentencia firme el 18 de septiembre de 2013 por un delito contra la salud pública, en su cuenta NUM021, tuvieran como finalidad y puestos de común acuerdo, ocultar el dinero y su origen.

De igual modo, no ha quedado acreditado que las tres transferencias por importe total de 74.000 euros realizados por el acusado Gabriel los días 29 de marzo y 1 de abril de 2019 a la cuenta NUM022, titularidad de Reinte XXI, S.L., cuyo representante legal es el acusado Isaac, mayor de edad, nacido el NUM023 de 1974, con D.N.I. NUM024, sin antecedentes penales, tuvieran esa finalidad y previo acuerdo, de ocultar el dinero y su origen.

El acusado Gabriel realizó desde la cuenta de su titularidad antes citada, operaciones de retirada de efectivo por importe de 264.115,37 euros, cinco transferencias por un importe total de 250.000 euros a la cuenta NUM022 de la entidad BBVA titularidad de Ibiautos XVII S.L., que el mismo administra siendo único partícipe, y a la cuenta NUM025 titularidad también de su empresa MDL Const. XVII S.L., dos transferencias por un importe total de 55.800 euros.

De los 700.000 euros del cheque extendido por el acusado Fermín en favor de MDL Const XVII S.L., únicamente se han recuperado 6.104,57 euros retenidos en la cuenta de Reinte XXI S.L., que se encuentran consignados.

De los 180.000 euros del cheque extendido por el acusado Fermín al acusado Jose Francisco, se han recuperado 51.446,64 euros y 38.728 euros que se encuentran en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Igualmente se encuentran consignados 134.268,34 euros retenidos de la cuenta de Fermín y 70.000 euros procedentes de una transferencia que dicho acusado realizó a un tercero desconocedor de los hechos.

La conducta de los acusados Fermín, Jose Francisco y Gabriel estuvo motivada por un ánimo de enriquecimiento injusto". >>

SEGUNDO.- Referida sentencia contiene el siguiente Fallo, complementado por auto de 15 de octubre de 2020:

<<A) Que debemos condenar y condenamos al acusado Fermín, como autor responsable de:

1. Un Delito Continuado de Administración Desleal previsto y penado en el art. 252.1 y en relación con los arts. 250.2 y 74 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DIECIOCHO MESES a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2. Un delito de Blanqueo de Capitales previsto y penado en el art. 301.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, Inhabilitación



especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE 1.200.000 euros con 90 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Y las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, en la parte correspondiente.

Debemos absolver y absolvemos al acusado Fermín de los delitos: Continuado de Apropiación Indebida, Hurto, continuado de Estafa y continuado de Falsedad Documental objeto de acusación particular, con todos los pronunciamientos favorables

B) Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Francisco , como autor responsable de un delito de Blanqueo de Capitales previsto y penado en el art. 301.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISION, Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 180.000 euros, con 30 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Y las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular en la parte correspondiente.

C) Que debemos condenar y condenamos al acusado Gabriel , como autor responsable de un delito de Blanqueo de Capitales previsto y penado en el art. 301.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad de la pena de TRES AÑOS DE PRISION, Inhabilitación especial para el ejercicio del del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 700.000 euros, con 60 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Y las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular en la parte correspondiente.

Se establece en concepto de responsabilidad civil:

1º La declaración de nulidad de la transferencia del vehículo Mercedes C220 CDI classic, matrícula NUM002 , llevada a cabo por el acusado Fermín el día 23 de Enero de 2019.

2º la declaración de nulidad de la escritura de venta del usufructo vitalicio de fecha 31 de enero de 2019 de la finca registral de Martos nº NUM003 .

3º El acusado Fermín deberá indemnizar a la perjudicada Ángela en la cantidad de 1.204.343'25 euros, importe de la cantidad transferida y los gastos ocasionados.

4º De esta cantidad responderá íntegramente dicho acusado Fermín .

5º Igualmente responderá el acusado Fermín de manera conjunta y solidaria respecto de 180.000 euros con el acusado Jose Francisco .-

6º El acusado Fermín responderá de manera conjunta y solidaria respecto de 700.000 euros con el acusado Gabriel .-

7º Las mercantiles MDL Const. XVI S.L e IBIAUTOS XVII S.L responderán como responsables civiles subsidiarios de la cantidad debida por Gabriel .-

8º A la cantidad a abonar por el acusado Fermín habrá de restarse el conjunto de las cantidades consignadas a determinar en ejecución de sentencia.-

9º A la cantidad debida por el acusado Jose Francisco habrá de restarse 51.446'64 euros y 38.728 euros.

Cantidades que se incrementarán con los intereses legales correspondientes, de acuerdo con el art. 576 de la LEC.

D) Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Vicente , Cesar Y Isaac de los delitos objeto de acusación, con todos los pronunciamientos favorables, así como a la mercantil REINTE XXI SL, como responsable civil subsidiario de Isaac , declarando de oficio las costas procesales causadas.

E) Que debemos absolver y absolvemos al BANCO DE SANTANDER como responsable civil subsidiario, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas procesales causadas. >>

TERCERO.- Frente a la referida sentencia, las representaciones procesales de Fermín , Jose Francisco , Gabriel y Ángela , interpusieron recursos de apelación mediante respectivos escritos, elevándose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 282/2020, dictó sentencia nº 139/2021, de 20 de mayo de 2021, cuyos **hechos probados** tienen el siguiente contenido:

<<1. Se sustituyen los dos siguientes párrafos de la sentencia apelada:



"Posteriormente y con el fin de ocultar el dinero y su origen, puesto de común acuerdo con el acusado Jose Francisco , mayor de edad, nacido el NUM008 de 1937, con D.N.I. NUM009 , sin antecedentes penales, extendió el cheque con referencia NUM010 , fecha de valor 22 de marzo de 2019 e importe de 180.000 euros que Jose Francisco conocedor de su origen ilícito, ingresó en la cuenta nº NUM011 de Caixa Bank de la que es titular junto con su esposa (desconocedora de estos hechos), disponiendo de la mayor parte del dinero.

Con la misma finalidad y también previo concierto, el acusado Fermín extendió el cheque nº NUM012 con fecha de valor 26 de marzo de 2019 e importe de 700.000 euros que el acusado Gabriel , mayor de edad, nacido el NUM013 de 1987 con DNI NUM014 , sin antecedentes penales, ingresó en la cuenta de la entidad Ibercaja nº NUM015 titularidad de MDL Const. XVI S.L., cuyo representante legal y único partícipe es el propio Gabriel".

Por:

Posteriormente y sin que conste acreditada la causa, Fermín extendió un cheque con referencia NUM010 , fecha de valor 22 de marzo de 2019 e importe de 180.000 euros que entregó al acusado Jose Francisco y que éste ingresó en la cuenta nº NUM011 de Caixa Bank de la que es titular junto con su esposa, disponiendo de la mayor parte del dinero.

Asimismo y sin que conste tampoco la causa, Fermín extendió el cheque nº NUM012 con fecha de valor 26 de marzo de 2019 e importe de 700.000 euros que entregó al acusado Gabriel y que éste ingresó en la cuenta de la entidad Ibercaja nº NUM015 titularidad de "MDL Const. XVI, S.L.", cuyo representante legal y único partícipe es el propio Gabriel .

2. Se suprime el último párrafo de la sentencia recurrida ("La conducta de los acusados Fermín , Jose Francisco y Gabriel estuvo motivada por un ánimo de enriquecimiento injusto"). >>

La mencionada sentencia contiene el siguiente **Fallo**:

<<Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Fermín ; estimando los promovidos por las representaciones de Jose Francisco y de Gabriel y desestimando el deducido por la representación de Ángela , impugnaciones todas ellas dirigidas contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en fecha 15 de julio de 2020, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar:

1. Absolvemos al acusado Fermín de los delitos de administración desleal y de blanqueo de capitales, el primero de ellos por concurrencia de la excusa absolutoria de relación afectiva con la víctima análoga a la matrimonial.

Mantenemos los pronunciamientos sobre responsabilidad civil impuesta a Fermín , derivados todos ellos de la administración desleal.

2. Absolvemos a los acusados Jose Francisco y Gabriel del delito de blanqueo de capitales y, en consecuencia, absolvemos a "MDL Const. XVI, S.L." y a "Ibiautos XVII, S.L." de la reclamación civil subsidiariamente formalizada frente a dichas entidades.

3. Confirmamos el resto de la sentencia recurrida.

4. Declaramos de oficio las costas de las dos instancias.

Participese inmediatamente esta sentencia a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén por medio que produzca su inmediata recepción, a fin de que acuerde la puesta en libertad de Fermín por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de sus Procuradores, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, por la representación procesal de la acusación particular, 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.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Ángela (acusación particular), compareciendo D. Epifanio , D. Cesar y D. Eulogio , en calidad de herederos de la misma:

Primero.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim: víctima y encausado no convivían, ni tenían una relación equiparable a la matrimonial.



Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, infracción de ley del art. 741 LECrim.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECri por infracción de ley, por la indebida aplicación del art. 268 CP, al concurrir abuso de vulnerabilidad de la víctima.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 268 CP, al haber hecho extensiva esta eximente de responsabilidad criminal a personas distintas de las expresamente recogidas en el texto legal.

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por inaplicación del art. 301 CP.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de diciembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Ángela (acusación particular)

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en apelación nº 139/2021, de 20-5, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén nº 187/20, de 15-7, por el acusado Fermín, absolviéndole de los delitos de administración desleal y blanqueo de capitales, el primero de ellos por la concurrencia de la excusa absolutoria de relación afectiva con la víctima análoga al matrimonio; que estimó el recurso interpuesto por los acusados Jose Francisco y Gabriel, absolviéndolos del delito de blanqueo de capitales y que desestimó el deducido por la acusación particular de Ángela, se interpone por ésta el presente recurso de casación por cinco motivos:

- El motivo primero por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim: víctima y encausado no convivían, ni tenían una relación equiparable a la matrimonial.

Alega, en síntesis, que la sentencia del TSJ, acreditó probada la relación afectiva como resultado de valorar pruebas personales y documentales, pero no que fuera análoga al matrimonio, para aplicar la excusa absolutoria del art. 268 CP.

Señala como documentos que acreditan tal extremo:

- Folio 23 del Tomo I de las actuaciones: Certificado emitido por Subdirector de Régimen del Centro Penitenciario de Sevilla, en el que consta la fecha en que D. Fermín fue puesto en libertad condicional y la residencia que fijó entonces: año 2.011, en la ciudad de Sevilla.

- Folio 25 del Tomo I de las actuaciones: Modelo 621 de la Agencia Tributaria de Andalucía, por el que se liquidó el ITP y AJD por la transmisión de vehículo Mercedes de D.ª Ángela a su favor. Consta la fecha de la venta y el domicilio que consignó como el suyo: C/ DIRECCION000 de Sevilla.

- Folio 26 del Tomo I de las actuaciones: Escritura notarial de compraventa, de fecha 31 de enero de 2.019, del usufructo de finca rústica de D.ª Ángela. Ahí también consta el domicilio del acusado: encontrándose D.ª Ángela hospitalizada, consigna como su domicilio apartamento de la AVENIDA000 de San Pedro, en la localidad del Puerto de Santa María (Cádiz).

- Folios 32 y 33 del Tomo III de las actuaciones: Facturas emitidas por la cooperativa San Amador de Martos, tras compra de aceite del Sr. Fermín, ambas emitidas en el año 2.013: nuevamente consta que su domicilio está en el Puerto de Santa María (Cádiz).

- Folio 34 del Tomo III de las actuaciones: Resolución del Ministerio del Interior informando al Sr. Fermín de que le quedan pocos puntos en el carnet de conducir.

Otra vez consta como domicilio inmueble del Puerto de Santa María (Cádiz).

- Folio 35 del Tomo III de las actuaciones: Factura emitida por la notaría de D. Antonio-Manuel Torres Domínguez el pasado 31 de enero 2.019. El domicilio del acusado que allí figura es el del Puerto de Santa María (Cádiz).

1.1.- El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada jurisprudencia, por todas SSTs 72/2021, de 28-1; 466/2022, de 12-5, que el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son



la materia propia del motivo que por error iuris se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo este, art. 849.1 LECrim, que a su vez, como ya hemos señalado, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ.

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

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

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

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

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

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



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

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842)) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514), es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

1.2.- En el caso que nos ocupa, la concreta pretensión de la recurrente en nada afectaría al resultado del recurso, pues como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, la residencia en distintos domicilios no es cuestión esencial. La relación de afectividad no resultaría de este dato, sino de los conceptos de permanencia y afecto, elementos que la sentencia estima concurrente. Y como ya hemos señalado, el error en la valoración probatoria impone la esencialidad del error y trascendencia para la subsunción, por lo que no cabe la estimación en un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim, infracción de ley del art. 741 LECrim.

Considera infringido por la Sala de apelación, al haberse apartado de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, cuando ni siquiera ha sido cuestionado, dando por probado que el acusado Fermín y la recurrente Ángela, conformaban una pareja de hecho en base a declaraciones testificales prestadas ante el juez instructor y que no fueron ratificadas en el plenario, asignándolas un valor probatorio que no tienen, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP que ha llevado a absolver al acusado del delito de administración desleal.

2.1.- El motivo se formula por vía inadecuada, dado que el art. 849.1 LECrim se refiere con carácter exclusivo y excluyente a la infracción de normas sustantivas penales u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por ejemplo, normas extrapenales -normalmente administrativas- que se remitan las leyes penales en blanco para configurar el elemento normativo del tipo penal, y no tiene esa condición el art. 741 LECrim, norma procesal y no sustantiva.

En realidad, en el desarrollo del motivo lo que se invoca es que la sentencia "no respeta los principios de inmediatez, contradicción y oralidad, que debe regir toda actividad probatoria". Denuncia que debería articularse por la vía de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

- La propia Ángela admitió en el juicio oral que Fermín y ella mantenían una relación sentimental.

- Asimismo, este dato aparece reconocido desde un principio por los hijos de Ángela originarios impulsores del procedimiento a través de la querrela que dio inicio al mismo, según la cual su madre, "al tiempo de enviudar, comenzó una relación afectiva-sentimental" con Fermín .



- Leovigildo , administrador de la almazara de Martos y persona de máxima confianza de Ángela según manifestó en el juicio su hijo Eulogio , declaró en la fase instructora que conoció en la almazara a Fermín en el año 2011 como pareja de Ángela (Tomo 3 folio 247) y reiteró en el juicio oral que ambos formaban pareja.
- El testigo Primitivo , propietario y gestor personal de un restaurante frecuentado por Ángela y Fermín , manifestó a presencia judicial que siempre acudían juntos y que Ángela le confirmó que Fermín era su pareja.
- Valle , empleada del hogar en el domicilio de Ángela durante más de veinte años según manifestación propia, indicó que veía a Fermín en la casa prácticamente todos los días (Tomo 3 folio 253). Al respecto de esta declaración, la acusación particular, en su escrito de oposición al recurso, atribuye a la testigo haber dicho que Fermín no entraba en la casa por sus propios medios, sino que llamaba al timbre. La lectura del contexto íntegro de esa manifestación lleva a una interpretación distinta: "A preguntas de la acusación manifiesta que la declarante iba a casa de Ángela - en la CALLE000 de Jaén - no más de cuatro veces por semana, que tenía llave desde el principio, que veía a Fermín todos los días prácticamente, si bien para entrar llamaba al timbre y que en ocasiones Fermín y Ángela se iban juntos al puerto".

El inciso "si bien para entrar llamaba al timbre" parece por lógica más ligado al precedente "que (ella) tenía llave desde el principio" que no a la persona de Fermín .

- Las fotografías obrantes a los folios 270 y siguientes del Tomo 2, no impugnadas por la acusación particular y reconocidas por la testigo antes referenciada como tomadas a la pareja en el domicilio de la CALLE000 , algunas de ellas en el dormitorio, son asimismo elocuentes.

Aunque durante la fase de diligencias previas Ángela se mantuvo insistente en negar la relación sentimental de pareja - admitida a la postre en el juicio según hemos visto -, sí reconoció que, hasta su enfermedad, Fermín había vivido con ella en su domicilio de la CALLE000 en Jaén, aunque a veces salía y se iba a otro sitio (Tomo 1 folio 330).

Estas declaraciones de D^a. Ángela , Leovigildo y los hijos de D^a. Ángela , tal como precisa el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, se prestaron en el acto de la vista y la sentencia de apelación las valora, no para condenar al absuelto, sino lo contrario, absolver al condenado, y con cita a la STS 555/2019, de 13-11, señala:

"en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "[...] El único límite a esa función viene determinado por la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]" (STS 107/2005, de 9 de diciembre)."

Profundizando en el principio de intermediación, la sentencia citada, la doctrina de esta Sala, de la que es ejemplo el ATS 568/2021, de 24 de junio, sostiene que el tribunal de apelación puede:

"realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la intermediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la intermediación (SSTS 162/2019, de 26 de marzo; STS 216/2019, de 24 de abril; o 555/2019, de 13 de noviembre)."

Y en todo caso, concluye que el Tribunal valoró fotografías tomadas a la pareja en el domicilio de la recurrente, pruebas que no tienen naturaleza personal, y que califica de "elocuentes", definiendo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua la elocuencia como: "Eficacia para persuadir o conmover que tienen las palabras, los gestos o ademanes y cualquier otra acción o cosa capaz de dar a entender algo con viveza".

TERCERO.- El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECri por infracción de ley, por la indebida aplicación del art. 268 CP, al concurrir abuso de vulnerabilidad de la víctima.

3.1.- Argumenta que la sentencia del TSJA revoca en este punto la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Provincial de Jaén por entender que esta sentencia es contraria al concepto de discapacidad ofrecido por el art. 25 CP que exige "que las deficiencias existentes en el sujeto se presenten afectadas por la nota de permanencia y no sean propias de una convalecencia o periodo durativo con carácter recuperable como aquí ocurre."



Es en este punto donde radica el error de derecho que se denuncia, pues la exclusión de la excusa absolutoria no deriva de la vulnerabilidad, sino del abuso de la vulnerabilidad, tal y como exige el art. 268 CP.

Por ello, se sostiene en el motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, que:

"D. ^a Ángela hoy, no presenta ninguna discapacidad, salvo las propias de su edad (movilidad limitada y una dolencia crónica cardiaca), pero todo ello resulta indiferente respecto de los efectos discutidos del reiterado art. 268 del CP, porque D. Fermín abusó de su incapacidad sobrevenida de la que tuvo la gran fortuna de recuperarse, matiz al que se acoge la Sala de apelación para calificar sus dolencias de transitorias."

3.2.- El motivo, se adelanta, deberá ser estimado.

En efecto, articulado por la vía del art. 849.1 LECrim, los hechos probados, cuyo respeto exige este motivo, señalan:

"En fecha 6 de mayo de 2011, Ángela otorgó un poder general en el Puerto de Santa María (Cádiz) ante el Notario D. Antonio Manuel Torres Domínguez (nº de protocolo 630) en favor del acusado Fermín y otro el 15 de enero de 2018 ante el Notario de Jaén D. Luis María Martínez Pantoja (nº de protocolo 54) denominado poder general mercantil y en relación a su sociedad Jaén Selección S.L. Ambos poderes tenían como finalidad que el acusado pudiese colaborar con Ángela en la gestión de su patrimonio y de su empresa.

El 20 de enero de 2019 Ángela ingresó en la UCI del Hospital Médico Quirúrgico de Jaén con pérdida de conciencia e insuficiencia respiratoria con lo que resultó ser un problema cardíaco, con insuficiencia renal y disfunción neurológica, siendo precisas medidas de soporte vital dado su grave estado de salud. En dicha Unidad permaneció Ángela hasta el 12 de marzo de 2019.

Ante tal circunstancia y con el único fin de enriquecerse ilícitamente [...] dos días después del ingreso en UCI de Ángela, el 23 de enero de 2019, transfirió a su nombre el vehículo propiedad de ésta, un Mercedes.

Días después, aprovechando la misma situación y el poder general con el que contaba, el acusado Fermín se desplazó a una Notaría de Sevilla, donde el día 31 de enero de 2019 ante el Notario de dicha Ciudad, D. José María Sánchez-Ros Gómez, otorgó escritura de venta a su favor (nº de protocolo 168) del usufructo vitalicio [...] por la que Ángela estaba cobrando una renta mensual de 5.741,58 euros, figurando en dicha escritura el precio de la venta del usufructo por importe de 2500 euros, el cual no llegó a transferir a su dueña.

... con la única finalidad de hacer propio todo el patrimonio de Ángela, el referido acusado el 11 de febrero de 2019 presentó a descuento dos de esos pagarés por importe de 600.000 euros cada uno de ellos, propiedad de Ángela, procedentes de la venta de la almazara antes dicha y poco antes de su enfermedad, que ella no había querido descontar al resultarle muy gravosa para su patrimonio dicha operación."

3.3.- La sentencia recurrida considera -al igual que la de instancia- que estos hechos son constitutivos de un delito de administración desleal, pero considera aplicable el art. 268 CP, por dos razones:

- Tomando en consideración el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2ª de 1-3-2005 y valorando la prueba -testificales y fotografías-, considera que entre el acusado y la víctima había una relación estable de pareja asimilable a la matrimonial.

- Que no concurre el inciso final del art. 268 CP, que condiciona la aplicación de la excusa absolutoria a "que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o por tratarse de una persona con discapacidad."

La sentencia de la Audiencia Provincial sí entendió que la situación en que se encontraba Ángela se encuadraba en tal supuesto, "dada la vulnerabilidad de la víctima que se encontraba en un evidente estado de discapacidad, pues su estado de salud era grave, en coma, sedada y en la UCI.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia no comparte este criterio y concluye que la Audiencia Provincial "se opone al taxativo concepto de discapacidad facilitado por la propia normativa a través del antes citado art. 25 CP."

En concreto precisa:

"El art. 268 especifica en qué supuestos ha de reputarse concurrente la vulnerabilidad de la víctima: en primer lugar, por razón de edad, caso que evidentemente no es colacionable en el presente supuesto; en segundo lugar, por tratarse de una persona con discapacidad. Este último concepto no es susceptible de interpretaciones libres en extenso, sino que ha de ajustarse necesariamente al sentido que el propio Código le otorga en el art 25 párrafo primero: "A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la



sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por tanto, las deficiencias físicas o psíquicas padecidas por la persona discapacitada son de carácter permanente, no producto de una dolencia temporal o de los padecimientos reversibles derivados de un hecho traumático."

3.4.- El Ministerio Fiscal, que como ya hemos indicado apoya el motivo, analiza de forma exhaustiva las razones por las que concurren los presupuestos para no aplicar el art. 268.

1. En primer lugar, sostiene que la vinculación entre los artículos 25 y 268 CP conducen a un resultado contrario al espíritu y finalidad de la norma. El art. 25, que es el que se invoca, tiene una finalidad muy concreta, dotar de una protección penal reforzada a las personas con discapacidad. El precepto fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en lo que se refiere al artículo 25, el Preámbulo justifica la modificación del siguiente modo:

"Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiaemente a "minusvalía" o a "incapaces", una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de "discapacidad" y de "persona con discapacidad necesitada de una especial protección".

A tal fin, se modifica el artículo 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal."

Por ello, continúa razonando: "Ese es el objetivo, y así se advierte que en los preceptos de la parte especial que contemplan la discapacidad, ésta se toma en consideración para agravar la pena. Así ocurre con los siguientes preceptos: 148.3, 153. 2, 155.2 en el delito de lesiones; artículo 186, delito de exhibicionismo, 188. 3, agravación en el caso del delito de prostitución "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación", artículo 197. 5, delito de descubrimiento y revelación de secretos, artículos 223 y 224 en los delitos de quebrantamiento de custodia e inducción al abandono, artículo 227, en el delito de abandono de familia, artículo 232 para el delito de práctica de mendicidad. En todos estos supuestos, la discapacidad actúa como agravante, supuestos en los que hay plena coherencia con el espíritu, objetivo y tenor del artículo 25 del CP. Esto no es lo que ocurre con el artículo 268, precepto en el que la interpretación que se hace del concepto "discapacidad" conduce al resultado contrario: desproteger a la víctima."

2. Y si sitúa el análisis en el ámbito de la discapacidad, ha de destacarse que la nota de permanencia está superada en el marco normativo, fundamentalmente la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13-12-2006, y más cercana en el tiempo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, reforma en las que la idea de permanencia pierde fuerza, al tiempo que la cobra la de periódica revisión, por ejemplo en la curatela, revisión en un plazo máximo de 3 años, sin perjuicio de la modificación ante cualquier cambio que lo justifique (art. 268 Código Civil).

3. Por ello, la idea nuclear del último inciso del art. 268 CP, expresamente recogida, es la vulnerabilidad, y no la incapacidad. Siendo así, la situación que se está enjuiciando es de alguien que "aprovecha un concreto momento para actuar". Alguien que según la sentencia "a quo", declaró en la vista "que Ángela era prima hermana suya y convivían como marido y mujer. Un día se la encontró agonizando y llamó a emergencias."

Alguien que como dice la fundamentación jurídica "su estado de salud era grave, en coma, sedada y en la UCI", alguien de quien se da por probado, cuando ocurrieron los hechos se encuentra hospitalizada: "con pérdida de conciencia e insuficiencia respiratoria con lo que resultó ser un problema cardíaco, con insuficiencia renal y disfunción neurológica, siendo precisas medidas de soporte vital dado su grave estado de salud." Y resulta revelador que permaneciendo ingresada en la UCI desde el 20-1- al 12-3-2019, ya el día 23-1 2019 comenzó el acusado su actuación apropiatoria de los bienes de aquella, continuando los días 31-1, 11-2, 15-2-2019, todos ellos durante el periodo hospitalario.

4. Finalmente, el art. 268 CP fue modificado, al igual que el art. 25 CP, por Ley Orgánica 1/2015, de 30-3. Reforma consistente en añadir al precepto citado, que disponía "Están exentos de responsabilidad y sujetos únicamente a la civil, los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio ... por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí,



siempre que no concurra violencia o intimidación.", lo siguiente: "... o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o por tratarse de una persona con discapacidad."

Es decir, el añadido relativo a la vulnerabilidad se introduce en la reforma de 2015 citada, que entró en vigor el 1-7-2015, lo que explica que esta Sala solo se haya pronunciado en ocasiones puntuales sobre ese añadido. No obstante, en la STS 941/2021, de 20-11, en la que si bien confirmó la resolución recurrida que apreció la excusa absolutoria, razonó que ello fue porque: "No nos consta una posición de vulnerabilidad, desprotección y riesgo frente a decisiones de todo tipo que pudiera realizar el Sr..., ni que estuviera afectado por algún tipo de incapacidad total que limitara funcionalmente su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes, sin que estuviera sujeto a medida de protección alguna como puede ser el nombramiento de tutor, ni siquiera objeto de curatela alguna, por lo que la vulnerabilidad relativa exclusivamente a la edad de la víctima no resulta suficiente a los efectos pretendidos por el recurrente..."

De lo expuesto podemos inferir que los elementos centrales son "vulnerabilidad, desprotección y riesgo", de un lado, y "limitación funcional", de otro, sin que el concepto de permanencia se tome en consideración.

Consecuentemente, el motivo deberá ser estimado y estimar no concurrente la excusa absolutoria del art. 268 CP, dictándose nueva sentencia en los mismos términos que la dictada por la Audiencia Provincial de Jaén.

CUARTO.- El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 268 CP, al haber hecho extensiva esta eximente de responsabilidad criminal a personas distintas de las expresamente recogidas en el texto legal.

Se insiste en que una relación de intimidad no equivale al matrimonio, ni siquiera a la pareja de hecho, y no es posible aplicar el precepto a personas que ni siquiera conviven aunque las una un vínculo afectivo.

4.1.- El motivo deviene improsperable.

Ciertamente, la jurisprudencia había mantenido respecto de la interpretación de la excusa absolutoria una línea rígida de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admitía interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal.

Ahora bien, esta cuestión fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de 1-3-2005, que tomó el siguiente acuerdo: "A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial."

Este acuerdo fue desarrollado por la sentencia 91/2005, de 11-4, que partió de que las diversas modificaciones del CP habrían venido equiparando la situación legal matrimonial a la de aquellas personas ligadas por análoga relación de afectividad. Así, los arts. 23, 57, 173.2, 424, 443, 444 y 454. Concretamente este último también establece una excusa absolutoria para los encubridores, y cita este tipo de relación análoga a la matrimonial en estos términos: "Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del núm. 1 art. 451."

4.2.- Para resolver esta cuestión es preciso partir de tres premisas. En primer lugar, que el Código Penal no contiene definiciones generales acerca de la familia y utiliza el término familia y los grados de parentesco de forma diversa a lo largo de su articulado. En segundo lugar, que la interpretación es distinta en cuanto beneficia al acusado que en aquello que lo perjudica, conforme al aforismo "odiosa sunt restringenda favorabilia sunt amplianda", que tiene plasmación en nuestro ordenamiento punitivo tanto en la prohibición de analogía in malam partem (art. 4.1 CP y art. 4.2 C.C.) lo que conduce a la interpretación extensiva y favorable en aquellos elementos beneficiosos para el acusado. En tercer lugar, es preciso tener en cuenta la realidad social que ha producido una evolución en la familia, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos.

Precisamente, el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el art. 268 CP hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus controversias, afectantes a elementos típicos que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el derecho penal, sino por el derecho privado.

Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código Penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia, la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse



en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito." (STS 577/2013, de 2-7).

4.3.- En el caso presente, tanto la sentencia de instancia como, especialmente la de apelación, tal como se ha razonado en el motivo segundo, llegan a la conclusión tras la prueba practicada de que al ocurrir los hechos, acusado y víctima se hallaban unidos por una relación análoga a la matrimonial, lo que conduce a la desestimación del motivo.

QUINTO.- El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por inaplicación del art. 301 CP.

Considera que está acreditado el blanqueo de capitales, pues no solo consta la disposición efectiva del dinero sustraído por el acusado, sino también los negocios ficticios o inventados para dar apariencia de legalidad al delito (pago de una deuda y ejecución de una obra) reintegrándose de este modo el tráfico legal.

5.1.- El motivo se desestima.

En primer lugar, debemos recordar que formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTS 146/2022, de 17-2; 228/2022, de 10-3-, que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

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

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

5.2.- En el caso presente, la recurrente cita en apoyo de su motivo los hechos probados de la sentencia de instancia, olvidando que la sentencia de apelación sustituyó los dos párrafos siguientes de aquella:

"1. Se sustituyen los dos siguientes párrafos de la sentencia apelada:



"Posteriormente y con el fin de ocultar el dinero y su origen, puesto de común acuerdo con el acusado Jose Francisco , mayor de edad, nacido el NUM008 de 1937, con D.N.I. NUM009 , sin antecedentes penales, extendió el cheque con referencia NUM010 , fecha de valor 22 de marzo de 2019 e importe de 180.000 euros que Jose Francisco conocedor de su origen ilícito, ingresó en la cuenta nº NUM011 de Caixa Bank de la que es titular junto con su esposa (desconocedora de estos hechos), disponiendo de la mayor parte del dinero.

Con la misma finalidad y también previo concierto, el acusado Fermín extendió el cheque nº NUM012 con fecha de valor 26 de marzo de 2019 e importe de 700.000 euros que el acusado Gabriel , mayor de edad, nacido el NUM013 de 1987 con DNI NUM014 , sin antecedentes penales, ingresó en la cuenta de la entidad Ibercaja nº NUM015 titularidad de MDL Const. XVI S.L., cuyo representante legal y único partícipe es el propio Gabriel".

Por:

Posteriormente y sin que conste acreditada la causa, Fermín extendió un cheque con referencia NUM010 , fecha de valor 22 de marzo de 2019 e importe de 180.000 euros que entregó al acusado Jose Francisco y que éste ingresó en la cuenta nº NUM011 de Caixa Bank de la que es titular junto con su esposa, disponiendo de la mayor parte del dinero.

Asimismo y sin que conste tampoco la causa, Fermín extendió el cheque nº NUM012 con fecha de valor 26 de marzo de 2019 e importe de 700.000 euros que entregó al acusado Gabriel y que éste ingresó en la cuenta de la entidad Ibercaja nº NUM015 titularidad de "MDL Const. XVI, S.L.", cuyo representante legal y único partícipe es el propio Gabriel .

2. Se suprime el último párrafo de la sentencia recurrida ("La conducta de los acusados Fermín , Jose Francisco y Gabriel estuvo motivada por un ánimo de enriquecimiento injusto")."

5.3.- Del anterior relato fáctico no se aprecian la concurrencia de los elementos del delito del art. 301 CP. En efecto, como recuerda la sentencia recurrida:

"- La clave del blanqueo se halla en la introducción con apariencia de legalidad en el ciclo económico de la riqueza antijurídicamente obtenida, ocultándose así su origen ilícito. "La esencia del tipo es, por tanto, la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito". Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo" (sentencia 265/2015 de 29 de abril, en igual sentido sentencia 108/2019 de 5 de marzo).

-La ocultación es fundamental para propiciar el regreso de los bienes al sistema económico una vez hayan quedado revestidos de legalidad. Y es que "la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al " retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico", quedando excluidas las conductas desplegadas "sin que concorra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo" (sentencia 108/2019 antes citada, en el mismo sentido sentencias 255/2021 de 18 de marzo y 299/2021 de 8 de abril)."

Para concluir que "aquellos dos actos de transmisión patrimonial -a que se ha hecho referencia en los hechos probados- no revisten los caracteres precisos para su calificación como delito de blanqueo de capitales. No hay ocultación del dinero ni actividad que borre su origen o que lo desconecte del mismo, sino que éste mantiene su trazabilidad claramente visible y susceptible de seguimiento. El acusado se apropió de dinero perteneciente a Ángela mediante el descuento de los pagarés que ésta había obtenido por la venta de una almazara de aceite; lo ingresó en su cuenta y, pocos días después, dispuso de gran parte de dicho numerario a favor de terceros, todo ello mediante operaciones bancarias visibles y fiscalizables, sin que por tanto se haya desarrollado el ciclo ocultación-limpieza o borrado del origen-retorno con apariencia de licitud."

5.4.- Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional: la finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los partícipes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301 CP. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar estos bienes al tráfico legal, y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión, constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido (SSTS 265/2015, de 29-4; 335/2020, de 19-6).

SEXTO.- Estimándose parcialmente el recurso, procede declarar las costas de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO



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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ángela (acusación particular), compareciendo D. Epifanio , D. Cesar y D. Eulogio , en calidad de herederos de la misma, contra la sentencia nº 139/2021, de fecha 20 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 282/2020.

2º) Se declaran las costas de oficio.

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

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: **5799/2021**

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de diciembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **5799/2021**, interpuesto por la representación procesal de Ángela (**acusación particular**), compareciendo D. Epifanio , D. Cesar y D. Eulogio , en calidad de herederos de la misma, contra la sentencia nº 139/2021, de fecha 20 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 282/2020, en causa seguida por los delitos de administración desleal, blanqueo de capitales, apropiación indebida y estafa; sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, no es de apreciar en el delito de administración desleal la excusa absolutoria del art. 268 CP y, en consecuencia, debemos condenar y condenamos al acusado Fermín como autor de un delito continuado de administración desleal previsto y penado en el art. 252.1 en relación con los arts. 250.2 y 74 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 años de prisión (mínima imponible), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con cuota diaria de 10 euros.



FALLO

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

Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos al acusado Fermín como autor de un delito continuado de administración desleal previsto y penado en el art. 252.1 en relación con los arts. 250.2 y 74 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 años de prisión (mínima imponible), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con cuota diaria de 10 euros.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ