



Roj: **SAP M 2779/2018 - ECLI: ES:APM:2018:2779**

Id Cendoj: **28079370032018100127**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **1636/2017**

Nº de Resolución: **185/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **EDUARDO VICTOR BERMUDEZ OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2779/2018,**
STS 2109/2019

Sección nº 03 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035

Teléfono: 914934543,914934731

Fax: 914934542

Grupo de Trabajo: MT

37051530

N.I.G.: 28.079.43.1-2015/0045982

Procedimiento Abreviado 1636/2017

Delito: Estafa

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 463/2015

D. TOMAS YUBERO MARTINEZ

SECRETARIO DE SALA

ROLLO SALA: 1636/17

PROCEDIMIENTO ABREVIADO: 463/15

JUZGADO INSTRUCCION Nº 17 - MADRID

SENTENCIA NUM: 185/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILMOS. SRES DE LA SECCION TERCERA

D. MARIA PILAR ABAD ARROYO

D. EDUARDO VICTOR BERMUDEZ OCHOA

D. AGUSTIN MORALES PEREZ ROLDAN

----- **En Madrid, a 7 de marzo de 2018.**

Vista el día 1 de marzo de 2018 en juicio oral y público ante la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial, la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid seguida por delito de estafa, contra **Romulo** , con



DNI nº NUM000 , mayor de edad, hijo de Sergio y de Covadonga , natural de Las Palmas de Gran Canaria y vecino de Telde (Las Palmas) C/ DIRECCION000 , nº NUM001 NUM002 , sin antecedentes penales, sin que conste solvencia, y en libertad provisional por esta causa.

Han sido parte el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Da. María Valencia Fernández. La **Acusación Particular** de Luis Enrique , Juan Antonio , Benjamín , Carmelo y Damaso , representados por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, y defendidos por el Letrado D. Javier Anastasio Maestre Rodríguez. Dicho **Acusado** representado por la Procuradora D^a Sandra Osorio Alonso, y defendido por la Letrada D^a María Carmen Cabrera Alvarez; y como **Responsables Civiles Subsidiarias** la entidad "Host Europe Iberia SL", representada por la Procuradora D^a Marta Cendra Guinea y defendida por la Letrada D^a María Fernanda López Fernández; y la entidad "Cloudtd Trading&DEVS LTD", representada por la Procuradora D^a María de los Angeles González Rivero y defendida por el Letrado D. José David Ruiz García.

Ha sido **Ponente** el Ilmo. Sr. Magistrado D. EDUARDO VICTOR BERMUDEZ OCHOA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito continuado de estafa, previsto y penado en los arts. 248.1 , 249 y 74 del Código Penal ; reputando como responsable del mismo en concepto de autor al acusado Romulo ; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; solicitando las penas de dos años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de costas. El acusado deberá indemnizar a Damaso en la cantidad de 873,18 euros; a Luis Enrique en 4.995,70 euros; a Benjamín en 978,39 euros, a Carmelo en 991,31 euros, y a Juan Antonio en 3.982,26 euros, en todos los casos con el interés legal previsto en el art. 576 LEC . Es responsable civil subsidiaria la entidad "Cloudtd Trading&DEVS LTD", y se retira la petición de responsabilidad civil a cargo de la entidad "Host Europe Iberia SL".

SEGUNDO .- La Acusación Particular de Luis Enrique , Juan Antonio , Benjamín , Carmelo y Damaso , en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito continuado de estafa agravado por el abuso del crédito empresarial, previsto y penado en los arts. 248 y 250.1.6 del Código Penal , y subsidiariamente un delito de apropiación indebida del art. 252; reputando como responsable del mismo en concepto de autor al acusado Romulo ; no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad; solicitando las penas de tres años de prisión y multa de nueve meses si se aplica el art. 250; subsidiariamente si se aplica el tipo básico, las penas de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de costas, y declarar la obligación de restituir los bienes y reparar el daño causado atendiendo al valor actual del bitcoin en el mercado.

TERCERO .- La defensa del acusado Romulo en sus conclusiones definitivas interesó la libre absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables, y alternativamente, solicitó la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal , como muy cualificada, solicitando la pena de seis meses de prisión.

CUARTO .- La defensa de la entidad "Cloudtd Trading&DEVS LTD" en sus conclusiones definitivas interesó la libre absolución de su patrocinada con todos los pronunciamientos favorables.

QUINTO .- La defensa de la entidad "Host Europe Iberia SL" en sus conclusiones definitivas interesó la libre absolución de su patrocinada con todos los pronunciamientos favorables.

II. HECHOS PROBADOS

De la apreciación de la prueba practicada el Tribunal tiene por probado, y así se declara:

UNICO .- El acusado Romulo , mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando a través de la empresa de su titularidad "Cloudtd Trading&DEVS LTD" que había fundado en Londres y de la que era administrador único, y a través de la página web de dicha empresa www.cloudtd.es, alojada en los servidores de la entidad "Host Europe Iberia SL", movido por un ánimo de enriquecimiento ilícito y aparentando una solvencia de la que carecía, suscribió diversos contratos de Trading de Alta Frecuencia en virtud de los cuales se comprometía a gestionar los Bitcoins que le fueron entregados en depósito por cada uno de los contratantes, debiendo reinvertir los eventuales dividendos y entregar al vencimiento del contrato las ganancias obtenidas ,a cambio de una comisión que retendría.



En estas condiciones el día 22 de agosto de 2.014 suscribió con Damaso un contrato en relación a 2,25 bitcoins con un valor en ese momento de 873,18 euros. Con Luis Enrique el día 25 de agosto de 2.014 el correspondiente contrato en relación a 13 bitcoins con un valor en ese momento de 4.995,70 euros. Con Benjamín el día 18 de septiembre de 2.014 el contrato en relación a 3 bitcoins con un valor en ese momento de 978,39 euros. Con Carmelo en fecha 24 de septiembre de 2.014 el contrato relativo a 3 bitcoins con un valor en ese momento de 991,31 euros. Y con Juan Antonio el día 11 de octubre de 2.014 el contrato relativo a 14 bitcoins con un valor en ese momento de 3.982,26 euros.

En el momento de concertar los expresados contratos el acusado tenía la intención de apoderarse de los bitcoins recibidos sin ánimo de cumplir sus obligaciones. No consta que haya realizado operación alguna. No ha devuelto tampoco cantidad alguna a los denunciantes por ningún concepto, pese a los múltiples requerimientos recibidos al efecto.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248.1 y 249 del Código Penal .

La doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre las más recientes, de 7 de mayo y 9 de diciembre de 2010 , 9 de marzo , 11 de mayo y 12 de diciembre de 2011 , 13 de noviembre de 2013 , 27 de noviembre , 3 y 9 de diciembre de 2014 , 18 , 19 , 23 y 25 de junio y 23 de septiembre de 2015 , 29 de febrero , 3 de marzo , 2 y 17 de junio y 13 de octubre de 2016) define como elementos esenciales del delito de estafa los siguientes: **a)** un engaño precedente o concurrente, concebido con un criterio amplio, dada la variedad de supuestos que la vida real ofrece, y que consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso o en el ocultamiento de hechos verdaderos; **b)** dicho engaño ha de ser bastante para conseguir los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso; **c)** producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de lo que constituía la realidad; **d)** un acto de disposición patrimonial por la víctima del ardid, en perjuicio de sí mismo o de tercero como resultado o consecuencia de la mencionada disposición; **e)** nexo causal entre el engaño del autor y el acto de disposición de la víctima, de manera que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente con la dinámica defraudatoria, lo que excluye el dolo sobrevenido y no anterior al negocio de que se trate; **f)** ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos. Por último, la infracción delictiva se consuma cuando concurren la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos descritos, es decir, cuando el mecanismo engañoso surte sus efectos sobre la voluntad del sujeto pasivo moviéndole a desprenderse de sus bienes en beneficio de la persona que utilizó el engaño.

2. El requisito fundamental y más característico de esta infracción delictiva lo constituye el engaño, consistente en la argucia o ardid de que se vale el infractor para inducir a error al sujeto pasivo o provocar un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, que vicia su voluntad y su consentimiento y le determina a entregar alguna cosa o a realizar una prestación que de otra manera no habría realizado. Tiene que ser necesariamente antecedente, causante y bastante. Antecedente porque ha de preceder y determinar el consecutivo acto de desplazamiento; causante, porque debe estar ligado por un nexo causal con dicho acto dispositivo, de forma que éste haya sido generado por aquél; y, por último, bastante, en cuanto debe tratarse de una acción adecuada y proporcional para la consecución de los fines propuestos cualquiera que sea su modalidad, debiendo tener entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial y dé lugar al fraude.

Como una modalidad de estafa se encuentra la que ha venido llamándose como negocio jurídico criminalizado, que aparentemente proviene del orden jurídico privado, civil o mercantil, y en el que concurren formalmente los elementos precisos para su existencia, de manera que un contratante simula el propósito serio de concertar un determinado negocio valiéndose de la buena fe del contrario, cuando en realidad sólo tiene intención de beneficiarse de las prestaciones que ha de realizar la parte contraria sin ánimo de cumplir las propias obligaciones. El dolo antecedente y el engaño propiciador se articula creando la apariencia de un contrato civil mediante negocio soporta del fraude el despliegue de actividades engañosas para convencer a la contraparte de la realización de lo que se presenta como un aparente negocio jurídico inocuo, cuya conclusión significa un acto de disposición y el subsiguiente perjuicio en el patrimonio del afectado (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2010 , 10 de mayo y 27 de diciembre de 2013 , 5 de febrero y 23 de octubre de 2014 , 2 y 29 de enero de 2015 , 14 de julio de 2016 , 1 de marzo y 5 de abril de 2017).

En estos supuestos, el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar muy parcialmente un cumplimiento aparente para desembocar en un incumplimiento definitivo, evidenciando como el contrato



concluido es una ficción al servicio del fraude, porque o bien se oculta el decidido propósito de incumplir la propia contraprestación, o se silencia la imposibilidad de satisfacerla en que se encuentra el agente, apreciación que se deriva del conjunto de indicios que rodean el nacimiento negocial y el posterior desarrollo contractual, y que lleva a establecer su distinción con los negocios válidos pero posteriormente incumplidos en que existe el aludido engaño previo, en tanto la distinción entre el dolo civil y el dolo penal estriba precisamente en el criterio de la tipicidad; es decir, que si el comportamiento que se juzga es subsumible en un precepto penal el dolo será de esta naturaleza, y en los demás casos se estará en presencia del llamado dolo civil (Sentencias de 24 de julio de 2001 , 11 y 13 de junio de 2002 , 27 de marzo de 2003 , 25 de marzo , 10 de mayo y 20 de septiembre de 2004 , 15 de julio y 7 de diciembre de 2005 , 16 de octubre y 10 de diciembre de 2007 , 5 de febrero y 14 de octubre de 2014).

En este caso entendemos que la realidad de un engaño precedente se deriva de las siguientes consideraciones, sobre las que se abundará en el momento de valorar las pruebas practicadas:

- a) La total falta de acreditación por parte del acusado de haber realizado ninguna de las operaciones contratadas, acreditación que se encontraba exclusivamente a su alcance si hubiera realizado alguna de dichas operaciones. No ha existido ni siquiera un inicio aparente de las operaciones pactadas, y se descubre que la intención del acusado era la de escudarse en la volatilidad del mercado y el carácter de alto riesgo de la inversión, circunstancias a las que se alude en los contratos suscritos, para intentar justificar la pérdida total de las inversiones.
- b) La omisión de devolución de ninguna de cantidad a los perjudicados, pese a las sucesivas afirmaciones y protestas en sentido contrario. En definitivas, el acusado no ha cumplido ninguna de las condiciones pactadas.
- c) La conducta nítidamente elusiva que ha mantenido a lo largo de la vida negocial, tanto desde su inicio como cuando expiró el período de duración pactado en cada uno de los contratos. Y también durante la tramitación de esta causa, en tanto no ha intentado siquiera proporcionar explicación alguna hasta el momento de la formulación del escrito de defensa, y en el juicio oral.

En los primeros momentos de vida de algunos de los contratos concluidos, el acusado remitió unos aparentes informes quincenales, en los que sin embargo no aporta el código de identificación de las operaciones que pretendidamente recogía en los mismos. Cuando se produce la interrupción de los mencionados informes, comienza a realizar alegaciones elusivas en base a una situación familiar de enfermedad de su pareja que dice le ha dificultado el seguimiento de las operaciones, e introduce como interlocutores a otras pretendidas personas, Adrian y Noemi con atribución de funciones en un organigrama empresarial irreal: el primero dice ser la persona que está cubriendo la relación con clientes durante la baja del acusado, y la segunda se presenta como responsable del área de desarrollo de la empresa, cuando consta declarado por el acusado que él era la única persona que gestionaba la empresa. Además, tales personas no pudieron resultar localizadas con tales datos en las bases policiales, como declaró en el juicio el agente de la Policía Nacional con carnet profesional NUM003 , Instructor del atestado.

3. No es posible apreciar la concurrencia de la circunstancia específica recogida en el art. 250.1.6ª del Código Penal , en su vertiente relativa al aprovechamiento de la credibilidad empresarial, que solicita la Acusación Particular.

Dicha circunstancia atiende al concurso de una particular credibilidad empresarial que determine una especial facilidad para ser sujetos pasivos de la defraudación, por concurrir una situación de desigualdad de fuerzas desde la perspectiva de las cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa. Por consiguiente, en estos casos, además de quebrantar la confianza genérica que es característica de las figuras de estafa o apropiación indebida, se realiza la actividad típica desde una mayor y cualitativamente diferente confianza y credibilidad.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial ha exigido unánimemente que dicha confianza derive de una previa relación distinta y precedente de la que ha dado lugar al hecho delictivo, por lo que el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa. En caso contrario resultaría de aplicación la previsión del art. 67 del Código Penal y la prohibición de doble valoración que establece, y en cuya virtud los elementos del tipo no pueden ser valorados también como circunstancias agravantes (Sentencias de 7 de diciembre de 2005 , 7 de junio de 2006 , 13 de diciembre de 2007 , 29 de enero y 15 de abril de 2009 , 10 de diciembre de 2010 23 de diciembre de 2010 , 17 de junio y 22 de diciembre de 2015 , 25 de abril , 27 de julio , 7 y 12 de diciembre de 2016 , 19 de abril y 12 de julio de 2017).



En este caso, la confianza a que se refiere la acusación particular es la de carácter genérico que dio lugar a solicitar los servicios profesionales del acusado por razón de su aparente prestigio en las redes sociales, y el hecho de radicar la sede de su empresa en Londres, elementos fácticos que forman parte del medio engañoso mismo en que se apoyaron los actos de disposición, y no puede tomarse nuevamente en consideración para sustentar la agravación.

SEGUNDO .- De dicho delito se considera responsable en concepto de autor al acusado acusado Romulo ; por su participación directa, material y voluntaria en los hechos a tenor de lo dispuesto en el art. 28 del Código Penal .

1. La realidad de los hechos declarados probados en el relato histórico de esta resolución deriva de la prueba documental incorporada a las actuaciones, particularmente los contratos que obran adjuntos a la denuncia inicial de las actuaciones, y sobre los que nada ha objetado la defensa; y además, el informe remitido por la Brigada de Policial Judicial de Las Palmas en relación al funcionamiento de la moneda criptográfica, unido al folio 123 de las actuaciones.

A) Reconocemos valor probatorio a la relación de los correos electrónicos también unidos a la denuncia, en cuanto han sido expresamente reconocidos en cuanto a su contenido por todos y cada uno de los testigos en relación a los que remitieron y a los que recibieron. Sin embargo, la defensa impugnó los mencionados documentos por primera vez en el acto de la vista oral.

La introducción de una prueba electrónica en el juicio oral con carácter documental la inserta en el debate procesal con sometimiento a la contradicción de las partes, que ciertamente podrán impugnar su contenido, su forma de acceso al proceso y sus condiciones de autenticidad e integridad.

Es de aplicación al caso la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo y 27 de noviembre de 2015 , relativas a diálogos mantenidos a través de Tuenti u otros sistemas bidireccionales tipo "whatsapp", cuando se discute la falta de autenticidad del diálogo mantenido. En estos casos, la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas dada la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, posibilitan crear la apariencia de una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria, y será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Si no concurre el reconocimiento del imputado, las citadas sentencias expresan que el solo testimonio de los denunciados no sería suficiente para destruir la presunción de inocencia, salvo que concurran signos o modos de expresión de los que indudablemente cupiera entender que no tienen más procedencia que la del acusado, y aun así, debería obrarse con total cautela.

En el caso que enjuicamos la Sala considera que no hay duda de la remisión de tales mensajes por el acusado, conclusión que se sustenta como se dijo en las declaraciones de los testigos participantes en la elaboración de los correos analizados, que entendemos sinceras por su espontaneidad en la expresión, pero además en el concurso de elementos indiciarios que apoyan inequívocamente sus explicaciones:

a) En primer lugar, la circunstancia de que el acusado no ha negado la realidad y autenticidad de estas conversaciones hasta el acto del juicio oral, siendo así que de no ser ciertas, no se comprende por qué no lo denunció desde el primer momento.

b) En segundo lugar, el acusado ha reconocido la realidad de las cuentas de correo de origen, y trata de explicar los mencionados correos en ataques intrusivos recibidos de hacker desconocidos, sobre los que dice fue alertado por el servidor; sin embargo, sobre este posible aviso nada ha acreditado.

Se trata de una explicación contraria a las reglas de la lógica, pues de un lado, no se descubre qué hipotético interés podrían tener los pretendidos intrusos en asumir la personalidad del acusado en el ámbito de su contratación, y de otro, el propio contenido de las conversaciones en relación a ciertas vicisitudes contractuales coincide con las explicaciones que el propio acusado ha vertido en el juicio. Tales extremos no los podían conocer los pretendidos intrusos: así cuando los correos expresan inicialmente que los defectos de información obedecen a incidencias técnicas del servidor; o cuando afirman que estaba gestionando una ampliación de capital con objeto de cubrir las pérdidas sufridas, y que además estaba dispuesto a reintegrar no sólo la totalidad de la inversión sino además un 10% adicional, y finalmente cuando se informa de que se ha parado el algoritmo. Tales afirmaciones coinciden con las explicaciones proporcionadas por Romulo .



Además, se comprueba que la derivación al contacto con Adrian se produce en un mensaje remitido desde la cuenta del acusado el día 10 de noviembre de 2014 (folio 21), donde expresa que pone en copia una dirección del correo de Adrian en el dominio cloudtd.es.

c) Además de lo dicho, los mensajes remitidos a Romulo por los denunciados a partir de la entrada de Adrian introducen en copia al mencionado Adrian. Si no fuera Romulo quien remitió los contactos al tal Adrian, la única reacción lógica habría sido la de alertar de que desconocía quien era dicha persona.

Finalmente, la propia parte que impugna la autenticidad de los documentos, aportó en el acto de la vista oral copias de correos recibidos de contrario, en lo que implica un reconocimiento implícito de la autenticidad de los primeros.

B) Además de lo dicho, consideramos que los informes finales explicativos de la evolución de las inversiones que se afirman fueron remitidos por el acusado, y que están unidos al escrito de defensa, en realidad no fueron enviados en momento alguno y han sido elaborados después con una finalidad exculpatoria. Esta conclusión se sustenta en la negativa de todos los denunciados de haberlos recibido, en la circunstancia de que tales documentos no aparecieran con anterioridad como sería lógico si fueran verdaderos, y además en el dato relevante de que la carta que se presenta tiene en todos los casos la fecha del 3 de diciembre de 2014, siendo así que en algunos casos la carta es anterior a la pretendida fecha de elaboración del informe (folio 321).

Por otro lado, los mencionados informes carecen por completo de valor probatorio en relación a las operaciones que aparecen reseñadas. No son otra cosa que una relación de operaciones unilateralmente elaborada, pero a la que falta el único dato objetivo que resultaría inequívocamente demostrativo de la realidad de dichas operaciones, que no es otro que el código de identificación de cada una de ellas, dado que Bitcoin mantiene un listado de todas las transacciones que se han realizado en la red desde su comienzo, sin que los registros de las transacciones realizadas puedan ser alterados. Dicha prueba se encuentra exclusivamente al alcance del acusado, que debe operar con su clave privada asociada, de manera que su decisión de omitirla sólo a él puede perjudicar.

Es necesario considerar que el principio de presunción de inocencia deriva a la acusación la carga material de la prueba en relación a los hechos constitutivos de la infracción penal. Pero no significa que el acusado resulte sin más ajeno a la necesidad de probar sus propias afirmaciones, como pretende la defensa. Así se desprende de la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional 87/01 de 2 de abril, 18/05 de 1 de febrero, 48/06 de 13 de febrero y 29/08 de 20 de febrero. Por consiguiente, a quién afirma la realidad de un hecho positivo o impeditivo le corresponde su prueba (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre y 11 de octubre de 2001, 25 de enero, 22 y 30 de abril, 19 de junio, 2 de julio y 23 de diciembre de 2002, 20 y 30 de mayo de 2003, 3 de junio y 8 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2015; sentencia del Tribunal Constitucional 36/96 de 11 de marzo). En definitiva, los hechos impeditivos o extintivos no están cubiertos por la presunción de inocencia ni por el principio in dubio pro reo. Cuando el acusado proporciona una versión exculpatoria o coartada, no cabe imponer a la acusación una probatio diabólica de hechos negativos y exigirle que demuestre la falsedad de estas afirmaciones. El proceso penal también se rige por el principio de igualdad de armas, que es el lógico corolario del principio de contradicción: las partes cuentan con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (Sentencia del Tribunal Constitucional 186/90 de 15 de noviembre).

Además de lo dicho, las fluctuaciones negativas que aparentemente ofrecen dichos informes, recogiendo grandes pérdidas que están orientadas a justificar el apoderamiento de los bitcoins, no se adecúa a la fluctuación real del valor de la moneda virtual en el período a que se refiere el informe, como se observa en el documento aportado a tal fin por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio.

2. No se reconoce credibilidad alguna a las explicaciones proporcionadas por el acusado por primera vez en el acto de la vista oral. Sorprende además a la Sala que la primera explicación que dio el acusado en el juicio oral en relación a la pretendida pérdida total de las inversiones se sustentó en la afirmación de que el importe de las comisiones generadas por las operaciones llevadas a cabo fue superior al valor que quedaba en cada una de las cuentas, de manera que el capital resultó inferior a la comisión derivada de las transferencias. Todo ello basado en el elevado número de las operaciones efectuadas, dado que el algoritmo calculaba la cotización cada cinco segundos. Ahora bien, si se aceptara como cierto el número de operaciones que el acusado afirma haber realizado en cada caso en los informes finales unidos al escrito de defensa, es patente que las comisiones abonadas, que cifró en un 0,1%, en modo alguno pudieron consumir el valor total de las inversiones.

Pese a lo anteriormente expuesto, en el propio acto de la vista oral al contestar a su defensa, sustentó la pérdida de las inversiones en la alta volatilidad del mercado, y su condición de alto riesgo, circunstancias de las que los denunciados estaban debidamente informados en el tenor de los contratos.



Cabe decir, que las dos explicaciones propuestas resultan contradictorias. Y además, que el riesgo de la inversión elevada sobre el que se advertía es el derivado de eventuales fluctuaciones negativas que, sin embargo no se produjeron, pues ya se expuso como el valor del bitcoin durante el período contractual fue estable.

TERCERO .- 1. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La defensa alega la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del Código Penal , que considera deben aplicarse con la consideración de muy cualificadas. No se proporciona un sustento explícito de tal pretensión, ni se expresan los períodos de eventual paralización de la causa.

Por una parte, la jurisprudencia ha venido declarando que para la apreciación de dicha pretensión, es preciso que el interesado previamente haya intentado hacer valer ante el órgano jurisdiccional su derecho fundamental, solicitando la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso, y ello como manifestación del deber de colaboración que compete a la parte, y que puede configurarse como una verdadera carga procesal (Sentencias del Tribunal Constitucional 140/98 de 29 de junio , 32/99 de 8 de marzo , 18/2000 de 31 de enero , 38/2000 de 14 de febrero , 87/2000 de 27 de marzo , 118/2000 de 5 de mayo , 303/00 de 11 de diciembre , 310/00 de 18 de diciembre , 28/01 de 29 de enero , 51/02 de 25 de febrero , 153/05 de 6 de junio , 233/05 de 26 de septiembre , 82/06 de 13 de marzo , 4/07 de 15 de enero , 73/07 de 16 de abril , 5/10 de 7 de abril y 126/11 de 18 de julio ; Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero , 11 de abril , 11 y 13 de junio , 18 de septiembre , 30 de octubre y 9 de diciembre de 2003 , 2 de abril , 25 de junio , 17 de septiembre , 4 y 22 de octubre y 24 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2005 , 7 de febrero de 2007 , 5 de noviembre de 2009 y 12 de julio de 2012).

En segundo lugar, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 , 2 de marzo y 17 de julio de 2006 , 6 de marzo , 20 de abril , 4 , 6 , 7 y 18 de junio y 31 de octubre de 2007 , 19 de noviembre de 2008 , 5 de noviembre y 1 de octubre de 2009 , 6 de mayo , 21 de julio y 10 de noviembre de 2011 , 12 de julio de 2012 , 27 de febrero , 4 de abril y 23 de diciembre de 2013 , 21 de enero y 19 de mayo de 2014 , 29 de febrero , 14 y 15 de abril de 2016 y 18 de octubre de 2017 , rechazan la pretensión meramente genérica sustentada en la mera duración del proceso, sin especificar los plazos de paralización y sus causas. Por consiguiente, es carga del que pretende la atenuante designar los folios de la causa que reflejan las dilaciones, determinando el plazo concreto de retraso y su carácter indebido, o la existencia de actuaciones supérfluas, y ello es necesario para poder debatir y controlar si cabe o no considerar que la paralización está o no justificada, y en este caso ponderar la excepcionalidad de lo extraordinario de la dilación. La dilación solamente es indebida por razón de la falta de justificación de esas paralizaciones y no por el mero dato de la duración de todo el procedimiento o algunas de sus fases.

Sin embargo, también se ha declarado que la denuncia no es necesaria en los casos de existencia de dilaciones muy notables (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2003 y 7 de julio de 2004); y por otra parte, ha procedido a moderar la obligación o carga de denunciarlas expresando que el acusado no tiene que renunciar a la prescripción (Sentencias de 29 de septiembre de 2005 , 8 de marzo y 21 de junio de 2006 , 15 de febrero , 18 de mayo y 4 de junio de 2007), circunstancias no concurrentes en este caso.

El único período de paralización de la causa es el comprendido entre el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, de fecha 22 de junio de 2016 y el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, cuya entrada está consignada el 4 de noviembre siguiente, por tanto algo más de tres meses después. Por otro lado, han influido de manera relevante en la duración de la causa las siguientes circunstancias: la necesidad de localización del investigado durante la instrucción; la sustanciación de una cuestión de competencia, en tanto el inicial auto de apertura del juicio oral lo fue ante el Juzgado de lo Penal, y las vicisitudes del señalamiento una vez tuvo entrada la causa en esta Sección, lo que tuvo lugar el 8 de noviembre de 2017, produciéndose dos suspensiones del juicio, la primera por razón de un señalamiento precedente en una de las defensas, y la segunda por incomparecencia del acusado.

La paralización que contempla el art. 21.6ª del Código Penal debe ser extraordinaria, carácter que no es posible reconocer en este caso, máxime cuando en ningún momento el acusado solicitó la supresión de dichas pretendidas dilaciones, y porque la defensa no ha alegado ningún dato que pueda sustentar el perjuicio que justifique su aplicación.

2. En relación a la pena a imponer, se decide la de dos años de prisión, en atención a la gravedad objetiva de los hechos derivada de la continuidad delictiva, pero facilitando el acceso a una eventual suspensión condicional de la pena si el acusado procede a la efectiva reparación civil. .

CUARTO .- 1. Procede declarar la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo que comprende tanto el daño patrimonial sufrido a consecuencia del despojo patrimonial, como también el lucro cesante.



Es necesario partir del carácter restrictivo que la jurisprudencia ha reconocido al concepto de lucro cesante (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1991 , 16 y 30 de junio y 30 de noviembre de 1993 , 29 de septiembre de 1994 , 15 de diciembre de 1995 , 8 de julio y 21 de octubre de 1996 y 30 de octubre de 2007), que no puede ser dudoso o incierto, ni fundado sólo en esperanzas o meras expectativas, comprendiendo sólo las ganancias sobre las que concurre verosimilitud suficiente para ser entendidas como muy probables, sin que baste la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva derivada del desenvolvimiento normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada. En el mismo sentido, las sentencia de la Sala 2ª de 12 de noviembre de 2009 , 24 de septiembre de 2010 y 1 de marzo de 2011.

Por consiguiente, la jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo para la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas.

En este caso, entendemos que la indemnización por razón del lucro cesante debe extenderse al valor de la cotización del bitcoin en el momento de la finalización de cada uno de los contratos, porque la pérdida de ingresos se reduce lógicamente a una simple operación aritmética y no se refiere a expectativas futuras e inciertas sobre el eventual destino que hubieran podido dar los perjudicados a la suma que debieron obtener entonces, que podrían haber destinado a continuar invirtiendo en dicho mercado o en otro alternativo.

2. La responsabilidad civil subsidiaria que contempla el art. 120.4º del Código Penal , al disponer "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 4º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios", debe entenderse aplicable a la sociedad "Cloudtd Trading&DEVS LTD", en cuyo nombre actuó el acusado como administrador y además dueño de la misma.

3. A tenor de lo establecido en el art. 123 del Código Penal se condena al acusado al pago de las costas procesales.

En relación a la imposición de las costas de la acusación particular, la doctrina del Tribunal Supremo viene prescindiendo del carácter relevante o no de su actuación y entiende que rige el principio de "procedencia intrínseca", y ello sin necesidad de que se tenga que pronunciar el órgano jurisdiccional sobre la trascendencia de lo conseguido por dicha acusación, con la única excepción de los supuestos en que se sustenten peticiones heterogéneas con las mantenidas por el Ministerio Fiscal, supérfluas o inviables, y temerarias, o se trate de pretensiones fuera de la actuación normal de una parte que acusa, atendiendo a las particulares circunstancias del proceso concreto de que se trate (Sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 10 de febrero de 2005 , 23 de enero , 24 de marzo , 24 de junio , 11 de octubre , 1 , 7 y 20 de diciembre de 2006 , 13 de febrero , 24 , 26 y 27 de abril , 18 de mayo , 18 de junio , 17 y 19 de septiembre y 19 de diciembre de 2007 , 13 de noviembre de 2008 , 11 de febrero , 1 de junio y 18 de septiembre de 2009 , 22 de marzo de 2010 , 15 de julio de 2011 , 24 de febrero de 2012 , 28 de enero de 2014 y 4 de abril de 2016); de lo dicho se deriva que la regla general obliga a su imposición, y sólo cuando deban ser excluidas procederá un razonamiento explicativo sobre al apartamiento de dicha regla general, de manera que no tiene porqué pronunciarse el órgano judicial sobre la relevancia de la acusación particular cuando procede la inclusión de las costas de dicha acusación (Sentencias de 14 y 19 de septiembre , 15 y 19 de octubre de 2001 y 21 de enero de 2002).

Vistos , además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

1. Que debemos **condenar y condenamos** al acusado **Romulo** como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo abonar las costas procesales, con inclusión de los honorarios de la acusación particular. Deberá indemnizar a Damaso , a Luis Enrique , a Benjamín , a Carmelo y a Juan Antonio en el valor de la cotización del bitcoin en el momento de la finalización de cada uno de sus respectivos contratos, que se determine en ejecución de sentencia, con el interés legal previsto en el art. 576 LEC . Declaramos la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Cloudtd Trading&DEVS LTD".

2. Que debemos **absolver y absolvemo**s a la entidad "**Host Europe Iberia SL**" ante la ausencia de pretensión de responsabilidad civil contra la misma.



Para el cumplimiento de la pena impuesta abónese al acusado el tiempo que haya estado privados de libertad por esta causa.

Conclúyase conforme a derecho la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma podrá interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior resolución a 07.03.2018. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ