



Roj: **STS 776/2024 - ECLI:ES:TS:2024:776**

Id Cendoj: **28079120012024100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2024**

Nº de Recurso: **468/2022**

Nº de Resolución: **110/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 1345/2021,**
STS 776/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2024

Fecha de sentencia: 06/02/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **468/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 1ª A.P. Badajoz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **468/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados **DON Luis Alberto , DON Jesús María , DON Jesús Carlos y DON Juan Carlos** , contra la Sentencia 44/2021, de 21 de octubre de 2021 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado núm. 11/2021, dimanante de las Diligencias previas de PA 596/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Olivenza (Badajoz) seguidas por delito de estafa contra mencionados recurrentes. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo anotados al margen han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal; como recurrentes los acusados Don Marco Antonio representado por el Procurador de los Tribunales Don Santos Gómez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Alfredo Pedreira Aragüete, Don Jesús María representado por el Procurador de los Tribunales Don Santos Gómez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Alfredo Pereira Aragüete, Don Luis Alberto y Don Jesús Carlos representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Yolanda Palacios Jiménez y defendidos por el Letrado Don Enrique González Vallejo Estrada; y como recurridos INICIATIVAS PUENTE AJUDA SL, Doña Juliana y Don Basilio representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Silvia Bernáldez Mira y defendidos por el Letrado Don Rafael Gómez Rodríguez, y ALMACENES **DELGADO** E HIJOS representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Silvia Bernáldez Mira y defendido por el Letrado Don Luis Chabaneix.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Badajoz incoó Diligencias previas de PA núm. 11/2021 por delito de estafa contra **DON Luis Alberto , DON Jesús María , DON Jesús Carlos y DON Juan Carlos** , y una vez concluidas las remitió a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, que con fecha 21 de octubre de 2021 dictó Sentencia núm. 44/2021, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"Probado y así se declara que desde el comienzo de su actividad en el año 2004, la empresa "Iniciativas Puente Ajuda, S.L.", propietaria de la Estación de Servicio Puente Ajuda (Iberdoex), sita en el km. 141 '4 de la carretera E105-k.m. de Olivenza-, mantenía relaciones comerciales con la entidad "Almacenes **Delgado** e Hijos, S.L.", a cuyos vehículos suministraba combustible, facturando después de manera periódica los repostajes efectuados, que se abonaban mediante domiciliación bancaria. En dicha facturación se aplicaba a Almacenes **Delgado** un descuento por gran cliente, que en un principio fue de 6 céntimos/litro, pasando a ser de 8 céntimos/litro a partir de noviembre de 2014, cuando la facturación pasó a ser quincenal en lugar de mensual.

En la Estación de Servicios prestaban servicios los acusados Marco Antonio , apodado " Gotico " , nacido el NUM000 -80, con D.N.I. NUM001 y sin antecedentes penales, -empleado desde su apertura-, y Jesús Carlos , apodado " Bicho " , nacido el NUM002 -87, con D.N.I. NUM003, y sin antecedentes penales, que en un principio cubría las vacaciones del resto de personal, pasando a ser contratado de manera indefinida a finales de 2010.

Antecedentes penales, y Jesús María , alias " Avispado " , nacido el NUM004 , con D.N.I. NUM005 , y sin historial penal previo, eran empleados de Almacenes **Delgado** desde los años 1995 y 2009, respectivamente, y estaban autorizados en esta condición para el repostaje de los camiones de alto tonelaje que conducían; en concreto, los vehículos matrículasIQ (vendido en 2010),HNY (vendido en 2012),HGG (conducido por el acusado Luis Alberto) yXNW (conducido por el acusado Jesús María).

Con ocasión de la relación comercial entre ambas empresas, y en concreto durante el período comprendido entre el año 2008 y marzo de 2015, los acusados Luis Alberto y Jesús María -este último desde su incorporación a la empresa-, aprovechando para repostar en los turnos en que prestaban servicios en la Estación de Servicio los también acusados Marco Antonio y Jesús Carlos -éste desde su incorporación-, y en connivencia con ellos, actuaban fraudulentamente haciendo reflejar en los ticketsalbaranes de repostaje de los vehículos antes mencionados un importe superior a los litros de gasoil realmente suministrados, detrayendo la diferencia de importe del efectivo de la caja de la gasolinera, repartiéndose después la ganancia entre el empleado de Almacenes **Delgado** y el de la gasolinera.

Así, con esta práctica, los acusados llegaron a defraudar un total de 331.120 euros, de los cuales 314.137,82 € corresponden a perjuicios generados a "Almacenes **Delgado** e Hijos, S.L." -por los pagos realizados de gasoil no consumido- y 16.982,17 € a "Iniciativas Puente Ajuda, S.L." - por los descuentos repercutidos en las facturas por los litros facturados en exceso-".

SEGUNDO.- El **Fallo** de mencionada Sentencia es el siguiente:



"Que debemos condenar y condenamos a los acusados Luis Alberto (" Pelirojo "), Jesús María (" Avispado "), Jesús Carlos (" Bicho ") y Juan Carlos (" Gotico "), todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, como autores criminalmente responsables de un delito agravado de ESTAFA, ya definido, a las penas, para cada uno de ellos, de TRES AÑOS DE PRISION, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE 8 MESES a razón de 6 € de cuota, con Responsabilidad Personal Subsidiaria de 1 día de privación de libertad' por cada dos cuotas insatisfechas.

En concepto de Responsabilidad Civil, indemnicen los acusados conjunta y solidariamente a las entidades y por las sumas siguientes:

- A "Almacenes **Delgado** e Hijos,S.L." en la cantidad de 314.137,82 C.

- A "Iniciativas Puente Ajuda, S.L." en la suma de 16.982,17 C.

Cantidades ambas que se incrementarán con el interés previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las costas procesales, incluyendo las ocasionadas por las Acusaciones Particulares, se imponen por cuartas partes a los acusados.

Contra esta resolución cabe RECURSO DE CASACION, para ante la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial (Sección Primera), mediante escrito presentado en el término improrrogable de CINCO DIAS contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador.

Notifíquese la anterior Sentencia a las partes personadas y firme que sea la presente resolución procediéndose seguidamente al cumplimiento y ejecución de lo acordado según su literal, prosiguiéndose la tramitación de la precedente causa, con arreglo a derecho. Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta Sección".

TERCERO.- Con fecha 28 de octubre de 2021 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz dicta **Auto de rectificación** de la anterior resolución, en el sentido siguiente:

"SE ACUERDA LA RECTIFICACIÓN de la Sentencia dictada en fecha 21 de octubre de 2021, en el sentido de hacer constar en el encabezamiento de dicha resolución que:

DONDE DICE: "...como Acusación Particular "ALMACENES **DELGADO** E HIJOS, S.L.", representada por la Procuradora Doña. Silvia Bernáldez Mira y asistida por el Letrado D. Rafael Gómez Rodríguez,".

DEBE DECIR: "...como Acusación Particular "ALMACENES **DELGADO** E HIJOS, S.L.", representada por la Procuradora Da. Silvia Bernáldez Mira y asistida por el Letrado D. Borja Juárez Serna, en sustitución del Letrado D. Luis Chabaneix"".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados **DON Luis Alberto , DON Jesús María , DON Jesús Carlos y DON Juan Carlos** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Marco Antonio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.2.

Motivo segundo.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la Sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 18.3.

Motivo tercero.- El tercer motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.1.

Motivo cuarto.- El cuarto motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.1.

Motivo quinto.- El quinto motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías judiciales, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.1.

Motivo sexto.- El sexto motivo de casación se formula al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto en el presente procedimiento se infringe las normas procesales ante la falta de práctica de prueba interesada por las defensas, pertinente, relevante y debidamente admitida, no pudiendo considerarse conforme a Derecho la falta de práctica de la misma.

Motivo séptimo.- El séptimo motivo de casación se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la sentencia recurrida recoge manifiesta contradicción en su relato de hechos probados.

Motivo octavo.- El octavo motivo de casación se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba de los artículos 248 y 250.1 del Código Penal.

Motivo noveno.- El noveno motivo de casación se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba de los artículos 248 y 250.1 del Código Penal.

Motivo décimo.- El séptimo motivo de casación se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la valoración de la prueba de tipo penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal de los acusados DON Luis Alberto y DON Jesús Carlos, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Encuentra su base procesal, el primer motivo, que alude al primer motivo de los recogidos en el escrito anunciando la interposición del recurso de casación, en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 846 bis c) apartado e) del meritado cuerpo legal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), al haberse producido una infracción de precepto constitucional: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, al amparo del ex artículo 24 de la Constitución Española (en adelante CE).

Motivo segundo.- El segundo motivo, que alude a los motivos segundo y quinto de los recogidos en el escrito anunciando la interposición del recurso de casación, encuentra su base procesal en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 846 bis c) apartado e) del meritado cuerpo legal y 5.4 de la LOPJ, al haberse producido una infracción de precepto constitucional: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, al amparo del ex artículo 24 de la CE.

Motivo tercero.- El tercer motivo, que alude a los motivos tercero y sexto de los recogidos en el escrito anunciando la interposición del recurso de casación, encuentra su base procesal en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 846 bis c) apartado e) del meritado cuerpo legal y 5.4 de la LOPJ, al haberse producido una infracción de precepto constitucional: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, al amparo del ex artículo 24 de la CE; así como en el artículo 847.1 de la LECrim, al haberse producido infracción de ley: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, al amparo del artículo 849.2ª de la LECrim.

Motivo cuarto.- Finalmente, el cuarto motivo, que alude a los motivos cuarto y séptimo de los recogidos en el escrito anunciando la interposición del recurso de casación, encuentra su base procesal en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 846 bis c) apartado e) del meritado cuerpo legal y 5.4 de la LOPJ, al haberse producido una infracción de precepto constitucional: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, al amparo del ex artículo 24 de la CE; así como en el artículo 847.1 de la LECrim, al haberse producido infracción de ley: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, al amparo del artículo 849.2ª de la LECrim.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Jesús María, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- El primer motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la Sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 18.3.



Motivo segundo.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.1.

Motivo tercero.- El tercer motivo de casación se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24.1.

Motivo cuarto.- El cuarto motivo de casación se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica recoge que el fallo condenatorio se fundamente única y exclusivamente en base y pruebas indiciarias.

Motivo quinto.- El quinto motivo de casación se formula al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto en el presente procedimiento se infringe las normas procesales ante la falta de práctica de prueba interesada por las defensas, pertinente, relevante y debidamente admitida, no pudiendo considerarse conforme a Derecho la falta de práctica de la misma.

Motivo sexto.- El sexto motivo de casación se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba de los artículos 248 y 250.1 del Código Penal.

Motivo séptimo.- El séptimo motivo de casación se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la valoración de la prueba de tipo penal.

SEXTO.- Son **recurridos** en la presente causa la entidad INICIATIVAS PUENTE AJUDA SL, Doña Juliana y Don Basilio solicitan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por escrito de fecha 7 de marzo de 2022, y la entidad ALMACENES **DELGADO E HIJOS** que solicita la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los recursos por escrito de fecha 7 de marzo de 2022.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución e impugnó los motivos del mismo por las consideraciones expuestas en su informe de fecha 5 de mayo de 2022; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 31 de enero de 2024; prolongándose los mimos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia de 21 de octubre de 2021 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, condenó a los acusados Luis Alberto , Jesús María , Jesús Carlos y Juan Carlos , como autores criminalmente responsables de un delito agravado de estafa, a las penas, para cada uno de ellos, de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses a razón de seis euros de cuota, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, indemnización civil y costas procesales.

Frente a dicha resolución judicial han interpuesto este recurso de casación la representación procesal de los aludidos acusados en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Jesús María

SEGUNDO .- El motivo primero se formaliza por vulneración constitucional y se denuncia la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones.

Esta queja está directamente relacionada con la circunstancia de que por la acusación particular ejercitada por INICIATIVAS PUENTE AJUDA S.L. se aportó una grabación de audio de una conversación, cuya transcripción fue adverbada por el agente de la Guardia Civil NUM006 (f. 206 y ss.).

Alega el recurrente que dicha grabación fue realizada por un tercero, cuya identidad se desconoce, razón por la que en su escrito de calificación se impugnó la grabación, por considerar que había sido obtenida de manera ilícita; impugnación que fue reiterada en el trámite de cuestiones previas que tuvo lugar en la primera sesión del juicio oral celebrada el día 29 de junio de 2021, por lo que no es cierta la referencia que se hace en el fundamento cuarto a que no fuera planteada por las defensas que con la grabación se hubiera infringido el derecho fundamental.



Pero, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, en su magnífico informe ante esta Sala Casacional, conviene precisar que en el procedimiento hay dos tipos de grabaciones. Por un lado, están las siete grabaciones realizadas por Adriano, propietario de la sociedad Almacenes Delgado e Hijos S.L., de las conversaciones que mantuvo con sus empleados Luis Alberto y Jesús María y en las que en otras ocasiones intervinieron los empleados de la gasolinera Marco Antonio y Jesús Carlos. Estas grabaciones fueron entregadas por Adriano a la Guardia Civil y se encuentran transcritas en el atestado (folios 206 a 220), precisándose que en el acta de cotejo de la pieza de reconstrucción (folio 852 a 855), la letrada de la Administración de Justicia procedió a cotejar dichas transcripciones, ampliándolas en aquellos aspectos que consideró esencial y que no fueron reproducidos por la Guardia Civil.

Y, por otro lado, están las tres grabaciones de la conversación que Basilio y Juliana, socios de Iniciativas Puente Ajuda S.L., propietaria de la gasolinera, mantuvieron con sus empleados y en la que en un determinado momento intervino Jesús María. Estas grabaciones fueron entregadas por Basilio al prestar declaración ante la Guardia Civil (folios 199 a 203), haciéndose constar por diligencia del atestado (folio 205) las reseñas identificativas de estas tres grabaciones, sin proceder a su transcripción y quedando a disposición de la autoridad judicial. En el acta de cotejo se procedió por la Letrada de la administración de Justicia a su audición, haciendo constar un resumen de su contenido.

Contrariamente a lo afirmado por esta parte recurrente, el Tribunal en la sesión del juicio oral celebrada el día 29 de junio de 2021 resolvió sobre la impugnación de las grabaciones que había formulado la defensa de Jesús María en su escrito de calificación. Se acordó por el Tribunal desestimar esta impugnación, al no apreciar vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues en la ejecución de las grabaciones no había existido intervención de terceros ajenos a la grabación, sino de las propias partes que interviene en la conversación.

Es cierto que en la STS 421/2014, de 16 de mayo, citada por la defensa, se afirma que "quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado". Sin embargo, en este caso no se ha acreditado que la grabación de las conversaciones que unos u otros acusados mantuvieron con Adriano o con los hermanos Juliana Basilio hubieran sido realizadas por un tercero ajeno a sus interlocutores. No consta en la causa ni se aportó en el juicio ningún elemento probatorio que indicara que las grabaciones se habían efectuado por alguien ajeno a los interlocutores, por lo que la afirmación de la parte recurrente carece de respaldo probatorio.

Decíamos en nuestra STS 56/2022, de 24 de enero, que, en materia de secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional ha aplicado estándares de protección diferentes cuando la grabación de la conversación se realiza entre particulares que a su vez son interlocutores - SSTC 29/84, 56/2003-, admitiendo el potencial probatorio de las conversaciones registradas. Estándar que, sin embargo, resulta de imposible utilización cuando el interlocutor es un agente estatal en persecución de un delito o la conversación estuviera siendo observada o intervenida por las autoridades del Estado aun cuando la interlocución fuera entre particulares y uno de ellos hubiera admitido la injerencia estatal - SSTEDH, caso Krusling contra Francia, de 24 de febrero de 1990; caso Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002. En sentido contrario, SSTEDH, caso Bykov c. Rusia, de 10 de marzo de 2009 y caso Heglas c. República Checa, de 9 de julio de 2007-.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO .- Igualmente, en el segundo motivo, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, que en el tercer motivo el recurrente conecta como quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECR, por haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considera pertinente.

Se refiere el recurrente a determinada documentación fiscal y económica para contrastar la misma con la aportada por "Almacenes Delgado e Hijos S.L." y determinar así el perjuicio económico, máxime cuando no se ha aportado por la gasolinera "Iniciativa Puente Ajuda S.L." la documental que le fue requerida en varias ocasiones, y todo ello para cuantificar el perjuicio ocasionado y, por tanto, la existencia del delito imputado.

En realidad, en el estadio en el que nos encontramos la prueba resulta innecesaria, en tanto que en el procedimiento se practicaron dos pruebas periciales. Una, la de los agentes de la Guardia Civil, adscritos al Equipo ROCA, que ratificaron en el juicio los informes elaborados (folios 320 y ss. y 568) y cuantificaron la suma total defraudada en 250.000 euros. Y otro, el informe del perito judicial Blanca, que también ratificó su informe (folios 135 y ss.) y cuantificó estimativamente el perjuicio total en 331.120 euros, de los cuales 314.137,82 corresponden a perjuicios causados a "Almacenes Delgado e Hijos S.L." y 16.982,17 euros a "Iniciativas Puente Ajuda S.L.", precisando a preguntas de la defensa, como consta en la sentencia, que para elaborar dicho informe



dispuso de la documentación original y que su informe es de mínimos y podría haber ampliado la cuantificación de las operaciones defraudatorias.

La defensa pudo solicitar, y así lo hizo, una prueba pericial con la finalidad de cuestionar la metodología y conclusiones de las pruebas periciales de la Guardia Civil y de la perito judicial, sin que entre los reparos que opusieron a estos informes se encontrase la falta de documentación solicitada por la defensa de este recurrente.

Por tanto, el Tribunal dispuso de prueba suficiente para afirmar en el fundamento octavo que el perjuicio total causado era superior a 50.000 euros, inclinándose a la hora de determinar la responsabilidad civil por el informe de la Sra. Blanca tanto por la especificidad del informe elaborado como por su especialización en tareas de indagación patrimonial (fundamento decimotercero).

Así en el fundamento octavo, tras reconocer la dificultad de establecer el importe del perjuicio causado, declara que "no obstante lo cual, podemos hacer un cálculo estimativo considerando, tanto las pesquisas desarrolladas por las sociedades perjudicadas, con minuciosos análisis de la documentación obrante y testeo de los kilometrajes realmente efectuados, como las testificales-periciales de los agentes de la Guardia Civil adscritos al Grupo Roca y los informes emitidos por la Perito Judicial Sra. Blanca y por el perito Sr. Leoncio. Y de dicho cálculo estimativo, se tengan en cuenta las conclusiones a las que llega el Grupo ROCA (defraudación de unos 250.000 euros) o los de la Perito judicial Sra. Blanca (fraude 314.137 € a "Almacenes Delgado e Hijos S.L." y de 16.982 € a "Iniciativas Puente Ajuda S.L."), resulta evidente que el montante estafado supera en cualquiera de los casos, la cantidad de 50.000 € prevista en la circunstancia 5ª del art. 250.1 del Código Penal".

En consecuencia, como acertadamente se alega por el Fiscal, la prueba carecía del requisito de necesidad, pues al Tribunal no le suscitó ninguna duda la determinación del perjuicio causado y, por otro lado, la parte recurrente no justifica en los argumentos desarrollados en el motivo la relevancia de dicha prueba.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- También se insiste en el motivo cuarto que se ha quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en lo concerniente al principio de unidad de acto que ampara la celebración del juicio oral conforme al art. 788 de la LECR, puesto que entre la inicial sesión del juicio oral celebrada el día 29 de junio, donde se plantearon las cuestiones previas y que tuvo que suspenderse para la práctica de la prueba documental, y el nuevo señalamiento para su continuación los días 5, 6 y 7 de octubre de 2021, habían transcurrido con exceso los 30 días previstos en el art. 788.1 de la LECR para que conserven su validez los actos procesales realizados.

El motivo carece de fundamento, pues en esa sesión inicial del día 29 de junio tan sólo se resolvieron las cuestiones previas planteadas por las partes, sin iniciarse la práctica de la prueba (art. 788.1 LECR).

QUINTO .- En el motivo quinto, y mediante el cauce autorizado en el art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como quebrantamiento de forma, se queja el recurrente que la sentencia recurrida se fundamenta única y exclusivamente en pruebas indiciarias. En concreto, se alega que la sentencia tiene por acreditados los hechos "en la existencia de pruebas meramente indiciarias, poco concretas, sin acreditación y que, tras su debida diligencia, no han probado de forma suficiente la decisión adoptada".

La argumentación que sostiene el motivo no puede soportar un cauce procesal por quebrantamiento de forma, de tal manera que el recurso es insostenible en este apartado.

SEXTO .- En el motivo sexto, y en esta ocasión, al amparo del art. 849.1º de la LECR, por error en la valoración de la prueba y por infracción de los arts. 248 y 250.1º del Código Penal.

Fuera de toda ortodoxia casacional, reprocha la actividad y valoración probatoria, lo que está fuera de lugar en un motivo por estricta infracción de ley, que requiere el debido acatamiento de los hechos probados.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO .- En el motivo séptimo se cuestiona, por estricta infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Alega que la causa se incoó mediante Auto de 14 de julio de 2015 y se dictó auto de apertura del juicio oral el 23 de noviembre de 2018. Al acordar remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial se produjo la pérdida del procedimiento, dictándose por ello providencia de reconstrucción de fecha 2 de diciembre de 2019, tras lo cual el juicio se celebró en el año 2021. Por tanto, han transcurrido más de 6 años y, por ello, debió apreciarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.



La sentencia en el fundamento undécimo precisa que no ha sido planteada por los defensores la atenuante de dilaciones indebidas, pero que tampoco cabía apreciarla, dada la complejidad de la causa y la necesidad de elaborar periciales muy laboriosas.

Se trata, por consiguiente, de una cuestión "per saltum".

Como declara la STS 84/2018, de 15 de febrero, con cita de la STS 54/2008, 8 de abril, "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia, al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002, de 4 de julio, y 545/2003, de 15 de abril). Resulta obligado el rechazo de una impugnación sobrevenida respecto de la que la sentencia que constituye el verdadero objeto del presente recurso.

Por otra parte, la parte no señala períodos de inactividad en la tramitación del procedimiento, sino que se limita a denunciar el excesivo período transcurrido desde la incoación de la causa hasta la celebración del juicio oral, lo cual no es suficiente para estimar la atenuante de dilaciones indebidas, pues debe tenerse en cuenta que la defraudación abarcó un amplio período comprendido entre el año 2008 y el mes de marzo de 2015, lo que supuso la aportación de una amplia prueba documental y la elaboración de dos informes periciales bastante complejos, téngase en cuenta que la perito judicial precisó de todo un año para examinar solamente la documentación, y que posteriormente debido a la pérdida del procedimiento se debió proceder por el Juzgado de Instrucción a su reconstrucción.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso De Marco Antonio

OCTAVO .- Estudiamos conjuntamente los motivos primero, séptimo y octavo, articulados al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por contradicción entre los hechos probados, y art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba y por infracción de los arts. 248 y 250.1 del Código Penal, que lejos de tratarse de una queja sustantiva lo es probatoria igualmente como la de los motivos anteriores.

Se alega en el primer motivo que la conclusión condenatoria se sustenta en la prueba de indicios que no son suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia conforme se desarrolla en los motivos séptimo y octavo, donde sostiene que en el período de tiempo establecido en el hecho probado, desde el año 2008 hasta marzo de 2015, quedó acreditado que no existió relación laboral de alguno de los acusados con la respectiva empresa perjudicada bien porque se había extinguido, bien porque no se había iniciado o bien porque se encontraba de vacaciones. Por otro lado, si la supuesta disposición patrimonial de los acusados consistía en el reparto del dinero en efectivo que hubiera en la caja, la correcta determinación de lo verdaderamente dispuesto solamente hubiera sido posible con arreglo a los apuntes de caja y a los apuntes contables, documentos que la sociedad "Iniciativa Puente Ajuda S.L." no ha aportado y, además, esta empresa no ha aclarado cómo se hacía la liquidación diaria de caja, cómo se distinguía el pago con tarjeta o en efectivo, qué importes correspondía a suministro de combustible o a ventas de la tienda y cómo se determinaba el gasoil que se destinaba al grupo electrógeno. Y finaliza su argumentación en el motivo octavo denunciando la escasa calidad probatoria de los indicios, pues, por ejemplo, quedó demostrado por la prueba pericial del Sr. Leoncio que la utilización o no de tacómetro que limita la velocidad afecta al consumo, reitera que en determinadas fechas los acusados no eran trabajadores de las empresas y no se han tenido en cuenta las declaraciones de los acusados sobre a caótica gestión de la gasolinera ni tampoco la inexistencia de combustible en los surtidores.

En el fundamento cuarto se analizan las pruebas practicadas en el juicio, comenzando por las declaraciones de los acusados, que negaron haber consignado en los albaranes cantidades de gasoil superiores a las realmente suministradas y haber sustraído la diferencia en efectivo de la caja. Se reseñan también las declaraciones de los socios de la mercantil propietaria de la gasolinera, Juliana y Basilio, que explicaron que en el año 2014, al comprobar que el efectivo de la caja era bastante inferior durante el turno de Marco Antonio y Jesús Carlos, contrataron un detective privado que instaló, por indicación de sus mandantes, un cámara de video enfocando el surtidor de gran caudal, que era donde se suministraba gasoil a los camiones, comprobando que Jesús



Carlos confeccionó un albarán por importe de 450 euros, que, al darse cuenta que estaba siendo grabado, destruyó y rehízo por otro, por importe de 200 euros. Como consecuencia de estos hechos mantuvieron una conversación con Juan Carlos, Jesús Carlos y Jesús María, que reconocieron el fraude si bien no se determinó la entidad del perjuicio, conversación que fue grabada y oída en el juicio oral. Asimismo, declaró Jose Ángel, detective privado contratado por los hermanos Basilio Juliana.

Adriano, administrador de "Almacenes Delgado e hijos S.L.", confirmó que los hermanos Juliana y Basilio le confesaron la existencia de la defraudación y sus empleados Jesús María y Luis Alberto le reconocieron que habían facturado de más, si bien sólo admitieron la cuantía de 10.000 euros. Las conversaciones que este testigo mantuvo con los acusados también fueron grabadas y aportadas a la causa, constando sus transcripciones en los folios 206 y siguientes y su cotejo por la Letrada de la Administración de Justicia en los folios 852 a 855.

Se practicaron también pruebas periciales. La Guardia Civil realizó un informe (folio 320 y ss.), que examinaron los albaranes, tickets de compra, el programa informático, las facturas y la propia caja registradora, llegando a la conclusión que la defraudación sólo tenía lugar cuando coincidían en sus turnos de trabajo los cuatro acusados y cuantificaron el perjuicio total en aproximadamente 250.000 euros, teniendo en cuenta el consumo medio normal de los camiones (35 litros/100 kms.), los kilómetros recorridos, el precio medio del gasoil y el incremento fraudulento de los albaranes en los períodos de tiempo analizados.

La perito judicial, Sra. Blanca, ratificó su informe (folios 135 y ss.), precisando que el criterio más fiable era el del consumo medio ponderado de los camiones y que es el que utiliza el Ministerio de Transportes, siendo este consumo de 35 litros de gasoil por 100 kms. Había repostajes dobles con 10 minutos de diferencia y no era coherente el número de kilómetros discurridos con la documentación examinada; el fraude se repetía unas 10 veces al mes, siendo los que más se beneficiaron los acusados Luis Alberto y Marco Antonio. Determinó el exceso de litros facturados y seguidamente hizo el desglose por camión, aclarando que la cuantificación del perjuicio era de mínimos, y añadió que desde que cesó la relación laboral de los acusados en el mes de marzo de 2015, los camiones volvieron a registrar un consumo razonable.

Por su parte, el perito Sr. Leoncio, jefe del taller en cuyas dependencias se realizaba el mantenimiento y reparación de los camiones, fijó, utilizando el programa INFOMAX, el consumo medio de los camiones entre 32 y 36 litros por 100 kms.

Se practicó prueba pericial de los economistas Carmelo y David, propuestos por la defensa de los acusados Luis Alberto y Jesús Carlos, sobre la idoneidad de los anteriores informes, que, sin examinar la documentación, cuestionó que los camiones se suministraran solamente en el surtidor de gran caudal y que no es posible colegir que un camión consuma de media 35 litros/100 kms., reparos que fueron desechados por el Tribunal, porque de la prueba practicada resultaba que el surtidor de gran caudal estaba situado hacia el exterior de la estación de servicio, de modo que una vez suministrado el camión, este podía realizar la maniobra de salida sin dificultad, lo que no ocurriría si el suministro se realizaba en los surtidores de mínimo caudal, por encontrarse frente a la caseta donde está la caja y la tienda; y, por otra parte, conforme había quedado establecido, el consumo medio normal de un camión era de 35 litros/100 kms.

Toda esta prueba el Tribunal la consideró tanto prueba directa como indirecta para tener por acreditado que Jesús María y Luis Alberto eran los conductores casi en exclusiva de los camiones reseñados en el hecho probado y que siempre repostaban durante los turnos de atendidos por los acusados Marco Antonio y Jesús Carlos, produciéndose en estas ocasiones un sistemático incremento del importe del suministro real de gasoil, como quedó acreditado pericialmente, de modo que cuando cesó la relación laboral de todos los acusados la facturación de "Almacenes Delgado e hijos S.L." por suministro de gasoil descendió a la mitad, pese a que el volumen de negocio se incrementó.

Por otra parte, respondiendo a las defensas, señala la sentencia que ninguna de sus alegaciones quedó demostrada (funcionamiento caótico en la gasolinera, falta de existencias en el suministro de combustible, extensión de dobles albaranes por venta, utilización de gasoil de automoción para alimentar el grupo electrógeno, etc.) y que, siendo los turnos rotatorios y equitativos, por dos repostajes correspondientes al turno de los socios de la gasolinera a los camiones de "Almacenes Delgado e Hijos", los empleados acusados realizaban 32 en los suyos respectivos.

Por consiguiente, no existió vacío, sino prueba contundente de la realidad del hecho probado, que ha justificado la condena por delito de estafa.

NOVENO.- En los motivos segundo, tercero y cuarto, y al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Ya hemos analizado esta queja casacional, para su desestimación.



En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO .- En su motivo quinto e igualmente con anclaje constitucional (derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías), y con respecto a la perito designada por el Juzgado de Instrucción, cuestiona su idoneidad por no haberse acreditado la formación que manifestó tener, así como el método aplicado para determinar el perjuicio causado, pues la perito manifestó que en la documentación aportada apreció muchos errores, que iban desde la duplicidad de albaranes y facturas, a la filiación de trabajadores en fechas que no estaban dados de alta en la Seguridad Social o se encontraban de vacaciones, a lo que hay que sumar que determinados albaranes y facturas estaban emitidos por el propio denunciante, motivo por el que no tuvo en cuenta esos documentos.

Trata de incidir en la valoración probatoria que ha efectuado el Tribunal sentenciador a base de cuestionar la mala organización, gestión y contabilidad de la propia empresa que hubiera tenido como consecuencia el incremento de los repostajes de los camiones. Y tampoco aclaró la perito cuál es el motivo por el que había duplicidad de facturas y albaranes ni la razón por la que aparecen suministros realizados por trabajadores que no estaban contratados o estaban en período de vacaciones.

Seguramente tal descontrol propició el delito, pero ello no justifica su ilícita acción con tintes delictivos. El Tribunal "a quo" no ha dudado, y lo ha hecho con fundamento, de modo que no puede trasladar ahora a esta Sala Casacional un tema valorativo que no le compete.

Es lo cierto que la forma en que se llevó a cabo la defraudación quedó acreditada no sólo por los testimonios de los hermanos Juliana y Basilio y del detective privado que contrataron, sino que los acusados en las reuniones mantenidas con los gestores de las empresas perjudicadas reconocieron los hechos si bien no asumieron la totalidad del perjuicio, como así resulta de las grabaciones aportadas al procedimiento, sino también por las comprobaciones de la Guardia Civil ratificadas en el juicio oral, funcionarios policiales que dirigieron la investigación.

Los agentes de la Guardia Civil NUM007 y NUM008 confirmaron en el juicio oral que no concordaban los repostajes con las cantidades consignadas en los albaranes, habiendo examinado los albaranes, los tickets de compra, el programa informático, incluido el del surtidor de gran caudal, la facturas y la caja registradora, llegando a la conclusión que el fraude solamente tenía lugar cuando coincidían en sus turnos de trabajo los cuatro acusados. Añadieron que no les constaba ni que el grupo electrógeno se alimentara con gasoil extraído de los surtidores, ni que hubiera escasez de dicho hidrocarburo o que por dicho motivo se consignaran repostajes dobles.

El agente de la Guardia Civil NUM009 cuantificó el perjuicio en aproximadamente 250.000 euros en el período comprendido entre los años 2010 y 2015, teniendo en cuenta que el consumo medio normal de los camiones era de 35 litros de gasoil/100 kms.

El método de valoración aproximada efectuado por la perito de designación judicial fue semejante al seguido por la Guardia Civil, determinando el exceso de litros facturados de más de acuerdo con la documentación aportada, explicando que había albaranes-vales duplicados, repostajes dobles con 10 minutos de diferencia y que no era coherente el número de kilómetros recorridos con la documentación examinada, por lo que desechó los albaranes-vales que no eran fiables, si bien volvió a contrastarlos de nuevo.

Ni en el informe pericial de la Guardia Civil ni tampoco en el de la perito se advirtió que la duplicidad de albaranes se debiera a una mala gestión de la contabilidad de la sociedad propietaria de la estación de servicio. Tampoco la parte recurrente expone en el recurso los elementos que fundamentan dicha afirmación y si hipotéticamente la justificación de la misma es el informe de los peritos propuestos por la defensa de Luis Alberto y Jesús Carlos, el Tribunal, de manera motivada, no confiere valor a dicho informe por no haber examinado la documentación original, por basarse en afirmaciones no contrastadas y por desacreditar unos informes que se han limitado a hacer un cálculo estimativo del perjuicio.

Por último, se tuvo en cuenta y así consta en el hecho probado que el período de relación laboral de cada acusado con su respectiva empresa no fue el mismo. Así, Juan Carlos fue empleado de la estación de servicio desde su apertura en el año 2004 y Jesús Carlos, que en un principio cubría las vacaciones del resto del personal, pasó a ser contratado de forma indefinida en el año 2010. Respecto de los acusados trabajadores de la empresa "Almacenes Delgado e Hijos S.L.", se estableció que el acusado Luis Alberto estaba empleado desde el año 1995 y Jesús María desde el año 2009.

En consecuencia, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ha producido, pues el Tribunal justifica suficientemente las razones por las que asume el perjuicio cuantificado en el informe del perito judicial, que es coherente en cuanto a su metodología con el informe de la Guardia Civil y con el resto de las pruebas practicadas.



En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO .- En los motivos sexto, noveno y décimo, se reproduce el tema probatorio, que ya hemos tratado con anterioridad, por lo que, para su desestimación, nos remitimos a dicha fundamentación jurídica.

Recurso de casación interpuesto por Luis Alberto y Jesús Carlos

DUODÉCIMO .- En el motivo primero, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y con respecto a Jesús Carlos, alega que se le atribuye su participación en la supuesta estafa cometida desde el año 2008 y hasta marzo de 2015, pese a que la sentencia reconoce como hecho probado que Jesús Carlos hasta su contratación indefinida a finales del año 2010, solamente trabajaba en la estación de servicio cubriendo las vacaciones del resto de personal.

Pero olvida el recurrente que la sentencia recurrida considera a los cuatro acusados como coautores, dada la existencia de un concierto previo entre ellos. Aun en el supuesto de admitir que Jesús Carlos no hubiera intervenido en las defraudaciones cometidas con anterioridad a su incorporación como empleado fijo de la estación de servicio, lo cierto es que desde finales del año 2010 se adhirió al plan delictivo de los otros, debiendo responder a título de autor al igual que los otros acusados.

DÉCIMO-TERCERO .- En el motivo segundo, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, denuncia que el perjuicio patrimonial no ha podido ser acreditado por no haberse aportado por "Iniciativas Puente Ajuda S.L." la prueba documental que le fue requerida, habiendo privado a la parte recurrente de un medio de prueba para su defensa.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciado con anterioridad.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO-CUARTO .- En el motivo tercero, e igualmente con anclaje constitucional, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Y, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

De nuevo se cuestiona la prueba, argumenta que no resulta creíble el testimonio de los hermanos Basilio Juliana, no demostraron que durante el turno de estos recurrentes hubiera menos efectivo en caja, incurrieron en contradicciones, por ejemplo, Basilio tuvo que admitir que el día 14/02/2015 suministró a un camión 733,39 litros de combustible cuando su capacidad era de 715 litros, no se han aportado las facturas del gasoil industrial con el que alimentaban el grupo electrógeno de la estación de servicio, negaron, sin acreditarlo, que hubieran sido sancionados por la rotura de los precintos de los surtidores; no han presentado el modelo 347 de declaración de IVA que refleja las compras y ventas con terceros.

Tampoco la hoja de Excel aportada por "Almacenes Delgado e Hijos" para determinar el perjuicio tiene valor probatorio, al haber sido elaborada por el hijo del Sr. Adriano que carece de formación contable.

El informe de la Guardia Civil ha sido elaborado por agentes que no tienen formación económica o contable y realizaron el informe en base a las indicaciones y documentación que les proporcionaron los denunciados, sin comprobar su veracidad.

En cuanto al informe de la perito designada judicialmente opone, en síntesis, los siguientes reparos: no utilizó los libros contables ni las declaraciones fiscales de "Iniciativas Puente Ajuda S.L."; no comprobó si los albaranes-vales habían sido firmados durante los períodos de trabajo efectivo de los empleados de la gasolinera, como así ha ocurrido con el Sr. Jesús Carlos; descartó los albaranes-vales de los que no resultaba clara la participación de los acusados, pero refirió haber solicitado al Juzgado más documentación para contrastar este descarte, volviendo a hacer otro nuevo, pero no hay ninguna diligencia o comparecencia en la causa donde conste esta solicitud; para determinar el consumo medio de los camiones se basó en una simple página del Ministerio de Transportes, sin elaborar una gráfica en la que constase el consumo medio de todos los camiones de "Almacenes Delgado e Hijos"; no vio la información del ordenador de "Iniciativas Puente Ajuda S.L.", sino tan sólo las capturas de pantalla que le proporcionaron los denunciados; y, en definitiva, ha seguido la información que le dieron los denunciados sin contrastarla.

Del informe del perito Sr. Leoncio reprocha su parcialidad por haber tenido durante un tiempo un contrato de mantenimiento de los camiones de "Almacenes Delgado e Hijos" y ha reconocido que los conductores de esta empresa le han admitido haber usado un imán que impide que el tacógrafo registre los kilómetros realmente conducidos.

Y, por último, reclama la nulidad de las grabaciones por su ilicitud.



Estas quejas son semejantes a las denunciadas por los otros recurrentes, por lo que a lo expuesto en otros motivos nos remitimos, sin perjuicio de señalar que los testigos Basilio y Juliana fueron claros y coherentes al explicar lo que es el normal funcionamiento de su negocio. Así manifestaron que: (1) cada albarán debía reflejar una sola operación de venta de combustible y no dos, porque no cuadraría el arqueo con los tickets correlativos; (2) el repostaje de los camiones de alto tonelaje siempre se realiza en el surtidor de gran caudal, ya que el edificio de la caja y tienda se encuentra justo delante de los surtidores de menor caudal y, por tanto, dado el espacio disponible, los camiones no podrían hacer el giro de salida. Además, el suministro del surtidor de gran caudal es de 80 litros al minuto frente a los 40 litros al minuto de los surtidores reservados a los turismos; (3) el grupo electrógeno de la estación de servicio se alimentaba con gasoil industrial que les servía una empresa de Valverde de Leganés (Ángel Daniel) y se almacenaba en un tanque aparte. El gasoil industrial es más barato porque está bonificado fiscalmente, por lo que no tiene sentido utilizar gasoil de automoción para el grupo generador, ya que perdería dinero. Y el gasoil industrial está tintado y no puede mezclarse con el gasoil de automoción; (4) no tenían informatizados los surtidores ni comunicados con las cajas registradoras, pero puntearon todos los días los litros totales de gasoil servidos de cada surtidor y por cada manguera y lo testearon con albaranes por turnos, apercibiéndose del desfase, y decidieron contratar un detective; y (5) en cada turno tiene que consignarse el número de litros que se expenden, el total facturado de tienda y de lavadero, y, además, tiene que discriminarse las ventas en efectivo, con tarjeta y lo suministrado a empresas (venta a crédito) y el montante tiene que coincidir con el total de la venta.

La sentencia recurrida ha expuesto, muy correctamente, los siguientes indicios probatorios:

- 1) Que los chóferes empleados por "Almacenes Delgado e Hijos, S.L." ahora acusados conducían casi con exclusividad cada uno de ellos un camión de alto tonelaje, ya reseñado.
- 2) Que repostaban, de igual modo casi exclusivo, en la gasolinera de "Iniciativas Puente Ajuda, S.L." cuando estaban de turno los expendedores coacusados.
- 3) Que en los turnos de estos se registraba una recaudación de caja sensiblemente inferior a lo que se hacía en los turnos de los dos hermanos propietarios del negocio.
- 4) Que, desde que cesaron en la relación laboral todos los acusados, la facturación por venta de combustible a "Almacenes Delgado e Hijos, S.L." de parte de la otra mercantil ha descendido a la mitad, pese a que el volumen de negocio se ha incrementado.
- 5) Que ninguna de las coartadas argüidas por la defensa (funcionamiento caótico de la gasolinera, falta de existencias en el suministro de combustible, extensión de dobles operaciones de venta en albaranes, utilización de gasoil de automoción para alimentar el grupo electrógeno de la estación de servicios, insinuaciones relativas a un posible fraude fiscal por omisión de declaraciones de IVA, cierres de caja y de documentación diarias por parte de los propietarios de la gasolinera, etc.), han tenido una mínima acreditación.
- 6) Que, frente a lo anterior, se alza el palmario resultado que arrojan las periciales practicadas a instancias de las acusaciones (testifical-pericial de los agentes de la Guardia Civil adscritos al Grupo ROCA; pericial judicial de Da. Blanca y de D. Leoncio) de las que se deduce una sistemática elevación del montante de las operaciones de suministro de gasoil a los camiones ya reseñados conducidos por los acusados Jesús María y Luis Alberto cuando repostaban, de forma cuasi exclusiva en los turnos servidos por los coacusados Marco Antonio y Jesús Carlos .
- 7) Que igualmente ha quedado constatado que el consumo facturado promediado por 100 kms., de cada camión ha duplicado el que correspondería.
- 8) La diferencia entre las operaciones de venta de gasoil en turnos atendidos por los socios de la gasolinera y los acusados.

La prueba indiciaria es suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. En efecto, la prueba indiciaria o circunstancial (ver STS 419/2019, de 24 de septiembre) es susceptible de enervar la presunción de inocencia, principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarándolo así desde las Sentencias 174 y 175, ambas de 17 de diciembre de 1985, así como la doctrina jurisprudencial constante de esta Sala Casacional.

Por ello, concluye el Tribunal sentenciador que, en buena lógica, no cabe sino concluir en una maquinación a gran escala sostenida en el tiempo y desarrollada de común acuerdo por los cuatro acusados, que ya ha sido descrita hasta la saciedad, a consecuencias de lo cual han sufrido un engaño las dos sociedades perjudicadas, con, el consiguiente quebranto patrimonial: "Almacenes Delgado e Hijos, S.L. se ha visto obligada a abonar unas cantidades por compra de combustible Muy superiores á las realmente debidas, e "Iniciativas Puente Ajuda, S.L." ha aplicado unas bonificaciones indebidas por el exceso.



En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO-QUINTO .- En el motivo cuarto, por error facti, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por infracción constitucional, alegan estos recurrentes que la prueba pericial aportada por dicha defensa no ha sido valorada por el Tribunal, causándole con ello una indefensión, pues en su informe se constata que en los modelos de declaración fiscal 347 realizadas por "Almacenes Delgado e Hijos", sobre operaciones comerciales con "Iniciativas Puente Ajuda", las compras de gasoil en el año 2008 lo fueron por importe de 123.237,53 euros, IVA incluido, y el hecho de que no se declaren compras en los años 2009 a 2015 significa que las operaciones de compra no superaron los 3.005 euros, IVA incluido. Añade que, como supuestamente los acusados tomaban del efectivo en caja la diferencia entre el suministro real y el facturado de más y no se ha aportado ningún documento que acreditara cuál era el efectivo en caja, no se puede establecer que la disposición patrimonial sea superior a 50.000 euros. Y finaliza el motivo reclamando la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

La afirmación de los peritos de la defensa sobre los modelos 347 relativo a la declaración fiscal que debe realizar la empresa sobre operaciones realizadas con terceras personas, se esfumó en el juicio, al tener que admitir estos peritos en el juicio que desde el año 2009 debía presentar de otra forma esta declaración, cumplimentando el modelo 340.

De todas formas, el Tribunal sí valoró el informe de estos peritos, siendo cuestión distinta que, por las razones que se exponen en la sentencia, le haya negado capacidad para desvirtuar el valor estimativo del perjuicio establecido en el informe de la perito judicial, y del cual, junto con el informe de la Guardia Civil, parte para apreciar la comisión de un delito continuado de estafa concurriendo la agravación de superar la defraudación el valor de 50.000 euros (art. 250.1.5º del CP).

Y respecto de la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, nos remitimos a lo ya expuesto.

DECIMO-SEXTO .- Al proceder la desestimación de los recursos, se está en el caso de condenar en costas procesales a los recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados **DON Luis Alberto , DON Jesús María , DON Jesús Carlos y DON Juan Carlos** , contra la Sentencia 44/2021, de 21 de octubre de 2021 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz.

2º.- CONDENAR a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus recursos.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.