

AP Madrid, Sección 30ª, S de 30 de Junio de 2022

Ponente: Fernández Soto, Ignacio José - Nº de Sentencia: 364/2022 - Nº de Recurso: 1178/2018.

Ref. CJ 236821/2022

ECLI: ES:APM:2022:12211

ESTAFA.

Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386 Fax: 914934390

audienciaprovincial_sec30@madrid.org

GRUPO 4

N.I.G.: 28.079.43.1-2009/0461007

Procedimiento Abreviado 1178/2018 Mesa 9

Delito: Estafa

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 30 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 7388/2009

SENTENCIA Nº 364/2022

Sres. Magistrados

D. CARLOS MARTÍN MEIZOSO

D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO (Ponente)

D. ALBERTO MOLINARI LÓPEZ-RECUERO

En Madrid, a 30 de junio de 2022

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección 30ª de esta Audiencia Provincial la presente causa nº 1178/2022, diligencias previas nº 7388/2009, procedente del Juzgado de Instrucción nº 30 de Madrid seguidas por el delito de ESTAFA contra los acusados:

1º. Dª Teodora, con DNI NUM000, nacida en Valencia el NUM001 de 1.970, defendida por el Letrado D. FRANCISCO AGUADO ARROYO y representada por el Procurador D. LUIS GÓMEZ-LÓPEZ LINARES.

2º. Dª Apolonia, con DNI NUM002, nacida en Madrid el NUM003 de 1.958, defendida por el Letrado D. RAÚL VELÁZQUEZ GALLO y representada por la Procuradora Dª SANDRA ORERO BERMEJO.

3º. D. Alexander, con DNI NUM004, nacido en Barcelona el NUM005 de 1.960, defendido por el Letrado D. JULIÁN SUÁREZ-INCLÁN GÓMEZ y representado por la Procuradora Dª CARMEN ARMESTO TINOCO.

4º. D. Aquilino, con DNI NUM006, nacido en Alcantarilla (Murcia), el NUM007 de 1.955, defendido por el Letrado D. CASTO GALLARDO PESO y representado por la Procuradora Dª ALICIA PORTA CAMPBELL.

Como responsables civiles subsidiarios han figurado GESTIONES EMPRESARIALES Y DE COMERCIO, S.L., defendida por la Letrada Dª SOLEDAD SÁNCHEZ MUÑOZ y representada por la Procuradora Dª Mª LUISA MARTÍNEZ PARRA; KRISTAL COMPUTER, S.L., defendida por el Letrado D. MIGUEL DÍAZ VELASCO Y representada por la Procuradora Dª ANA Mª DEL OLMO GÓMEZ y PRIMA EUROPA MONITORS, S.A, defendida por el Letrado D. ISMAEL GARCÍA GAMBOA y representada por el Procurador D. ALFONSO DE MURGA FLORIDO.

Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª. CRISTINA JIMÉNEZ CASO, y ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO, el cual expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento abreviado fue incoado tras recibirse actuaciones del Grupo IX de la UDYCO contra Teodora, Apolonia, Eliseo y Aquilino, en cuanto administradores de las sociedades Prima Europa Monitors S.L. y Kristal Computer S.L, y Alexander y Eusebio, administradores de Gestiones Empresariales y del Comercio (GEMSECO), a raíz de hechos indiciariamente constitutivos de delito de estafa, investigados judicialmente en diligencias previas número 7388/2009 por el Juzgado de Instrucción número 30 de Madrid. Remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial y admitidas las pruebas que se estimaron oportunas, tuvo lugar el acto de juicio oral el día 30 de junio de 2022, con el resultado que es de ver en acta.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de un delito continuado de estafa de los [arts. 248, 249, 250.1](#). 5º y 74 del Código Penal, en la redacción dada por la [LO 1/2015](#) por ser más beneficiosa para los acusados, solicitando se impusiera a los acusados las penas de tres años y ocho meses de prisión, y costas, retirando la solicitud provisional de responsabilidad civil y por tanto la pretensión ejercitada frente a los responsables civiles subsidiarios.

TERCERO.- Las defensas, en sus conclusiones definitivas, solicitaron la libre absolución de los acusados, quedando el juicio visto para sentencia tras los informes de las partes y la audiencia de los acusados.

HECHOS PROBADOS

La mercantil PRIMA EUROPA MONITORS solicitó a la empresa POINT OF VIEW B.V., con sede en los Países Bajos, un suministro de material informático por importe de 112.545 \$ con arreglo a tres facturas proforma de fecha 6 de marzo de 2008, con vencimientos de cinco de mayo y 15 de junio de 2008. Dichas mercancías se entregaron a la mercantil, sin abonarse su importe a la fecha del vencimiento.

La mercantil KRISTAL COMPUTER, S.L., solicitó también a la empresa POINT OF VIEW B.V. otros pedidos de material informático por un importe total de 273.910 \$ conforme a cinco facturas proforma de febrero, marzo y abril de 2008 y vencimientos en abril y mayo de 2008. Dichas facturas no fueron abonadas.

La sociedad GESTIONES EMPRESARIALES Y DE COMERCIO, S.L., solicitó a la empresa BV INCOPARTS material informático por importe total de 48869 \$, conforme a dos facturas pro forma de abril de 2008 y vencimientos unos días después. Tampoco se abonaron dichos importes.

La acusada Teodora fue administradora única de la sociedad KRISTAL COMPUTER desde el 26 de octubre de 2005 hasta el 25 de abril de 2008 y de PRIMA EUROPA MONITORS desde el año 2001 hasta el 19 de mayo de 2008.

La acusada Apolonia fue administradora única de KRISTAL COMPUTER desde el 25 de abril de 2008 hasta el 14 de mayo de 2008 y de PRIMA EUROPA MONITORS, S.A., del 19 de mayo de 2008 al 20 de mayo de 2008.

El acusado Aquilino fue el último administrador de las sociedades KRISTAL COMPUTER y PRIMA EUROPA MONITORS, S.A., hasta su desaparición.

El acusado Alexander fue nombrado administrador de GESTIÓN EMPRESARIAL Y DEL COMERCIO, S.L., el 28 de mayo de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Valoración de la prueba y calificación jurídica

I. Señala la [STS 1278/2009, de 23 de diciembre](#) que esta Sala, SSTS. 1469/2000 (RJ 2000\8105) de 29.9, 1362/2003 (RJ 2003\7629) de 22.10, 564/2007 (RJ 2007\6973) de 25.6, 672/2009 de 25.6, 977/2009 de 22.10, tiene declarado que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala

(Sentencia 17 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8714) y Sentencia de 26 de junio de 2000 (RJ 2000\5794) , núm. 634/2000 , entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Por ello, sigue diciendo la sentencia, como decía la STS. 16.10.2007 (RJ 2007\7313), procede en sede teórica recordar la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS. 17.11.97 (RJ 1997\7986) , indica que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar **todo incumplimiento contractual**, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la **"sanción"** existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001 (RJ 2001\9476) de 29.10 - cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido,

prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998 (RJ 1998\3601) , 2 de marzo (RJ 2000\483) y 2 de noviembre de 2.000 (RJ 2000\8925) , entre otras).

De otra manera, como dice la STS. 628/2005 (RJ 2005\5861) de 13.5: "Por tanto, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTs 580/2000 (RJ 2000\3533) , de 19 de mayo y 1012/2000 (RJ 2000\5241) , de 5 de junio).

Por ello, El Tribunal Supremo ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión

impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96 (RJ 1996\3803)).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 (RJ 1994\3696) de 13.5 -. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91 (RJ 1991\6198) , 24.3.92 (RJ 1992\2435) , 5.3.93 (RJ 1993\1841) y 16.7.96 (RJ 1996\5915)).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, la jurisprudencia ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones

que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible. En ocasiones -precisa la STS. 1341/2005 (RJ 2006\41) de 18.11 - se designa a esta hipótesis como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

II. Tras la práctica de la prueba en el juicio oral, ha quedado acreditado que las distintas sociedades mencionadas encomendaron entregas de material informático a sendas empresas suministradoras, conforme a una serie de facturas proforma con pago aplazado, en unas ocasiones de varios meses, en otras de días. Por otra parte, no ha quedado acreditado ni durante la instrucción ni durante el procedimiento que dichas facturas fueran abonadas por las citadas mercantiles, que cesaron su actividad durante el año 2008 y desaparecieron de forma efectiva del tráfico mercantil. Se hace notar que el escrito de acusación únicamente relaciona la entrega del material solicitado por PRIMA EUROPA MONITORS, S.A., a POINT OF VIEW, B.V.

En el plenario no se ha practicado prueba alguna conducente a estimar que los pedidos efectuados por las distintas sociedades se hicieron simulando una solvencia de la que supuestamente se carecía, según el escrito de acusación. Es decir, no ha quedado acreditado el núcleo del comportamiento imputado a los acusados: que todas las indicadas sociedades eran insolventes al contratar y ocultaron dicha situación, mediante algún tipo de maquinación engañosa.

Uno de los testigos declaró que su empresa había sido adquirida por una persona no enjuiciada que colocó a testaferros al frente sin más intención que aprovecharse de su patrimonio y utilizarlas para defraudar a los proveedores, a quienes no se abonaban los pedidos. Aparte de la falta de corroboración objetiva de un testimonio que tiene un sesgo evidente, no se infiere del mismo, en relación con los hechos enjuiciados -estafa a los proveedores- la existencia de un dolo de naturaleza penal,

que implique un engaño. A lo sumo, un dolo antecedente civil, el de quien sin realizar maniobras engañosas simplemente contrata sin tener intención de pagar o confiando en eludir en el futuro sus obligaciones.

Cierto es que al parecer todas las sociedades dejaron de funcionar y quedaron sin patrimonio en fechas posteriores, según todos datos obrantes en la causa. Pero no hay prueba de la insolvencia anterior a la contratación que sería lo constitutivo de la estafa en el presente caso: contratar a sabiendas de la imposibilidad de pago. Ninguna actividad probatoria de tal naturaleza se ha practicado en el plenario.

Tampoco ha existido una mínima prueba acerca de la relación de los acusados con las concretas estafas que se les atribuyen. Por una parte, el citado testigo atribuye la dirección efectiva de las sociedades a una persona no enjuiciada y que había sido citada como testigo, aunque no compareció. Por otra, las fechas de nombramiento de administradores de las mercantiles no guardan siempre coherencia con las de la supuesta contratación mendaz por parte de los hoy acusados.

Finalmente, hemos de decir que en cualquier caso se impone el dictado de una sentencia absolutoria ante la falta de ejercicio efectivo de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal. Formalmente se ha mantenido la acusación; sin embargo, ante la falta de prueba en el plenario, bien por una instrucción incompleta, por desaparición de las sociedades perjudicadas o incomparecencia de testigos clave o por todas esas circunstancias, la acusación pública se ha limitado a ratificar formulariamente su escrito de acusación dejando al tribunal la decisión definitiva sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados. Como evidentemente es el tribunal quien debe dictar sentencia en cualquier caso, los términos en que se expresa el Ministerio Fiscal, con referencia incluida al principio de jerarquía que rige en dicha organización, implican el convencimiento personal de su representante en la vista de la absoluta falta de prueba que permita mantener la acusación. En estos términos, que el tribunal indague en las actuaciones en busca de pruebas documentales que acrediten todos o parte de los hechos atribuidos en el escrito de acusación, constituiría de facto una

actividad inquisitiva que vulneraría el principio acusatorio que rige en esta fase del proceso penal y la imparcialidad que debe observar el órgano enjuiciador.

SEGUNDO.- Costas procesales.

Según resulta de los [artículos 123 del Código Penal](#) y [240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) las costas se declararán de oficio en caso de sentencia absolutoria.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY

FALLAMOS

ABSOLVEMOS a Teodora, Apolonia, Alexander y a Aquilino del delito de ESTAFA por el que han sido acusados, declarando de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación a las partes.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Referencia Cendoj: 28079370302022100426