



Roj: **ATS 930/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:930A**

Id Cendoj: **28079120012019200106**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2019**

Nº de Recurso: **2422/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAP B 6471/2017,**
STS 4555/2018,
ATS 930/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 28/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2422/2017

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Procedencia: Sala II T. Supremo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2422/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia

Dª. Susana Polo Garcia



En Madrid, a 28 de enero de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de enero de 2019 tuvo entrada telemática en el Registro del Tribunal Supremo escrito presentado por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Rodríguez Díez, en nombre y representación de Don Epifanio , Doña Felicísima , Doña Florencia , Don Faustino y Don Genaro , interponiendo incidente excepcional de nulidad de actuaciones frente a la STS núm. 614/2018, de fecha 30 de noviembre de 2018, dictada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación núm. 1/2422/2017 , que desestimó el recurso interpuesto por los recurrentes contra la Sentencia 547/2017, de 25 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona , declarando la firmeza de la referida resolución.

SEGUNDO.- Por Diligencia de ordenación de fecha 22 de enero de 2019 pasan las actuaciones al Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar, para deliberación y decisión de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por la representación legal del condenado , se ha presentado escrito de fecha 14 de enero de 2019, por el que se interpone incidente excepcional de nulidad de actuaciones frente a la STS núm. 614/2018, de fecha 30 de noviembre de 2018 dictada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación núm. 1/2422/2017 , que desestimó el recurso interpuesto por la Acusación particular Don Epifanio , Doña Felicísima , Doña Florencia , Don Faustino y Don Genaro , contra la Sentencia 547/2017, de 25 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona , que absolvió a DON Gregorio y DON Herminio de los delitos de estafa y apropiación indebida, declarando la firmeza de la referida resolución.

La Acusación particular Don Epifanio , Doña Felicísima , Doña Florencia , Don Faustino y Don Genaro , insta ahora la nulidad de mencionada Sentencia denunciando vicios en la motivación y omisiones que de ser ciertos pudieran haber comportado lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE , en su modalidad de incongruencia omisiva.

SEGUNDO. - El régimen del recurso de nulidad de actuaciones viene establecido en los artículos 240 y 241 de la LOPJ en su redacción dada por la LO 6/2007, de modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, que establece asimismo una nueva regulación del recurso de amparo constitucional.

El artículo 240, regula los mecanismos para subsanar el defecto o, de no ser posible, decretar la nulidad de actuaciones antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, así dice: *"La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*

Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal."

Por su parte, el artículo 241 se dedica en exclusiva al incidente autónomo de nulidad de actuaciones, reservándole para los casos, como el presente, en que se ha dictado ya resolución firme. El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así establece: *"No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución , siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*

Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará



traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno."

De ello se deduce:

1) El incidente de nulidad de actuaciones tiene un elemento esencial que constituye su principal innovación, como es la posibilidad de atacar sentencias o resoluciones que han adquirido firmeza, al margen del recurso de revisión;

2) La principal característica de la nulidad, y que es prácticamente la razón de su existencia, es que pretende reparar situaciones de vulneración de derechos fundamentales e indefensión que no han podido ser denunciadas con anterioridad a la resolución que pone fin al proceso, ni existen recursos en los que puedan ser invocadas. *"La única cuestión a considerar el actual recurso, es si existió vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE, que se remite a los de la Sección I del Capítulo II, y más en concreto aquel conjunto de derechos que vertebran el proceso penal en una sociedad democrática y que se articula por un haz de garantías procesales y sustantivas" (ATS de 18 de julio de 2007).*

3) La excepcionalidad de este incidente es que constituye un remedio extraordinario que de prosperar supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. De ahí que este incidente sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadas de vulneración de derechos fundamentales que no han podido ser denunciados con anterioridad. No tendrán en él cabida, las discrepancias que posea el recurrente con la fundamentación jurídica de la Sentencia o con el desarrollo de alguno de sus argumentos.

TERCERO.- La parte recurrente suscita este nulidad de actuaciones, previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sobre la base de que este Tribunal Supremo ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, al desestimar el motivo relacionado con el vicio sentencial denominado incongruencia omisiva.

Pues, sobre la base de que lo interesado como tal omisión, no es tal, pues se deduce del conjunto de la resolución judicial dictada por la Audiencia, al absolver a los acusados de los delitos por los que fueron acusados, rechazaremos este incidente de nulidad de actuaciones.

En efecto, los motivos formalizados por los recurrentes frente a la Sentencia recurrida (Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona) fueron, el primero, "error iuris", que sobre la base de un relato que no contenían ninguno de los elementos de los tipos patrimoniales acusados, no podría prosperar, al tener que respetarse escrupulosamente los hechos probados de tal resolución judicial. El segundo, sobre la base de un "error facti", al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también hubo de rechazarse pues no se invocaban documentos literosuficientes, sino declaraciones testimoniales o informes periciales contradictorios, o el folleto que se encuentra unido a los folios 46 y siguientes, que lo único que asevera es la constitución de una agencia de valores, que no pudo llevarse a cabo por causas ajenas a los acusados, como bien se expresa en la Sentencia recurrida. En el motivo tercero, se planteaba que la sentencia recurrida no había resuelto sobre todos los puntos que habían sido objeto de acusación. Dijimos al respecto que como ha señalado la STS 495/2015 de 29 de junio, con cita de la sentencia de esta Sala 1100/2011 de 27 de octubre, que este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes. No se comprenden en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.



En cualquier caso, para que pueda prosperar el motivo de casación basado en incongruencia omisiva, también ha señalado esta Sala que es necesario que se haya intentado corregir la misma por la vía del complemento de sentencia que faculta el artículo 267.5 de la LOPJ, que en este caso no se ha intentado.

En efecto, esta Sala tiene establecido que conviene tener presente la incidencia que, en la reivindicación casacional del defecto de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3º de la LECr., puede llegar a tener la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que ha ensanchado la funcionalidad histórica asociada al recurso de aclaración de sentencia (SSTS 933/2010, de 27-10 ; 1094/2010, de 10-12 ; y 545/2012, de 22-6 , entre otras).

Correlativamente con ello, el apartado 5 del art. 267 de la LOPJ dispone que "... si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla".

También es preciso que este defecto no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS 1095/99 de 5 de julio o 895/2014 de 23 de diciembre , entre otras).

En el caso, ni se ha planteado el incidente previsto en el art. 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni podría entenderse producido el defecto denunciado porque la cuestión ha quedado implícitamente desestimada, pues todas las aportaciones de los querellantes lo fueron para suscribir participaciones sociales. Y lo propio en el caso de la persona jurídica que fue acusada por el mecanismo del art. 31 bis del Código Penal, es lo cierto que los hechos son anteriores a la entrada en vigor de tal responsabilidad penal de las personas jurídicas, que lo fue el 23 de diciembre de 2010, mediante LO 5/2010, y de la resultancia fáctica se observa que ya el 20 de junio de 2009, se acuerda la ampliación de capital de BCN ASSET, que es, según la acusación particular, el germen del delito de estafa, tramitándose el expediente para la creación de una agencia de valores, a partir del día 8 de junio de 2010.

Consecuentemente, no se ha producido vicio alguno de incongruencia omisiva, pues la cuestión es bien clara: se realizaron aportaciones para la constitución de una agencia de valores, como modo de inversión, que no pudo llevarse a efecto por razones no imputables a los acusados, que es el planteamiento absolutorio de la Sentencia recurrida, sobre lo que nosotros, en esta instancia casacional, no podíamos modificar los hechos probados de la misma, basada sustancialmente en prueba de contenido personal, sin que se constatará la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (formalmente, no propuesto en el sentido de motivación irrazonable), que nos llevara a considerar una motivación irrazonable o arbitraria, lo cual tampoco era el caso, como se comprueba con la simple lectura de la Sentencia recurrida. Por lo demás, ese mecanismo de inversión pecuniaria, altamente tecnificado, requiere unos conocimientos por parte de los intervinientes que va más allá de los cauces habituales, lo que significa que los comportamientos de autoprotección son mayores que en el resto de los negocios jurídicos, y esta Sala Casacional en supuestos de negocios con ciertos componentes especulativos, es más exigente a la hora de calificar el requisito del engaño.

Por todo ello el incidente de nulidad de actuaciones debe ser rechazado.

CUARTO.- La desestimación completa del incidente conlleva la condena en costas de su proponente (art. 241.2, inciso 2º *in fine* LOPJ).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

DESESTIMAR el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Rodríguez Díez, en nombre y representación de la Acusación particular Don Epifanio , Doña Felicísima , Doña Florencia , Don Faustino y Don Genaro , contra Sentencia núm. 614/2018, de fecha 30 de noviembre de 2018, dictada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación núm. 1/2422/2017, con imposición a los recurrentes de las costas del incidente.



Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monverde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Antonio del Moral Garcia Susana Polo Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ