



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 1015/2013, de 23 de diciembre de 2013*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 593/2013*

### SUMARIO:

**Delito de Estafa. Engaño bastante. Negocio jurídico criminalizado. Timo del Nazareno. Inclusión del IVA en la determinación de valor de objetos defraudados o sustraídos a efectos de indemnización.** Para determinar el valor de lo sustraído o defraudado no debe atenderse a su valor de coste sino a precio o valor de cambio, que naturalmente incluye los impuestos correspondientes. Este es también el criterio sostenido, como regla general, en la Consulta 2/2009, de la Fiscalía General del Estado y en la redacción actual del art. 365.2 LECrim., que establece expresamente que: «La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público», precio que indudablemente incluye el IVA, conforme a la normativa del impuesto. En los negocios jurídicos criminalizados, el engaño bastante surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales. La aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección. Valoración de la prueba. La prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos; pero este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, siempre que estemos en presencia de prueba de cargo suficiente, válida, y la haya valorado razonablemente.

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28 b), 65, 109, 110, 111, 112, 114, 116, 126, 248, 249, 250.1 y 254.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Constitución Española, art. 24.2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 365.2.

**PONENTE:**

*Don Cándido Conde-Pumpido Touron.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil trece.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Juan María y Bernabe y por infracción de ley por Emiliano , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de octubre de 2012, en causa seguida a los mismos por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores D. Andrés Fernández Rodríguez, D. Benjamín González López y D<sup>ª</sup> M<sup>ª</sup> Isabel Ramos Cervantes, y como recurrida Ondas System S.L. representada por el Procurador D. Alejandro Viñambres Romero.

**I. ANTECEDENTES**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción num. 7 de Barcelona, instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 6/2012, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 3 de octubre de 2012, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Resulta probado y así se declara, que:"PRIMERO .- En fecha 19 de marzo de 1996 se constituyó en Barcelona la mercantil "Ondas System S.L." cuyo objeto social ha venido siendo la telefonía móvil, siendo su administrador único D. Juan , convirtiéndose en distribuidor oficial en Cataluña de "Vodafone España S.A.", en cuya condición realizaba contrataciones con los clientes y les ofertaba los servicios, con plena libertad de negociación, hasta el momento en



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

que se producía el alta con el operador, momento en que éste asumía la línea y prestaba el servicio al cliente, satisfaciendo al distribuidor una comisión por servicio contratado.

Segundo.

A principios de 2007, los acusados Bernabe , Emiliano y Juan María , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, concertados en la acción, idearon un plan para que los dos primeros obtuvieran un beneficio patrimonial a costa, al menos, de la reseñada mercantil Ondas System S.L., mediante la obtención de un importante número de líneas telefónicas, con sus correspondientes terminales de telefonía móvil que posteriormente no tenían intención de abonar, trasmitiéndolos lucrativamente a terceras personas. A tal efecto, convinieron que el acusado Sr. Bernabe , experto en el sector indicado ya que había venido trabajando como comercial de telefonía en otra empresa del ramo ("Imdega S.A."), contactaría -como así hizo- con D. Severino , comercial de Ondas System S.L. al que había conocido tiempo antes en un curso organizado por Vodafone, comunicando a este último que tenía necesidad de hacer unas líneas de móviles para empresas y la distribuidora para la que trabaja él no podía hacerse cargo de ello dado el volumen importante de la operación, citándole en un despacho que resultó ser del acusado Sr. Juan María , quien conocedor del ánimo de lucro ilícito que inspiraba la actuación de los dos acusados restantes, cedió las dependencias donde ejercía su actividad profesional en su condición de gestor de las empresas "Vernon Consulting Group S.L. y Gabinete de Asesoría Empresarial Gala", para que se reunieran en ellas los Sres. Bernabe e Emiliano con quien o quienes representasen a Ondas System S.L., dotando así de mayor seriedad a la negociación y generando en definitiva un clima de confianza en quienes habrían de suministrar las líneas telefónicas con sus terminales, despacho en el que hasta en dos ocasiones se reunió el citado Sr. Severino con los tres acusados perfilando las líneas de la operación, hablándose en un principio de que necesitaban entre doscientas o trescientas líneas dado que su intención era constituir empresas con sus correspondientes servicios para ofrecerlas ulteriormente ya con los mismos, entre ellos el de telefonía móvil, a terceros con el fin de que desarrollaran sus negocios.

Tercero.

Dada la entidad de la operación, de la que el Sr. Severino puso en antecedentes a sus superiores, en concreto a D. Juan , administrador y gerente de Onda System S.L. y a D. Armando , jefe de ventas, éstos quisieron conocer de primera mano a quienes estaban interesados en contratar las líneas con sus terminales habida cuenta la importancia del



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

negocio, tomando así de modo directo conciencia de lo que pretendían, concertándose al efecto una reunión en el despacho una vez más del acusado Sr. Juan María , en la que estuvieron presentes el mencionado Sr. Juan María , el coacusado Sr. Emiliano y los ya mencionados Sres. Juan y Armando , junto con el comercial Sr. Severino , por parte de Ondas System S.L., informándoles los primeros a estos últimos de sus propósitos en términos prácticamente idénticos a los que habían comunicado a dicho comercial en las reuniones precedentes, ocultando obviamente el auténtico fin que perseguían, hablándose de forma más detallada de precios, promociones, tipos de terminales que querían, etc, quedando en que a medida que se fueran determinando las empresas para las que se precisaban las líneas con sus terminales se irían cursando las correspondientes altas y facilitando los teléfonos.

Cuarto.

Como consecuencia de la estrategia diseñada por los acusados, Don. Emiliano constituyó las sociedades "Kartos Glent S.L.", "Linger Dult S.L.", "Winser Blint S.L.", "Verent Doyt S.L.", "Pinzer Troida S.L.", "Wonda Dolk S.L.", "Earty Bigrest S.L.", "Biliter Sert S.L.", "Zabra Leng S.L." y "Hound Grant S.L.", colocando como administradores de ellas a personas de su círculo más próximo, como su madre o su hermana, figurando él personalmente como administrador de la última de las indicadas, llevándose a cabo por el Sr. Juan María todos los trámites necesarios a nivel de Notaría y Hacienda para la efectiva constitución de las reseñadas sociedades, haciéndose llegar tras ello a "Ondas System S.L." la documentación relativa a tales mercantiles, sus administradores, números de cuentas bancarias, CIF, así como cuantos otros documentos requirió el operador que era quien en último término tenía que dar el visto bueno a la contratación, logrando finalmente los acusados que se diesen de alta 540 líneas, de las que se activaron finalmente 498, (las restantes hasta las 540 no se dieron al descubrirse el ilícito actuar de los acusados) entregándoseles 540 terminales, siendo 140 de éstos de la marca Samsung modelo D900 y los 400 restantes de la marca Sharp modelo GX17 tal como exigieron los acusados, terminales de los que "Ondas System S.L." no disponía en la cartera de Vodafone, viéndose obligada a adquirirlos en el mercado, abonando su importe que ascendió a 83.004'96 euros, entregando dicha sociedad al acusado Sr. Juan María la suma de 3.132 euros por su intermediación en la operación.

Quinto.

A medida que se iban dando de alta a las líneas, Ondas System S.L., por medio de su comercial Severino , fue haciendo entrega de las correspondientes tarjetas y los terminales al acusado



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Emiliano , logrando finalmente introducir éstos en el mercado mediante su venta a terceros, figurando entre éstos el ciudadano israelí D. Lucio con quien el citado Sr. Emiliano suscribió contrato en fecha 27 de febrero de 2007 por el que dicho acusado, actuando en representación de la mercantil "Hound Grant S.L.", se comprometió a suministrar a "IP Ware S.L.", representada por el Sr. Lucio , 720 tarjetas de telefonía Vodafone para que las explotase, terceros con los que negoció al efecto con carácter previo el acusado Bernabe , no satisfaciéndose el importe de los teléfonos a Ondas System S.L. y dejándose de abonar las importantes facturas que las líneas comenzaron a generar, motivando ello que Vodafone España S.A. las diera finalmente de baja, dejando de ingresar así Onda System S.L. la comisión que le hubiera correspondido de llegar a buen puerto la operación, sin que haya quedado acreditado el importe concreto a que ascendía tal comisión.

Sexto.

En el despacho del acusado Sr. Juan María se confeccionó por éste el contrato con el ciudadano israelí Lucio , habiendo redactado igualmente en fecha 20 de febrero de 2007 un contrato de prestación de servicios entre los coacusados Bernabe y Emiliano en el que se hacía figurar al primero como "el cliente" y al segundo como "el proveedor", haciéndose constar que el primero encargaba al segundo, entre otros particulares, la constitución de diez sociedades, la contratación con Vodafone de 700 líneas de voz con sus terminales, procediéndose a la entrega de las líneas y los teléfonos según se fuera disponiendo de ellos, conociendo el Sr. Juan María que los términos del contrato no respondían en puridad a la realidad ya que los Sres. Bernabe e Emiliano se habían concertado para obtener a través de Ondas System S.L. la activación de una serie de líneas telefónicas y la entrega de sus correspondientes terminales, que venderían ulteriormente para obtener un beneficio económico, incumpliendo la contraprestación a que se obligaban a través de la contratación con Ondas System S.L."

**Segundo.**

La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a Bernabe , Emiliano y Juan María en concepto, los dos primeros, de autores y el tercero de cooperador necesario de un delito de estafa, precedentemente definido, sin la concurrencia en su actuación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de dos años de prisión, multa de ocho meses con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sufragio pasivo durante la condena y pago de las costas procesales, con inclusión de las devengadas a instancia de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a D. Juan , como legal representante de Ondas System S.L., en la cantidad de 83.004'96 euros por el importe de los terminales, así como en la cantidad que en ejecución de sentencia se determine en concepto de comisión dejada de percibir al haberse dado de baja, como consecuencia de la fraudulenta actuación de los acusados, las líneas telefónicas que se activaron, con el límite claro está de la suma reclamada por dicho concepto por la acusación particular, suma que se determinará mediante certificación que al efecto expida Vodafone España S.A. Asimismo, el acusado Juan María deberá indemnizar al Sr. Juan en la suma de 3.123 euros por la comisión cobrada por el mismo, cantidades que se incrementarán con el interés del art 576 de la L.E.Civil ."

#### **Tercero.**

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Juan María y Bernabe y por infracción de ley por Emiliano , 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.

#### **Cuarto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Juan María , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º, inciso primero de la L.E.Crim ., por aplicación indebida e infracción de los arts. 248.1 , 249 y 250.1.6 del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos anterior a la reforma de la L.O. 5/2010 (actual 250.1.5 del Código Penal). SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º, inciso primero de la L.E.Crim ., por indebida aplicación y haberse infringido el art. 28, inciso 2º, apartado b9 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º, inciso primero de la L.E.Crim ., por inaplicación e infracción del art. 65, apartado tercero del Código Penal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º, inciso primero de la L.E.Crim ., por infracción de los artículos 109 , 110 , 112 , 114 , 116 y 126 del código Penal , en relación con la responsabilidad civil. QUINTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho fundamental a



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la apreciación del a prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal.

La representación de Emiliano , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim . por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Bernabe , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 21.7 del Código Penal y vulneración del art. 66.1 y art. 66.2 del Código Penal , al no aplicarse la dilación indebida. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2, de la L.E.Crim ., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

#### **Quinto.**

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 10 de diciembre pasado.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 3 de octubre de 2012 , condenó a los acusados Bernabe , Emiliano y Juan María , como autores de un delito de estafa a la pena de dos años de prisión y multa. Frente a ella se articulan los recursos de los tres condenados, fundados en un total de diez motivos.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que los acusados Bernabe , Emiliano y Juan María , a principios de 2007, idearon un plan para obtener un elevado beneficio patrimonial a costa de la mercantil Ondas System S.L., aparentando solvencia para adquirir a crédito un importante número de terminales de telefonía móvil, con sus correspondientes



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

líneas telefónicas asociadas, que no tenían ninguna intención de abonar, trasmitiéndolos posteriormente a terceras personas.

La mercantil "Ondas System S.L.", constituida en Barcelona el 19 de marzo de 1996, tenía como objeto social la telefonía móvil, siendo su administrador único D. Juan , y actuando como distribuidor oficial en Cataluña de "Vodafone España S.A.", en cuya condición realizaba contrataciones con los clientes y les ofertaba servicios, con libertad de negociación.

Para la realización de la operación los acusados convinieron que el acusado Sr Bernabe , experto en el sector, ya que había trabajado como comercial de telefonía en otra empresa del ramo, contactase con un comercial de Ondas System S.L. al que había conocido tiempo antes, comunicándole que tenía necesidad de contratar líneas de móviles para empresas y que la distribuidora para la que trabajaba no podía hacerse cargo de ellas, dado el volumen de la operación. Seguidamente le citó en el despacho del acusado Sr Juan María , quien, conocedor del ánimo de lucro ilícito que inspiraba la actuación de los otros acusados, cedió las dependencias donde ejercía su actividad profesional como gestor de empresas, para celebrar reuniones con los representantes de Ondas System S.L., dotando así de seriedad a la negociación y generando un clima de confianza en quienes habrían de suministrar las líneas telefónicas con sus terminales.

En el despacho del Sr Juan María se reunieron en dos ocasiones los tres acusados con el comercial de Ondas System S.L perfilando las líneas generales de la operación, hablándose en un principio de que necesitaban entre doscientas o trescientas líneas dado que su intención era constituir empresas con sus correspondientes servicios, entre ellos el de telefonía móvil, para ofrecerlas a terceros.

Dada la entidad de la operación, el administrador y gerente de Onda System S.L. y su jefe de ventas, quisieron conocer de primera mano a quienes estaban interesados en contratar las líneas con sus terminales, concertándose al efecto una reunión en el despacho del acusado Sr Juan María , en la que estuvieron presentes el titular del despacho, el coacusado Sr Emiliano y los tres representantes ya mencionados de Ondas System S.L. En esta reunión los acusados contaron a los representantes de Ondas System, una versión prácticamente idéntica a la que habían presentado en las reuniones precedentes, ocultando el auténtico fin que perseguían, que era el de obtener sin coste los terminales para revenderlos, hablando de forma más detallada de precios, promociones, tipos de terminales que querían, etc., y acordando que a





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

medida que se fueran determinando las empresas para las que se precisaban las líneas con sus terminales se irían cursando las correspondientes altas y facilitando los teléfonos.

Como consecuencia de la estrategia diseñada por los acusados, el acusado Sr Emiliano constituyó diez sociedades, colocando como administradores de ellas a personas de su círculo más próximo, como su madre o su hermana, figurando él personalmente como administrador de una de ellas. Seguidamente se hizo llegar a "Ondas System S.L." la documentación relativa a dichas sociedades mercantiles, sus administradores, números de cuentas bancarias, CIF, así como cuantos documentos requirió el operador, Vodafone, que era quien tenía que dar el visto bueno a la contratación. Logrando finalmente los acusados que se diesen de alta 540 líneas, de las que se activaron finalmente 498, (las restantes no se llegaron a dar de alta al descubrirse el ilícito actuar de los acusados), recibiendo 540 terminales, 140 de la marca Samsung modelo D900 y los 400 restantes de la marca Sharp modelo GX17, como exigieron los acusados. "Ondas System S.L." no disponía de dichos terminales en la cartera de Vodafone, viéndose obligada a adquirirlos en el mercado, abonando su importe que ascendió a 83.004'96 euros, entregando dicha sociedad al acusado Sr Juan María la suma de 3.132 euros por su intermediación en la operación.

A medida que se iban dando de alta las líneas, Ondas System S.L., fue haciendo entrega de las correspondientes tarjetas y los terminales al acusado Emiliano, quien logró introducirlos en el mercado mediante su venta a terceros, figurando entre éstos un ciudadano israelí con quien el Sr Emiliano suscribió contrato en fecha 27 de febrero de 2007 por el que dicho acusado se comprometió a suministrar 720 tarjetas de telefonía Vodafone, habiendo negociado previamente este contrato el acusado Sr Bernabe

El importe de los teléfonos no se pagó a Ondas System S.L. y también se dejaron de abonar las facturas que las líneas comenzaron a generar. Por ello Vodafone España S.A. las dio de baja, dejando de ingresar Onda System S.L. la comisión que le hubiera correspondido, sin que haya quedado acreditado su importe.

En el despacho del acusado Sr Juan María se confeccionó por éste el contrato con otro ciudadano israelí, habiendo redactado igualmente en fecha 20 de febrero de 2007 un contrato de prestación de servicios entre los coacusados Bernabe e Emiliano en el que se hacía figurar al primero como "el cliente" y al segundo como "el proveedor", haciéndose constar que el primero encargaba al segundo, entre otros particulares, la constitución de diez sociedades, la contratación con Vodafone de 700 líneas de voz con sus terminales, procediéndose a la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

entrega de las líneas y los teléfonos según se fuera disponiendo de ellos. El Sr Juan María conocía que los términos del contrato no respondían a la realidad ya que los Sres. Bernabe e Emiliano se habían concertado previamente para obtener a través de Ondas System S.L. la activación de una serie de líneas telefónicas y la entrega de sus correspondientes terminales, que venderían ulteriormente para obtener un beneficio económico, incumpliendo la contraprestación a que se obligaban con Ondas System S.L.

#### **Segundo.**

El motivo del recurso interpuesto por el condenado Juan María que debe ser analizado en primer lugar es, por razones sistemáticas, el interpuesto como motivo quinto, por presunción de inocencia. Y ello porque cuestionándose en este motivo la prueba de los hechos, y formulándose los motivos anteriores por infracción de ley, la estimación de este motivo por presunción de inocencia dejaría sin contenido todos los demás.

Alega la parte recurrente que se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia porque se ha condenado al recurrente como colaborador necesario en un delito de estafa sin que consten hechos objetivos y pruebas documentales de su colaboración con los otros acusados, fundándose la sentencia de instancia en meras interpretaciones subjetivas. Considera el recurrente que no existe prueba de su conocimiento del ánimo de lucro ilícito de los otros dos acusados, ni de que estuviese concertado con ellos.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada. Parámetros que, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

### **Tercero.**

En el caso actual la Sala sentenciadora dispuso, como prueba de cargo sobre la participación del recurrente en la estafa, de la declaración del Administrador único de la sociedad mercantil Ondas System S.L., perjudicada por el delito, quien intervino personalmente en la negociación del pedido realizado por los acusados, y que manifiesta de modo expreso que la actuación del recurrente Sr Juan María durante las negociaciones fue determinante para cerrar el contrato, pues fue la persona que, por su posición y por ser el titular del despacho donde se celebraron las conversaciones, les transmitió mayor confianza.

Ha de tenerse en cuenta que la estafa objeto de acusación y condena en la presente causa es una modalidad actualizada del clásico engaño conocido como "timo del Nazareno", que, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo STS de 1 de abril de 2004 , o entre las más recientes STS 415/2013, de 23 de mayo ), consiste en un negocio jurídico criminalizado que utiliza como mecánica fraudulenta la creación de una apariencia de solvencia para realizar bajo su cobertura pedidos de bienes que no se tiene intención de pagar y que se revenden rápidamente.

Pues bien, en esta modalidad de estafa, la creación de una apariencia de solvencia empresarial por parte de quien realiza los pedidos al proveedor perjudicado, es decisiva para la efectividad



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

del engaño, por lo que la participación del recurrente aportando dicha apariencia, al proporcionar su despacho como gestor de empresas como lugar para la realización de las negociaciones, y participar directamente en las mismas, constituyó un factor decisivo en la realización de la estafa, como se deduce meridianamente de la propia declaración del perjudicado.

Junto a esta base probatoria dispuso la Sala sentenciadora de las declaraciones testimoniales de Severino , comercial de Onda System, y Armando , jefe de ventas de la misma empresa, quienes manifestaron que los tres acusados intervinieron de consuno en las negociaciones, solicitando la concesión de las líneas telefónicas y la entrega de los terminales, presentándose el Sr Juan María como un cliente más.

En consecuencia, la inferencia del Tribunal sentenciador en el sentido de que los tres acusados actuaban de común acuerdo, es plenamente conforme con la lógica y las normas de experiencia, no apreciándose vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El hecho de que el recurrente no figurase como firmante en el contrato con Onda System justifica que la Sala de instancia no le haya considerado como autor, en sentido propio, pero no excluye su colaboración, que dada su relevancia para configurar un elemento esencial de la estafa como es la eficacia del engaño, ha de calificarse como cooperación necesaria.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

#### **Cuarto.**

El segundo motivo que debe ser analizado, también por razones sistemáticas por afectar al relato fáctico, es el formulado en sexto lugar por la parte recurrente, al amparo del art 840 2º de la Lecrim , por error de hecho en la valoración de la prueba.

El motivo se apoya conjuntamente en una larga serie de documentos, contratos, facturas y albaranes esencialmente, así como en los folios de las actuaciones donde constan la declaración como imputado del propio recurrente, las declaraciones de los coimputados y las declaraciones testimoniales de los perjudicados, para intentar demostrar que, a su entender, no ha quedado probada su participación en la estafa.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849 2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren, entre otros, los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; en consecuencia, en el caso actual la declaración como imputado del propio recurrente, las declaraciones de los coimputados y las declaraciones testificales de los perjudicados, carecen de efectividad alguna para que pueda prosperar este motivo de recurso.

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; en consecuencia la documentación citada por el recurrente, contratos, facturas y albaranes, es irrelevante para que pueda prosperar el motivo, dado que no son documentos literosuficientes, pues lo que pueden acreditar, (que el recurrente no fue parte formal en el contrato), no está en contradicción con ningún elemento fáctico de la sentencia de instancia, la cual en momento alguno sitúa al recurrente como parte contractual, sino que fundamenta su condena en la colaboración prestada para aparentar solvencia, es decir para dotar de eficacia al engaño.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

#### **Quinto.**

El primer motivo del recurso interpuesto por este condenado, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración de los arts. 248 1 º, 249 y 250 1 6º CP 95, negando que en su actuación concurriese engaño pues se limitó a prestar sus servicios como gestor de una de las partes contratantes, facilitando su despacho para la celebración de reuniones entre las partes, considerando adicionalmente que el perjuicio sufrido por la Onda System fue consecuencia exclusiva de su falta de diligencia en la contratación.

El cauce casacional utilizado exige el respeto del relato fáctico. En éste consta que los acusados, actuando de común acuerdo, simularon solvencia, preconfigurando un montaje empresarial y un sofisticado plan de negocio, para inducir a error a una empresa proveedora



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

con la finalidad de que les suministrase un elevado número de teléfonos móviles, así como las líneas asociadas correspondientes, sin ánimo alguno de pagarlos, con el único fin de revenderlos inmediatamente y aprovecharse del precio obtenido. El engaño es claro, por lo que el motivo carece de fundamento.

En la variedad de estafa denominada " negocio jurídico criminalizado ", que es la que concurre en el caso actual, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo 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.

De este modo el infractor se aprovecha de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyendo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, y desplegando una actuación que desde que se concibe y planifica prescinde 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 ( STS 12 de mayo de 1998 , 23 y 2 de noviembre de 2000 , 16 de octubre de 2007 y núm. 400/2013 , de 16 de mayo, entre otras).

En consecuencia, la concurrencia de engaño es manifiesta en el caso actual, pues la ocultación a los proveedores de la voluntad de impago de los terminales y líneas telefónicas contratados está perfectamente acreditada. El recurrente contribuyó al engaño de un modo decisivo, pues fue quien dio cobertura a la operación, proporcionando la apariencia de solvencia, derivada de la confianza que suscitaban, en primer lugar, la utilización de su despacho profesional para la celebración de las reuniones, en segundo lugar su intervención personal en las negociaciones, y, en tercer lugar, su participación en la redacción y confección de los contratos .

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, en lo que se refiere a esta primera alegación de falta de colaboración en el engaño.

#### **Sexto.**

Considera adicionalmente el recurrente que el perjuicio sufrido por Onda System fue consecuencia exclusiva de su falta de diligencia en la contratación, lo que a su entender excluye la estafa, citando la STS de 21 de septiembre de 1988 , según la cual, se dice, " el



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos".

Esta afirmación, de ser cierta en los términos expresados, debería conducir, como mínimo, a la supresión del delito de hurto, en casos de descuido del perjudicado, o a la derogación de la modalidad de apropiación indebida prevenida en el art 254 CP 95, que brinda una específica protección penal a víctimas negligentes que transmiten dinero o alguna otra cosa mueble por error.

Pero, como veremos, no lo es. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988 , ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del "punto de vista" de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este "punto de vista", propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

**Séptimo.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Las SSTs 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril de 2013 , entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004 , 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000 , 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 , y 162/2012 , de 15 de marzo, entre otras, 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.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999 , 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012 , de 15 de marzo, 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 actúe 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.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

#### **Octavo.**

Reconocen las referidas SSTs 162/2012, de 15 de marzo , 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril , entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que " esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad , como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño".

Ahora bien, como señalan las SSTs 162/2012, de 15 de marzo , 243/2012, de 30 de marzo , y 344/2013, de 30 de abril , cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño , exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo , se subraya también en la misma línea, que " Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado " .

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo , " el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo , " un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio , que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa" .

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas . Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008 , STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo , el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante".

#### **Noveno.**

Y, en el caso actual, es indudable que los perjudicados confiaron en los acusados porque estos recurrieron a una modalidad de engaño clásico, aparentando solvencia mediante la presentación de un articulado plan de negocio y el recurso a procedimientos comerciales y a personas que generaban confianza, mediante una sofisticada puesta en escena, para concertar un contrato que, desde el primer momento, no tenían ninguna intención de cumplir, y por el que solo pretendían obtener bienes y servicios a crédito para revenderlos de modo inmediato.

El engaño surge porque los autores simularon de modo deliberado un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretendían aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obligaba la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose de la confianza y la buena fe de los perjudicados con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, instrumentalizando los esquemas contractuales al servicio de un ilícito afán de lucro propio.

Por todo ello la concurrencia de engaño antecedente, no tenía por qué ser prevista por las víctimas, que en una economía normal de mercado confiaban en que los acusados cumplirían las prestaciones concertadas, de la misma forma que los perjudicados habían cumplimentado las suyas.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del motivo.

#### **Décimo.**

El segundo motivo del recurso interpuesto por la representación de este condenado, también por infracción de ley, denuncia la supuesta violación del art 28 2º inciso b), alegando que no concurren los requisitos de la cooperación necesaria.

El cauce seleccionado implica el respeto del relato fáctico. Del mismo puede deducirse que el recurrente contribuyó a la estafa de un modo decisivo, proporcionando la apariencia de solvencia que es imprescindible para configurar el engaño en esta modalidad de estafa, pues



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

fue quien dio cobertura a la operación gracias a la confianza que suscitaban, en primer lugar, la utilización de su despacho profesional para la celebración de las reuniones, en segundo lugar su intervención personal en las negociaciones, y, en tercer lugar, su participación en la redacción y confección de los contratos .

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**Undécimo.**

El tercer motivo, también por infracción de ley, alega vulneración por falta de aplicación del art 65 3º CP . Considera la parte recurrente que el Sr Juan María participó en el delito como "extraneus", por lo que debió ser condenado a una pena inferior.

El motivo carece de fundamento. El delito de estafa objeto de acusación y condena no constituye un delito especial propio que exija especiales condiciones o cualidades a los autores. En consecuencia el recurrente no es un "extraneus", y no le resulta aplicable el párrafo tercero del art 65 CP .

En cualquier caso la pena impuesta es moderada, pues se ha señalado en la mitad inferior de la establecida legalmente.

**Décimo segundo.**

El cuarto motivo, por el mismo cauce casacional, denuncia infracción de los art 109 , 110 , 111 , 112 , 114 , 116 y 126 CP 95, referidos a la responsabilidad civil, alegando que al no haber percibido el recurrente un beneficio patrimonial, porque los terminales telefónicos fueron entregados en su mayoría a los Sres. Emiliano y Bernabe , habiendo recibido únicamente la cantidad de 3.132 euros, no debió haber sido condenado al pago de la misma indemnización que los demás acusados.

Ocurre, sin embargo, que en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida se lee que todos los acusados se concertaron entre sí para la realización de la estafa, por lo que todos ellos asumieron la misma responsabilidad, y les debe corresponder la misma cuota en la indemnización civil.

Debiendo tenerse en cuenta, además, que conforme al artículo 116 2º CP 95, los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidarios entre sí por



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sus cuotas, considerándose incluidos a los cooperadores necesarios dentro de la clase de los autores, conforme dispone el art 28 apartado b) CP .

#### **Décimo tercero.**

El único motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Sr Emiliano , por error en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º, se apoya como documentos en el contrato celebrado entre él mismo y el acusado Sr Bernabe , de 20 de febrero de 2007, en diversos albaranes de entrega y en el contrato firmado por el propio acusado con D. Lucio . Alega la parte recurrente que el Sr Emiliano se limitó a cumplir el contrato que tenía con el acusado Sr Bernabe , y que de los albaranes se deduce que fue el Sr Bernabe quien recibió los terminales telefónicos.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos. Los documentos citados por la parte recurrente no son literosuficientes, pues únicamente acreditan que se suscribió un contrato y diversos albaranes, pero nada pueden acreditar sobre el contenido de las demás pruebas, como las declaraciones de los propios perjudicados y coimputados, de las que el Tribunal sentenciador deduce razonadamente la connivencia de los acusados en la acción concertada que constituye la estafa enjuiciada.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

#### **Décimo cuarto.**

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Sr Bernabe , por vulneración constitucional al amparo del art 852 Lecrim , denuncia como vulnerado el art 24.2 CE por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Alega el recurrente que no existe prueba de su participación en el delito de estafa habiéndose limitado a actuar



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

como intermediario entre los proveedores de líneas telefónicas y los adquirentes de las mismas.

Como sucede con los otros acusados, en esta causa cada uno acusa a los demás y alega no tener responsabilidad alguna en la confección de la trama.

Sin embargo la prueba practicada, que es directa en lo que se refiere a las declaraciones de los propios perjudicados, e indiciaria en cuanto al contenido de la documentación aportada y las declaraciones de los coimputados, pone de relieve que todos y cada uno de los condenados participaron en la acción delictiva, concertándose entre sí y repartiéndose los papeles, correspondiéndole en concreto al Sr Bernabe , como conocedor del mercado de móviles, ponerse en contacto con un comercial de la empresa Ondas System, para tentarle con una gran operación que podría determinar una venta muy importante y buenas comisiones, figurando además como el empresario que encomendaba a Emiliano la constitución de las sociedades para dar cobertura a la adquisición de los móviles.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

#### **Décimo quinto.**

El segundo motivo de este recurso, por infracción de ley, alega indebida inaplicación del art 21 6º por no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas.

El motivo carece de fundamento, en primer lugar porque se trata de una cuestión nueva, que no consta planteada en la instancia, y en segundo lugar porque la parte recurrente no relaciona los períodos de supuesta inactividad procesal que pudiesen justificar la apreciación de las dilaciones, al margen de que la duración del proceso no es desproporcionada atendiendo su complejidad.

#### **Décimo sexto.**

El tercer motivo, por error en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º, denuncia la inclusión del IVA en el precio de los terminales adquiridos, a efectos de indemnización.

Alegación que carece de fundamento, en primer lugar porque no tiene ninguna relación con el cauce casacional empleado, y en segundo lugar porque es notoria la doctrina de esta Sala (STS 360/2001, de 27 de abril ), conforme a la cual, y como regla general, para determinar el valor



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de lo sustraído o defraudado no debe atenderse a su valor de coste sino a precio o valor de cambio, que naturalmente incluye los impuestos correspondientes.

Este es también el criterio sostenido, como regla general, en la Consulta 2/2009, de la Fiscalía General del Estado y en la redacción actual del artículo 365 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece expresamente que: "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público", precio que indudablemente incluye el IVA, conforme a la normativa del impuesto, como se razona profusamente en la referida Consulta.

Con la nueva redacción de este precepto se intentó poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia en las diferentes Audiencias, circunstancia que se veía agravada por la falta de acceso de la cuestión al criterio interpretativo unificador de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pues mientras unas Audiencias Provinciales fijaban el valor de lo sustraído partiendo del denominado coste de reposición -al que se sumaban los gastos de transporte-, otras sostenían que ese valor venía determinado por el precio -sin más adjetivaciones-, y una tercera corriente interpretativa optaba por deducir de éste último el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) y el margen comercial o de beneficio.

El Tribunal Constitucional, por medio de Auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, despejó definitivamente las dudas acerca de la constitucionalidad del citado párrafo segundo del artículo 365 de la LECrim. Afirma el Alto Tribunal que la norma analizada es susceptible de ser interpretada y aplicada de una forma natural, dada su sencillez, sin que su contenido pueda generar confusión o dudas de ningún índole, argumentando que su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post.

En consecuencia, despejadas las dudas de constitucionalidad del precepto, su aplicación debe garantizar la seguridad jurídica en esta materia, unificando la valoración de lo sustraído en función del precio de venta al público del producto, incluido el IVA correspondiente.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En el caso actual, nos encontramos ante una defraudación, pero la regla aplicable debe ser la misma, pues el perjuicio ocasionado consistió, en principio, en el precio que debieron abonar los perjudicados para adquirir los terminales que entregaron a los condenados, precio que incluía el correspondiente IVA, y que al no ser vendidos los terminales constituyó un gasto neto.

Procede, por todo ello, la integra desestimación de la totalidad de los recursos interpuestos, con imposición a los recurrentes, de las costas de los mismos.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Juan María y Bernabe y por infracción de ley por Emiliano , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de octubre de 2012 , en causa seguida a los mismos por delito de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.