



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 3

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357125

Fax.: 942357130

Modelo: C1920

Proc.: **APELACIÓN SENTENCIAS
PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Nº: **0000007/2016**

NIG: 3808741220130009210

Resolución: Sentencia 000414/2017

Procedimiento Abreviado 0000161/2015 - 00
JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador
Apelante		MARTA MESONES MEGONES
Denunciante		

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

CANTABRIA

ROLLO DE SALA

Nº: 7/2016.

SENTENCIA Nº 000414/2017

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.

Magistrados:

Dª MARÍA ALMUDENA CONGIL DÍEZ.

D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

En Santander, a quince de Diciembre de dos mil
diecisiete.



Este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, ha visto en grado de apelación la presente causa penal, seguida por el Procedimiento Abreviado, procedente del JUZGADO DE LO PENAL N° TRES DE SANTANDER, Juicio Oral N° 161/2015, Rollo de Sala N° 7/2016, por delito de estafa, contra D. _____, cuyas demás circunstancias personales ya constan en la Sentencia de instancia, representado por la Procuradora Sra. Mesones Mesones y defendido por la Letrada Sra. Pelayo Díaz.

Siendo parte apelante en esta alzada D. _____, y parte apelada el MINISTERIO FISCAL, en la representación que ostenta del mismo el Ilmo. Sr. D. Ángel Emilio Santiago Ruiz.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sección Tercera, D. AGUSTÍN ALONSO ROCA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia de instancia, y

PRIMERO: En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el JUZGADO DE LO PENAL N° TRES DE SANTANDER se dictó sentencia en fecha diez de Noviembre de dos mil quince, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, son del tenor literal siguiente:

"HECHOS PROBADOS:

De las pruebas practicadas ha resultado probado, que _____, nacido el 30/9/83,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por: Varios

sin antecedentes penales, con ánimo de obtener un beneficio ilícito, el día 20 de junio de 2.013, recibió de D. , en su cuenta nº

, la cantidad de 650 €, que éste abonó desde su cuenta bancaria correspondiente a la oficina de la entidad "BBVA", sita en la localidad de Torrelavega (partido judicial de Torrelavega), por la compra de un teléfono móvil, marca "iPhone 5 64 G" y que previamente el acusado había ofertado en la página web " ", sin que en ningún momento tuviera intención de cumplir su compromiso de entrega del artículo y sin que haya devuelto el dinero al comprador.

El perjudicado reclama las cantidades que legalmente le correspondan.

FALLO:

Que debo condenar y condeno a --

, como autor penalmente responsable, de un delito de estafa del artículo 248 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

1) A la pena para de **NUEVE MESES DE PRISION con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**

2) Y a que indemnice a D.

, en la cantidad de 650 €, con aplicación de los intereses del art. 576 de la LEC.

3) Así como al abono de las costas procesales causadas".

SEGUNDO: Por D. , con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada al efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Tercera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

TERCERO: En la tramitación de este juicio en la alzada se han observado las prescripciones legales excepto la de dictar sentencia en el plazo señalado en el artículo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por acumulación de asuntos pendientes y otros de naturaleza preferente.

HECHOS PROBADOS

UNICO: Se aceptan los de la sentencia de instancia, anteriormente reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia que le condena como autor de un delito de estafa del artículo 248 del Código Penal a pena de nueve meses de prisión, accesorias, costas e indemnización al perjudicado, se alza en apelación la defensa del acusado, alegando que no consta en el caso de autos la existencia del engaño como elemento del tipo, pues se ofreció al perjudicado para devolverle el dinero por éste pagado ante la imposibilidad sobrevenida de la entrega del artículo ofertado. Como quiera que en el proceso penal rige el principio de intervención mínima, procede la libre absolución del acusado al tratarse de una cuestión civil. Subsidiariamente se postula la imposición de la pena mínima de seis meses de prisión.



El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y solicitó la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: El recurso no puede prosperar.

En primer lugar, y por lo que al principio de intervención mínima del Derecho Penal se refiere, ha de recordarse que dicho principio no está dirigido a los jueces, sino al Legislador. Tal principio supone que el derecho penal, como derecho sancionador que es, ha de reservarse para aquellos supuestos que, por su entidad, el Legislador considere que tienen entidad suficiente para merecer una sanción de mayor entidad que las puramente administrativas o reglamentarias.

Indudablemente estafar es una acción de la suficiente gravedad como para requerir una expresa tipificación en el ordenamiento jurídico penal, bien como delito leve (estafas de cuantía inferior a 400 euros), bien como delito menos grave (estafas de los artículos 248 y 249 del Código Penal), bien como delito grave (estafas de los artículos 248 y 250 y estafas impropias).

En el caso de autos hablamos de una estafa de 650 euros, constitutiva por tanto de un delito menos grave.

En esa tesitura no cabe hablar de intervención mínima del Derecho Penal.

En segundo lugar, dice el recurrente que falta el elemento típico del delito de estafa, el engaño, la voluntad de producir un engaño en el sujeto pasivo susceptible de provocar en él un desplazamiento patrimonial perjudicial, y ello -dice- porque le ofreció devolverle el dinero al perjudicado.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Nada más lejos de la realidad. De entrada, el acusado no compareció al acto del juicio para exponer su versión de lo acontecido, por lo que la Sala no puede saber qué argumentación pensaba exponer para justificar la inexistencia de esa voluntad engañosa que su defensa niega. O qué le dijo al denunciante cuando éste le reclamó el teléfono móvil que había pagado. O qué hizo para intentar devolverle el dinero a éste. Lo único que sabe la Sala es que el acusado puso un iPhone a la venta en , que el Sr. le pagó el precio del mismo y que el acusado ni le ha mandado el móvil, ni ha explicado por qué no se lo mandó, ni le ha devuelto el dinero pagado por dicho Sr. , sin decirnos por qué.

El perjudicado Sr. expuso en el plenario cómo contactó por con el acusado -que vendía en dicha página web un teléfono móvil iPhone 5 64 Gb por 650 euros-, cómo procedió a transferir a la cuenta corriente que le dio el acusado el coste del teléfono -cuyo titular era el propio acusado-, cómo el acusado le acusó recibo y cómo no le envió el teléfono móvil. También dijo que no le devolvió el acusado cantidad alguna (minuto 3:55 de la grabación del juicio), a pesar de decirle que le iba a transferir dicha suma.

Que el perjudicado abonó el teléfono está más que acreditado (folio 6).

Poner un objeto a la venta en una web, concertar los términos del contrato con el interesado en comprarlo, recibir el precio de venta y no entregar el objeto de la compraventa al comprador es, desde luego, un incumplimiento de contrato, pero lo que diferencia el mero ilícito civil del delito de estafa es la existencia del **engaño**. Como recuerda la reciente STS de 21-11-2017, el delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, conocer aquellos datos, no habría realizado.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En el caso de autos quien ofrece a la venta en una página web un objeto es porque dispone de ese objeto. Quien no dispone del mismo y sin embargo lo ofrece a la venta está engañando a los destinatarios de la oferta. En el presente caso, el comprador, engañado, pagó el precio ofertado en el modo y forma que se le exigía, en la creencia de que, como en cualquier transacción efectuada a través de Internet, el ofertante le iba a enviar el objeto ofrecido y comprado. No fue así. El acusado nunca envió el teléfono, ni explicó por qué no lo enviaba, pero sin embargo sí recibió el dinero del comprador, que incorporó a su patrimonio, sin que el Sr. volviera a saber nada del móvil o de su dinero.

La voluntad engañosa se desprende, nítida y prístinamente, de un hecho sumamente revelador: el pago por transferencia se hizo el 20-6-2013 (folio 6) y el acusado canceló la cuenta bancaria en la que recibió la transferencia ocho días después, el 28-6-2013 (folio 12), obviamente después de vaciarla, y para evitar retroacciones bancarias.

Item más cuando encima el acusado mintió en su declaración judicial instructoria, cuando dijo que había devuelto el dinero. Algo que ha resultado, además de no acreditado, falso, como constató en el juicio el perjudicado Sr. , y como acreditan las comunicaciones en que figuran al folio 56.

Las tres sentencias firmes (folios 104 a 107) que condenan al acusado como autor de sendos delitos de estafa, además de la que ahora se recurre, acreditan que el mismo es reo habitual de tales tipos penales, por lo que de ninguna manera cabe imponer la pena en su mínimo absoluto, como subsidiariamente se postula.

El recurso está abocado a su íntegra desestimación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por: Varios

TERCERO: Las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpretados a la luz de lo dispuesto en el artículo 901 de la misma Ley, en criterio conforme establecido por todas las Secciones de esta Audiencia Provincial de Cantabria tras el Pleno de Magistrados de fecha 3-4-1998, habrán de serle impuestas a la parte apelante condenada cuya petición fuere totalmente desestimada, cual es el caso.

Por cuanto antecede, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS:

Que desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. , contra la sentencia de fecha diez de Noviembre de dos mil quince dictada por el Juzgado de lo Penal N° TRES de Santander, en los autos de Juicio Oral N° 161/2015, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, y de la que se unirá



certificación literal al Rollo, juzgando, lo
pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la presente
sentencia en audiencia pública por el Ilmo. Sr.
Magistrado Presidente que la suscribe en el día de la
fecha, doy fe yo el Letrado de la Administración de
Justicia.