



Roj: **STS 1730/2026 - ECLI:ES:TS:2026:1730**

Id Cendoj: **28079120012026100289**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2026**

Nº de Recurso: **5767/2023**

Nº de Resolución: **292/2026**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 292/2026**

Fecha de sentencia: 21/04/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5767/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/03/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5767/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 292/2026**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Manuel Marchena Gómez

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 21 de abril de 2026.



Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº **5767/2023** interpuestos por Norberto representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Andrea de Dorremocha Guiot y bajo la dirección letrada de D. Juan Gonzalo Ospina Serrano; Felix representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Victoria Rodríguez Acosta Ladrón de Guevara, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Aparicio Carol y **ZABALA LEKU SL** representado por el Procurador Sr. Santiago Tesorero Ruiz y bajo la dirección letrada de Salvador Orlando Albás contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de junio de 2023, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) que condenó a Norberto como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual y un delito de estafa. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-El Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid inició Procedimiento Sumario nº 800/2019 contra Norberto por un delito continuado contra la propiedad intelectual y un delito de estafa. Una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2023, que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Que Norberto, mayor de edad, con DNI NUM000 y antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en fecha 20-1-2018 firmó un contrato de mediación con la sala de subastas Setdart, con denominación social Vikem-Nau 22 SL, sita en Calle Conde de Aranda, 22 de Madrid, para la venta de un total de 16 obras de arte atribuidas a diversos autores, 15 de las cuales han resultado ser copias fraudulentas realizadas por el citado o por un tercero pero con conocimiento de la falsedad por parte de Norberto, con la finalidad de beneficiarse económicamente de forma ilícita y sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Las obras que depositó para su venta y que eran plagiadas son las siguientes:

- Serigrafía "París" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176357
- Serigrafía "Lurrak" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176359
- Serigrafía "Médicos del Mundo" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176360
- Serigrafía "Zürich I" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176361
- Serigrafía "Jornadas de Medio Ambiente" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176356
- Serigrafía "Sin Título" atribuida a Eduardo Chillida, registrada como lote nº 35176351
- Litografía "Madonna" atribuida a Edvard Munch, registrada como lote nº 35176350
- Díptico "Whaam" atribuido a Roy Lichenstein, registrado como lote nº 35176355
- Litografía "Shipboard girl" atribuida a Roy Lichenstein registrada como lote nº 35201017
- Litografía "Beeker Street" atribuida a Saúl Steingberg registrada como lote nº 35176354, adquirida por el "Marco Verde" por precio de 578,45 euros en fecha 27-12-18.
- Litografía "Sin título, 1983" atribuida a José Guerrero registrada como lote 35176362, adquirida por Fermín por precio de 4.140 euros en 11-12-18;
- Litografía "Sin título, 1983" atribuida a José Guerrero registrada como lote 35176364, adquirida por Fermín por precio de 4.140 euros en 11-12-18;
- Litografía "Sin título, 1983" atribuida a José Guerrero registrada como lote 35176363, adquirida por Cornelio por precio de 4.140,52 euros en 11-12-18;
- Litografía "Sin título, 1983" atribuida a José Guerrero registrada como lote 35176365, adquirida por Cornelio por precio de 4.384,08 euros en 11-12-18;
- Litografía "Barcelona III" atribuida a Eduardo Chillida registrada como lote 35176359,

Las citadas obras depositadas por el acusado en la sala de subastas Setdart fueron intervenidas por funcionarios del grupo XXVII de Delitos contra la propiedad intelectual del Cuerpo Nacional de Policía en fechas 11 y 14 de marzo de 2019, Previa denuncia de Imanol, que en mayo de 2017 había adquirido una serigrafía atribuida a Eduardo Chillida vendida en la casa de subastas Sala Ansorena por el acusado. Fue constatada la falsedad de la obra y devuelta a la citada sala de subastas que le reintegró el precio abonado.



La titularidad de los derechos de la propiedad intelectual de las obras de Eduardo Chillida pertenece a ZABALA LEKU S.L. Que la misma ha sufrido perjuicios morales y materiales que ascienden a 39.700 euros por la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

D. Felix , f.127, Dirige la GALERÍA CAYÓN que representa el legado y los derechos de propiedad intelectual de José Guerrero. Que los titulares de los derechos han sufrido perjuicios materiales y morales por la infracción de los derechos de propiedad intelectual que ascienden a 48.000 euros

No existen los derechos de propiedad intelectual de Eduard Munch, al haber transcurrido más de 75 años desde su fallecimiento.

Consta la existencia de derechos de propiedad intelectual de Roy Lichenstein y Saúl Steinberg, pero sin personación en este procedimiento de las fundaciones o entidades que ostentan la titularidad o gestionan dichos derechos. Dichos autores no constan dados de alta en la SGAE".

**SEGUNDO.**-La Parte Dispositiva de la Sentencia establece:

"Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS**a Norberto por un delito continuado contra la propiedad intelectual previsto en el art. 270 en relación con el 74 del Código Penal a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE **PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE 18 MESES A RAZÓN DE 9 EUROS DÍA, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C.P. Comiso y destrucción de las piezas intervenidas.

Y otro delito continuado de estafa previsto en el art. 248, 249.1. y 74 del C.P., a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE **PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y que por vía de responsabilidad civil el acusado indemnice a "El Marco Verde" en la cantidad de 578,45 euros, a Fermín en la cantidad de 8.280 euros; y a Cornelio en la cantidad de 8.524,60 euros. A los herederos del artista José Guerrero, titulares de los derechos de propiedad intelectual, en la persona de D. Felix en la cantidad de 48.000 euros por los daños y perjuicios morales causados a la imagen de la obra del artista. Y a la Compañía ZABALAGA LEKU en la cantidad de 39.700 euros. Más los intereses legales del art. 576 de LEC.

Se condena a la PUBLICACIÓN ÍNTEGRA DEL FALLO de la sentencia condenatoria en un diario de la Comunidad de Madrid, a elección de la acusación y a costa del acusado.

Con imposición de las costas al condenado.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de apelación del que conocerá el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a interponer en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial".

**TERCERO.**-Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el condenado remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia, con fecha 6 de junio de 2023 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Norberto , contra la sentencia Nº 117/2023, de fecha 15/2/2023, dictada por la Sección Nº 1, de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado Nº 800/19, de que este rollo dimana, debemos revocar la misma en lo que respecta a la condena del recurrente como autor del delito contra la Propiedad Intelectual ex art. 270.1º CP, que en la misma se define; y en tal sentido, **absolvemos**al acusado respecto de dicho delito y pronunciamientos derivados de la condena, como autor de dicho delito; con reserva de las correspondientes acciones civiles.

De otra parte, **confirmamos**dicha resolución en lo que al delito de estafa, y pronunciamientos derivados respecta por el que igualmente fue condenado y declaramos de oficio las costas causadas en esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar ( arts. 855 y 856 LECr)".

**CUARTO.**-Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por Norberto , Felix y Zabala Leku S.L, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:



### Motivos alegados por Norberto .

**Motivo primero.**-Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11.1 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo segundo.**-Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11.1 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo tercero.**-Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11.1 LOPJ al infringirse los arts. 248, 249.1 y 74 CP.- **Motivo cuarto.**-Por quebrantamiento de forma conforme a lo dispuesto en el art. 851 LECrim. **Motivo quinto.**-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim y art. 5.4 LOPJ. **Motivo sexto.**-Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 y 11.1 LOPJ por vulneración del art. 24 y 120.3 CE.

### Motivos alegados por Felix .

**Motivo primero.**-Infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el artículo 24.2 C.E. (presunción de inocencia). **Motivo segundo.**-Por infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo tercero.**-Por infracción de Ley infringirse el precepto sustantivo de los arts. 248, 249.1 y 74 CP. **Motivo cuarto y quinto.**-Se renuncian.- **Motivo sexto.**-Por infracción del precepto constitucional al haberse vulnerado el art. 24 y 120.3 CE (motivación).

### Motivos alegados por Zabala Leku SL.

**Motivo primero.**-Por infracción de ley del art. 849 LECrim por inaplicación indebida del art. 270.1 CP, en relación con el art. 74 CP. **Motivo segundo.**-Por infracción de precepto constitucional ( arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim (tutela judicial efectiva, e imparcialidad judicial: art 24 CE).

**QUINTO.**-El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos apoyando el motivo primero de ambas acusaciones particulares e impugnando el resto de motivos de los recursos. La representación procesal de **Zabala Leku SL impugnó el recurso de Norberto adhiriéndose íntegramente** al recurso interpuesto por la representación de Felix . La Sala admitió a trámite los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**-Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de marzo de 2026.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### a).- Recurso de Norberto .

**PRIMERO.**-El motivo primero contiene un ramillete de argumentos diferenciados -algunos serán reiterados en otros motivos- agrupados bajo el denominador común de una alegada conculcación del derecho a la presunción de inocencia: algunos elementos del delito objeto de condena estarían huérfanos de probanza suficiente.

Analizamos por separado las distintas argumentaciones ateniéndonos a la secuencia que propone el recurso:

**a)**Se dice que la absolución por el delito contra la propiedad intelectual (falsificación, según denominación que usa el recurrente, probablemente porque es terminología que favorece su tesis) acarrearía la absolución por la estafa: si no participó en la falsificación y no se le ha condenado por ello, no se le puede atribuir la venta con conocimiento de la inautenticidad de las pinturas. El razonamiento supone un salto acrobático que rompe totalmente la lógica del silogismo. Si se le ha absuelto por el delito contra la propiedad intelectual no es porque se le considerase ajeno a la elaboración de las obras inauténticas, sino por un problema de tipicidad: ese acto previo no estaría abarcado por la descripción del art. 270 CP. Por tanto, absolución por delito contra la propiedad intelectual y condena por estafa son compatibles.

**b)**Se denuncia la ausencia de firma en el contrato de mediación por el representante de la sala de subastas; así como que no se consignase una descripción de las obras entregadas para la venta. Tampoco se ha aportado un documento que certifique la recepción. De todo ello no puede deducirse, sin embargo, que los hechos no cuenten con prueba suficiente; sino sencillamente la fragmentariedad de la documentación. Esos extremos están acreditados por prueba testifical valorable que, además, encaja perfectamente con los restantes datos demostrados e innegables. El recurrente no se molesta en sugerir una hipótesis alternativa que dé explicación a ese sólido cuadro indiciario. Que no se rellenasen escrupulosamente la documentación, ni de forma completa, no permite deducir que no existiese la operación. La firma del recurrente lo confirma. No es imaginable una alternativa plausible que dote de coherencia ese conjunto de elementos que, sin embargo, desde la tesis fáctica asumida por la sentencia, encuentran plena explicación.



c) La inexistencia de cobro por parte del acusado, lo que excluiría la consumación de la estafa, tampoco es alegato asumible. Ciertamente el hecho probado es demasiado parco a este respecto. Hubiera sido deseable que se consignase de forma explícita; no de manera implícita como se hace. Pero, de una parte, en el momento en que los perjudicados adquieren la obra y la pagan, la estafa está consumada, aunque el dinero haya pasado a disposición del intermediario del que se valió el recurrente, auténtico autor mediato que usa a un tercero inculpable como instrumento. Por lo demás, todo el contexto probatorio hace inferir al lector de forma concluyente que, tal y como demuestran elementos probatorios, tanto documentales como de otra naturaleza, incorporados a la causa (folios 168 y 169; 150 a 160 y 288 y 289; así como documentación obrante a los folios 703 a 713), el recurrente recibió -o, al menos, adquirió el derecho a recibir- de la sala de subastas el precio abonado descontada la comisión pactada.

**SEGUNDO.**-Al amparo también de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim el segundo motivo reitera idénticas denuncias aunque enlazando la queja con la falta de motivación y, en congruencia, con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE).

En realidad no se protesta tanto por la falta de motivación, como por no resultarle convincente la motivación, volviendo de nuevo, a una cuestión de valoración probatoria.

La entrega de las obras puede considerarse acreditada -a falta de documentación- no solo por declaraciones testificales, sino porque el propio acusado llegó a reconocerlo aunque luego se acogiese a otra versión. Eso no conduce a contraponer ambas declaraciones de forma que se neutralicen y, en consecuencia, no sean susceptibles de ser valoradas, como razona de forma muy simplista -¡o *simplona!*- el recurso. No opera así la valoración de la prueba (una declaración inculpatoria más otra exculpatoria equivalen a *cero*). Si el acusado, por ejemplo, confiesa en el juicio y negó los hechos en fase de investigación nadie puede sostener racionalmente que una prueba neutraliza la otra y que, por tanto, el resultado probatorio es el mismo que si no existiese ninguna declaración.

Es legítimo y más que razonable interpretar que si el acusado llegó a aceptar un hecho que perjudicaba su defensa, es porque efectivamente sucedió así, máxime cuando todos los elementos de prueba apuntan en idéntica dirección. Si luego rectificó obedecerá probablemente a una estrategia procesal, legítima en quien es acusado.

Aparte de otras razones, el art. 406 LECrim invita a buscar otros elementos de prueba. En este caso concurren, a mayores, esos otros elementos de prueba.

En cuanto a la percepción económica ciertamente tanto la Audiencia como el Tribunal Superior podrían haberse explayado más en su relato; pero es obvio que, afirmada la intención de lucro (su exclusión en ese contexto no tiene lógica alguna) así como la venta efectiva de algunas de las obras, no cabe más que concluir que el acusado percibió el importe que le correspondía (y así consta en autos). Pero, aunque no hubiese existido el efectivo reembolso por parte de la Sala de subastas, la estafa, según se explicó antes, estaría consumada. El perjuicio ya se habría producido. Y el importe, aunque estuviese en manos del autor inmediato, se encontraba ya a disposición del vendedor y autor mediato.

La hipótesis que quiere defender el recurso sería descartable por ilógica. Está desacreditada, por la documentación obrante en la causa. Con independencia de que, aunque no fuese así, no podría prosperar la pretensión por las razones de orden sustantivo indicadas.

**TERCERO.**-El motivo tercero se formula al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 248 y 249 CP. Trata de desmontar la condena por estafa desmenuzando los elementos de esta tipicidad:

a) No concurriría engaño pues no se demostró que el recurrente conociese que las obras eran imitaciones. La tesis vendría apoyada en la absolución por el delito contra la propiedad intelectual. El argumento ya ha sido descalificado. En la sentencia de apelación se asume que las obras eran falsas y que el acusado lo sabía y las hizo pasar por auténticas. Si absuelve por el delito contra la propiedad intelectual es por considerar que esa es una actuación ilícita pero que, constituyendo una estafa, no integra, sin embargo, la tipicidad del art. 270.

b) No estaríamos ante un engaño *bastante* pues la casa de subastas no desplegó el deber de autoprotección exigible. Se invocan diversas sentencias tanto de esta Sala como de Audiencias provinciales.

La estafa, en efecto, como elemento esencial requiere la concurrencia de un engaño que debe ser *suficiente*, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima, que, en este caso, no es la casa de subastas sino cada uno de los compradores. Esto es importante. La ausencia de diligencia del intermediario a lo que daría lugar es a una eventual responsabilidad civil compartida; no a excluir la estafa. Es sobre los compradores sobre los que debe proyectarse ese elemento de la suficiencia de la acción engañosa.



El engaño, ciertamente, ha de ser bastante para producir error. Un engaño burdo, fantástico o incapaz de mover la voluntad de personas intelectualmente normales, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan, no puede dar vida a un delito de estafa. Como dijo un clásico no hay estafa cuando el error proviene más que del engaño de la *estúpida credulidad del sujeto pasivo*.

La idoneidad del engaño debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, llevado a un deformado conocimiento de la realidad por causa de la mendacidad del agente.

El recurrente entiende aplicable aquí el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en si mismo, sino por su censurable abandono y negligencia. El tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección; no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, habría sido evitable con una mínima diligencia no disculpable, no puede hablarse de engaño bastante y, en consecuencia, no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa: "bastante" no es el engaño incapaz en abstracto de llevar al error a una persona con un talento estándar, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa ordinarios inexcusables del titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima.

Existe, no obstante, un margen en que se permite a la víctima la relajación de sus deberes de protección. De lo contrario se impondría un principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratantes, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad y facilidad para autoprotgerse.

Cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el esquema de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye finalidad del tipo de estafa impedir lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo. El tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección. Un medio menos gravoso que el recurso a la pena es la autotutela del titular del bien. Se imponen, restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. Solo es bastante el engaño en sentido típico cuando es capaz de vencer los mínimos mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima. Si éstos son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

La doctrina no es aplicable al caso analizado ahora.

Las obras fueron adquiridas por los perjudicados en una sala de subastas. Nada invitaba a dudar de la autenticidad de los cuadros. El precio pagado no consta fuese notoriamente inferior al de mercado. Solo esa anomalía, no producida, podría haber suscitado en los compradores dudas sobre su autenticidad.

La pretensión del recurrente de exigir a los compradores -insistimos: estos son los estafados- deberes adicionales de comprobación, como consultar a los propios autores o a expertos o instituciones oficiales, resulta exagerada para quienes de buena fe adquieren las pinturas en una sala de subastas.

La STS 139/2007, de 23 de febrero sirve de refrendo de estos argumentos:

"Bajo el ordinal cuarto y por la vía del art. 849,1º Lecrim, se ha aducido indebida aplicación de los arts. 248 y 250,6 Cpenal. Ello porque faltaría la exigencia de engaño bastante requerida para el delito de estafa. Pues -se dice- los perjudicados (galerista el primero y el segundo notario) eran personas dotadas de formación e información suficiente como para haberse percatado de la falta de autenticidad de las obras que adquirieron.

Pero el tribunal de instancia ha discurrido de forma correcta sobre este asunto, poniendo de relieve que entre Secundino y el primero de los perjudicados actuó un mediador, del que el interesado en la operación ya había adquirido anteriormente obra auténtica de algún pintor de forma satisfactoria. Lo que, según se lee en la sentencia, unido a la cierta premura de que se revistió la operación, económicamente interesante, generó una apariencia de regularidad que dio lugar a una actitud confiada del comprador, que tampoco podría decirse de una falta de diligencia llamativa.



En el caso del segundo adquirente, su dedicación profesional no hace presumir necesariamente un conocimiento de experto en la obra del pintor de que se trata, e hizo lo que es normal en esta clase de mercado, que es acudir a un galerista confiando en que -como es lo más habitual- habría de operar conforme a la legalidad.

Es cierto que existe jurisprudencia de esta sala que ha negado la concurrencia de engaño relevante en casos de actuaciones expresivas de una actitud teñida de ostensible ligereza y, por tanto, inadecuada a tenor de las normas de diligencia habituales en el sector de actividad de que pudiera tratarse; como, por ejemplo, sería el caso de ausencia de precauciones elementales, de inexcusable adopción, en la práctica bancaria. Pero eso es algo que no puede predicarse de quienes contratan de buena fe en circunstancias de normalidad, con el titular de un establecimiento abierto al público, fiados en la calidad personal y profesional de quien les hace una oferta dotada de cierta seriedad, dentro del marco de una actividad negocial presumiblemente regular".

c) Insiste finalmente el recurso en la inexistencia de acto de disposición patrimonial: hay que remitirse a lo ya dicho: los compradores abonaron el precio establecido.

**CUARTO.**-Renunciados los motivos cuarto y quinto, el sexto y último vuelve a insistir en la falta de motivación reiterando argumentos ya contestados. Nos remitimos a los fundamentos anteriores.

**b).- Recursos de Zabala Leku S.L y de Felix**

**QUINTO:** Los dos recursos merecen un examen conjunto por su patente paralelismo. Son interpuestos por quienes acreditaron ostentar legitimación para activar el procedimiento por ser cesionarios o representantes legítimos de los derechos que se hacen valer.

El primer motivo de ambos se articula por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim; en concreto, por inaplicación del art. 270 CP.

La condena por tal delito fue revocada en la previa apelación, pronunciamiento del que discrepan ambas acusaciones que han logrado el apoyo del Fiscal a su pretensión. Se pretende rehabilitar en ese aspecto la sentencia de instancia. Se hacen valer razones sustantivas (primer motivo) y procesales (segundo motivo).

En el primer plano es rechazable la queja. La tesis de los recursos contradice la jurisprudencia que ya ha tenido ocasión de señalar que una acción como la descrita no constituye *plagio*, por tanto, queda fuera del radio de acción del art. 270. La propia sentencia que cita el Fiscal - STS 1276/2006, de 20 de septiembre- estudia pormenorizadamente esa cuestión llegando a la conclusión contraria a la que preconiza el Ministerio Público secundando a los recurrentes.

Dice ese precedente:

"En efecto por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta mas bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardiles y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales ( STS. Sala 1ª de 28.1.95).

A falta de otro criterio, la jurisprudencia ha operado atendiendo a las circunstancias concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, teniendo muy en cuenta que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a los derechos inmateriales, quedando reservada la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva. Si este modo de entender la función del Derecho Penal en la tutela de los derechos del autor es referible a todas las conductas relacionadas por el legislador, su importancia es máxima en el tema que nos ocupa en ausencia de otros parámetros mas definidos.

Es cierto que un sector minoritario de la doctrina y la circular de la Fiscalía General del Estado 2/89 de 20.4, en relación con la connotación de esta interpretación del tipo básico del antiguo art. 534 a) del CP. derogado con



la agravante de usurpar la condición de autor, mantuvo la opinión de que la usurpación no sería un "plus" sino un "alter" respecto al plagio, y al castigar la usurpación se conminaba en realidad la conducta antisimétrica del plagio: "atribuir a su autor una obra que no es de su creación con el fin doloso de aprovecharse de su fama y mérito intelectual", es decir, estaríamos ante una obra original cuya autoría se adjudica a alguien ajeno a su realización pero con su "buen nombre" puede prestigiar el producto, por eso se hable de "implantación" de la personalidad del creador.

Esta interpretación no parece aceptable, pues si hablamos de protección de los derechos que genera la creación intelectual, es de proteger ésta frente a intromisiones de extraños. Por tanto si la obra es original, su atribución a un autor falso sólo puede despertar en éste la indignación y procurar que se respete su "buen nombre", que bien pudiera quedar en entredicho al aparecer ante la opinión pública como creador de una obra de escaso relieve artístico. Ellos nos conduciría directamente al terreno de la lesión del derecho a la propia imagen y nos alejaría totalmente de la inobservancia de los derechos de autor.

En el plano penal, estas conductas podrían revestir los caracteres de un delito de falsedad o de estafa.

La polémica ha quedado en buena medida superada en el nuevo Código Penal al desaparecer en su integridad el subtipo agravado correspondiente al art. 534 bis b) 1º, castigándose en el tipo básico, art. 270, el plagio total o parcial en todo caso debe seguir manteniéndose el criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados, amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos habituales en estos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos artistas, y además se insiste, aunque es reprobable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra "per se" la figura del delito del art. 270 que lo único que sanciona es la "reproducción", "plagio", distribución de obras artísticas "originales", sin la autorización de sus titulares; es decir que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe".

Insistirá en esa tesis la STS 139/2007, de 23 de febrero.

Esta es, la argumentación convalidable que llevó al Tribunal Superior de Justicia a expulsar de la condena la tipicidad del art. 270 CP:

"Aun cuando la ley civil, ley de Propiedad Intelectual, no ofrece una definición de lo que deba entenderse por plagio, suele convenirse en que consiste en la ocultación del verdadero autor de la obra, con su consiguiente atribución falsa a un tercero o, como se ha dicho, supone "una apropiación intelectual o aprovechamiento de la labor creadora copiando o imitando sustancialmente la obra y aparentando ser su verdadero autor". Según la Real Academia Española de la Lengua, plagiar "es copiar en lo sustancial obras ajenas, **dándolas como propias**".

El plagio, en definitiva, consiste en una conducta que atrae hacia la autoría de quien la realiza la paternidad de una obra ajena.

**SEGUNDO.**-No toda infracción de los derechos morales y patrimoniales o "de explotación" del autor, de los llamados derechos de propiedad intelectual, es constitutiva de delito. Los hechos descritos en el relato de hechos probados son fácilmente concebibles como perjudiciales al menos moralmente para los autores a quienes falsamente se les atribuyen serigrafías que no eran suyas y reprochables, y podrían serlo, a no dudar, civilmente, y de estafa, delito que abordaremos al constituir objeto de la alzada; pero no como delito contra la propiedad intelectual, ya que -partiendo de la narración fáctica inalterable- no se da ninguna de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código, por más que el tribunal reitera su descripción como "plagio".

Por curioso o paradójico que pueda resultar, atribuir a artistas famosos o de renombre, lo no creado por ellos no es, en este caso, un **delito** contra la propiedad intelectual. La conducta denunciada no encaja en ninguna de las conductas típicas que describe el artículo 270 del Código penal que, propiamente, protegen los derechos patrimoniales del autor y en cuanto al plagio, aquí no se produce.

De otro lado, las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código penal se refieren todas a facultades comprendidas en el "derecho patrimonial de autor" o derechos de explotación excepto el "plagio", que protege una de las facultades que forman parte del "derecho moral de autor"; en concreto el derecho de este a "exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra", ex artículo 14-3º de la Ley de Propiedad Intelectual, aunque también indirectamente sus repercusiones económicas.

A diferencia de las otras conductas, insistimos, la LPI no define lo que entiende por "plagio", es decir "copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias". Y es aquí dónde radica el error de subsunción. Lo acaecido



en el caso trasluce una conducta opuesta, esto es la realización por alguien (el acusado o un tercero señala la sentencia), de una obra, serigrafías, y su atribución falsaria a creadores o artistas de renombre que no han sido los autores por más que imiten o copien sus obras, aprovechando su fama o prestigio para obtener un mayor beneficio, sin que podamos admitir una interpretación extensiva -proscrita en el ámbito penal especialmente- del concepto "plagio"; para incluir los hechos descritos en el *factum* que, en todo caso, tendrán protección en la esfera civil, o en el penal como delito de estafa, a la que nos referimos, seguidamente.

Tampoco hay "reproducción", a que el art. 270.1 CP se refiere porque, según el artículo 18 de la LPI, "se entiende por reproducción" la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella."

Es por todo ello, que procede la revocación de la sentencia, y la consiguiente absolución del acusado por el delito contra la propiedad intelectual por el que ha sido condenado.

**SEXTO.**-Los recurrentes alegan frente a ello que se ignora que la reforma de 2015 ha extendido el radio de acción del art. 270 añadiendo una cláusula abierta -*cualquier otra forma de explotación económica*- en la que sería factible encuadrar este género de conductas.

No podemos aceptar esa línea de razonamiento, voluntarista y forzada. No estamos ante una modalidad de explotación económica de los derechos de autor como se desprende de una lectura atenta de los preceptos de la legislación especial. El art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril establece como contenido de la propiedad intelectual *los derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*. Atribuir una obra a quien no ha participado en ella, no afecta a los derechos de propiedad intelectual así conformados normativamente. El retoque legislativo producido no incide en la doctrina asentada en esta Sala que se ha recogido en el fundamento anterior.

No hay explotación económica de alguno de los componentes de los derechos de propiedad intelectual. La prohibición de atribuir una obra a quien no es su autor no enlaza con la propiedad intelectual, sino con otros derechos.

**SÉPTIMO.**-El segundo y último motivo de ambos recurrentes protesta por el hecho de que la Sala de apelación haya modificado la sentencia sin contar con una impugnación específica sobre ese extremo. Hubiese sido más correcto que la Sala aflorase de alguna forma esa cuestión para someterla de forma explícita al principio de contradicción.

Tratándose de una revisión normativa favorable al reo y dados los términos amplísimos de la impugnación que constituía una *enmienda a la totalidad* de la condena, no puede calificarse de vulneradora de un derecho fundamental procesal esa actuación de oficio; máxime cuando las acusaciones han dispuesto de este otro escalón impugnativo -la casación- para cuestionar la interpretación de la Sala de apelación.

Desde luego, las cosas serían distintas si esa situación se plantease al revés: es decir, en perjuicio del acusado.

No ha padecido el principio *tantum devolutum quantum appellatum* la medida en que el recurso reclamaba la absolución por los dos delitos. Se acoge la pretensión aunque no por las razones probatorias alegadas, sino por otra jurídica.

**OCTAVO.**-Procede la condena en costas al desestimarse todos los recursos ( 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

**1.- DESESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por Norberto ; Felix **ZABALA LEKU SL** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de junio de 2023, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) y que condenó a Norberto como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual y un delito de estafa.

**2.- Imponer a Norberto , Felix y Zabala Leku SL el pago de las costas** de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.



Andrés Martínez Arrieta Manuel Marchena Gómez

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ