



Roj: **SAP A 2855/2016 - ECLI: ES:APA:2016:2855**

Id Cendoj: **03014370102016100237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **10**

Fecha: **07/07/2016**

Nº de Recurso: **56/2015**

Nº de Resolución: **271/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MARIA MARGARITA ESQUIVA BARTOLOME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN DECIMA

ALICANTE

Plaza DEL AYUNTAMIENTO,

Tfno: 965.16.98.72 / 73 / 74 / 00

Fax...: 965.16.98.76;

email...:alap10_ali@gva.es

NIG: 03014-43-1-2008-0053758

*Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 000056/2015- TRAMITE -***

Dimana del Procedimiento Abreviado Nº 000301/2014

Del JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 7 DE ALICANTE

=====
Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. José María Merlos Fernández

Magistrados/as

D. Jesús Gómez Angulo Rodríguez

D^a . Margarita Esquiva Bartolomé

SENTENCIA Nº 000271/2016

En Alicante a siete de julio de dos mil dieciséis.

VISTA en juicio oral y público, el pasado día 26 de abril de 2016 , por la Audiencia Provincial, Sección Décima, de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 7 DE ALICANTE, por delito **ESTAFA**, contra el acusado Jesús Manuel con DNI NUM000 , hijo de Ángel Jesús y de Graciela , nacido el NUM001 /1969, natural de Albacete, y vecino de Alicante, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Juan Carlos Olcina Fernández y defendido por el Letrado Antonio Salvador Sifre Calafat

En cuya causa **fue parte acusadora Martina** , representada por la Procuradora Carolina Martí Saez y defendida por el Letrado Jose María Penalva Llopis, y **el Ministerio Fiscal** representado por el Fiscal Ilmo. Sr. D. **Juan**



Carlos Carranza. Actuando como **Ponente**, la Magistrada Dña. Margarita Esquiva Bartolomé de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Desde sus Diligencias Previas núm. 4526/2008 el Juzgado de Instrucción Número 7 de Alicante instruyó su Procedimiento Abreviado núm. 301/2014, en el que fue acusado Jesús Manuel , y FBJ **VILLANUEVA GARIJO** HNOS INVERSIONES Y SEGUROS como Responsable Civil Subsidiario, por el delito ESTAFA, antes de que dicho procedimiento fuera elevado a esta Audiencia Provincial para continuar la correspondiente tramitación en el presente Rollo de Sala núm. 000056/2015 de esta Sección Décima.

SEGUNDO.- El **MINISTERIO FISCAL**, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 , 249 y 250.1.1 ° y 6 ° y 250.2 del Código Penal , redacción anterior a la LO 5/2010, del que es autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y que procede imponer la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y dieciocho meses de multa a razón de una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del C.P. , y costas, debiendo indemnizar a Gerardo y Martina en la cantidad de 72.000 euros que devengará el interés del artículo 576 de la LEC y con la responsabilidad civil directa y solidaria de la mercantil "**Villanueva Garijo** Hermanos Inversiones y Seguros FBJ, SL".

La ACUSACION PARTICULAR, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 , 249 y 250.1.1 ° y 6° del Código Penal , redacción anterior a la LO 5/2010, del que es autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y que procede imponer la pena de ocho años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y veinticuatro meses de multa a razón de una cuota diaria de doce euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del C.P. , y costas, debiendo indemnizar a Gerardo y Martina en la cantidad de 72.000 euros que devengará el interés del artículo 576 de la LEC y con la responsabilidad civil directa y solidaria de la mercantil "**Villanueva Garijo** Hermanos Inversiones y Seguros FBJ, SL".

TERCERO.- La **DEFENSA**, en el mismo trámite, solicitó la libre absolución de su defendido con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de las costas de oficio.

II - HECHOS PROBADOS

Son HECHOS PROBADOS en esta causa y así se declaran los siguientes:

Jesús Manuel , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en la fecha de los hechos, en su condición de administrador único de la empresa "**Villanueva Garijo** Hermanos Inversiones y Seguros FBJ S.L.", libró una letra de cambio con fecha 14 de diciembre de 2005 contra Gerardo y Martina , que la aceptaron como librados, por importe de 72.000 euros, cantidad que correspondía al préstamo que los mismos iban a recibir de la citada mercantil. La letra de cambio nº NUM002 , con la que se instrumentalizaba el pago, tenía vencimiento en fecha 14 de marzo de 2006. Esta operación se documentó en escritura pública notarial otorgada el 16-12-2005 en Alicante, en la que Gerardo y su madre, Martina , reconocían adeudar a la citada mercantil la referida cantidad y en garantía de la misma constituyeron hipoteca sobre su vivienda habitual, finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad de Alicante nº 8.

Los referidos habían gestionado dicho préstamo en la empresa del acusado, debido a las dificultades económicas que atravesaban, con la intención de destinar la cantidad al pago de las deudas que tenían pendientes con varias entidades bancarias y por las que ya estaba hipotecada su vivienda en la CALLE000 nº NUM004 de Alicante, firmando la referida escritura pública de reconocimiento de deuda en la creencia de que la mercantil haría frente al pago de sus deudas y sin que en ningún momento llegara a entregárseles cantidad alguna de dinero en efectivo.

El acusado, no solo no les entregó la cantidad del préstamo de 72.000 euros documentado, sino que no destinó ninguna parte del mismo al pago de las deudas de aquellos.

Además el acusado puso en circulación la letra de cambio y la endosó a un tercero, Camila , esposa de Felicísimo , con quien el acusado mantenía relaciones comerciales. Ante el impago de la letra, una vez vencida, Camila formuló demanda de ejecución hipotecaria tramitándose en el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Alicante procedimiento 1038/2008-D, en el que por auto de 16-11-2010 se despachó ejecución llegando a ser subastada la vivienda y finalmente adjudicada a la ejecutante.



III - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son el resultado de la valoración de la prueba apreciada en conciencia de conformidad con el artículo 741 de la L.E.Crim .

Los querellantes, Gerardo , y su madre, Martina , con problemas de solvencia económica, acudieron a la entidad de financiación privada gestionada por el acusado. Acuerdan la concesión de un préstamo para pagar los préstamos personales que Gerardo tenía con el Banco Popular, que estaban siendo impagados, por importe de 18.679,49 euros y 6.535,33 euros.

Los querellantes aceptaron una letra de cambio el día 14-12-2005 por importe de 72.000 euros con vencimiento en tres meses, 14-3-2006, si bien la cantidad principal prestada no era 72.000 euros pues en esta cifra se incluía los intereses pactados y la comisión de la mercantil prestamista del acusado.

Como forma de documentar la operación y garantizar la devolución del importe de la letra aceptada, se suscribe por las partes en escritura pública un reconocimiento de deuda por importe de 72.000 euros con garantía hipotecaria sobre la vivienda de Martina .

Esta operación financiera, así descrita, no sería ilícita aunque se pueda estimar arriesgada pues si se tiene en cuenta que, en la cantidad a devolver con la letra aceptada de 72.000 euros (como reconocimiento de deuda) se incluye la comisión (del 5% según el acusado) y el interés pactado en el préstamo, (que no se indica a que tipo ascendía, pero se puede estimar superior al bancario), la cantidad principal prestada no permitiría saldar los tres créditos de los querellantes (dos con el banco Popular, en descubierto, y el préstamo hipotecario con la CAM, ahora banco de Sabadell), sino únicamente los suscritos con el Banco Popular por importe de 18.679,49 euros y 6.535,33 euros. El capital pendiente de amortizar del préstamo hipotecario ascendía a 42.671,86 euros. Además, mientras que los préstamos del Banco Popular eran los que estaban al descubierto por impagos, la hipoteca con el Banco de Sabadell (antes CAM) estaba siendo pagada en todo momento, según se acredita documentalente por la entidad bancaria.

En esta situación los querellantes aceptan la letra de cambio por importe de 72.000 euros con garantía hipotecaria con vencimiento a tres meses con la finalidad de pagar las pólizas de préstamo del Banco Popular, sin que conste cómo iba a financiarse el pago de la misma y si se buscaría una ampliación de la hipoteca existente cuyo pago estaba siendo atendido. Los querellantes mantienen la creencia de que habían suscrito un préstamo que devolverían mensualmente, lo que no se compadece con el tenor del documento público firmado ante notario.

No obstante lo dicho, se estima acreditado la existencia de engaño bastante provocado en los querellantes en la medida en que no recibieron cantidad alguna de dinero lo que aceptaban en la creencia de que el acusado realizaría las gestiones pertinentes ante el Banco Popular para pagar las cantidades adeudadas por sendas pólizas de préstamo impagadas. Los querellantes afirman con rotundidad que Jesús Manuel se comprometió a hacer tales pagos al Banco Popular, lo que es negado por el acusado, que afirma haber abonado en metálico en el momento de la firma de la letra de cambio la cantidad prestada, deducidos los intereses y comisión de su entidad, cantidad exacta que no recuerda, pero oscilaría entre 50.000 y 60.000 euros, según ha manifestado.

Sin embargo, la credibilidad que se otorga a las manifestaciones de los querellantes, se ve abalada o corroborada por otros datos o elementos tales como que pese a la operación firmada por los querellantes, no se satisficieron al Banco Popular las cantidades adeudadas por las dos pólizas, fin último para el que se obtenía el préstamo y que acuciaba a los querellantes y fue el motivo de acudir a la empresa del acusado. No es creíble, en la versión del acusado, que, pese a ser factible que el pago del capital principal prestado se pactara su entrega en metálico y no por transferencia bancaria o efecto bancario, no conste ningún rastro del dinero en metálico que se dice entregado. Ni firma de recibo alguno por la entrega, ni cuenta bancaria de la que el acusado pudiera haber extraído la cantidad prestada como principal, ni siquiera anotación contable en la contabilidad empresarial del acusado de la operación y entrega de la cantidad prestada, si, como afirma, su entidad tenía un volumen negocial y una actividad empresarial tan grande.

Debe convenirse que el acusado no entregó la cantidad prestada ni gestiono el pago de las pólizas de préstamo personal del perjudicado en descubierto en el Banco Popular, y además puso en circulación la letra de cambio firmada por ambos querellantes, que endosó a terceras personas con las que tenía una relación negocial como inversores y a los que adeudaba dinero.

Llegado el vencimiento de la letra e impagada por los perjudicados, los legítimos tenedores de la letra iniciaron procedimiento cambiario que ha concluido con la subasta de la finca hipotecada en garantía de aquella, que ha sido adjudicada a la ejecutante.



La finca hipotecada y subastada es la vivienda de los perjudicados, quienes todavía están haciendo pago de la hipoteca y residiendo en la misma

Los hechos son constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 , 249 y 250.1.1 º y 6 º y 250.2 del Código Penal en su redacción anterior a la LO 5/2010.

La sentencia 400/2013 del TS de 16-5-2013 establece en relación con los elementos de este tipo penal: "La estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima (STS núm. 700/2006 de 27 de junio , 182/2005 de 15 de febrero y 1491/2004 de 22 de diciembre , entre otras muchas). El acto de disposición tiene que ser la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que se realiza bajo la influencia del engaño que mueve la voluntad del engañado (STS. núms. 1479/2000 de 22 de septiembre , 577/2002 de 8 de marzo y 267/2003 de 24 de febrero). Consistiendo el acto de disposición en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene contra prestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así se ha hecho extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, o apariencia de verdad que determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado (STS. 27 de enero de 2000).

La sentencia del Tribunal Supremo 715/2009, de 8 de junio , en relación con la idoneidad del engaño establece:

" 1.- En todo delito de estafa existe una maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad actúa dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero (SS 1427/97, de 17 de noviembre ; 503/2000 de 28 de marzo). Reclama por tanto la existencia de un artificio, creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro, que en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece ilícitamente con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo (S. 47/2005 de 28 de enero).

El engaño es por tanto elemento esencial de la estafa, sobre el que gravitan las restantes exigencias del tipo, que son las siguientes: a) un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; b) la acción engañosa debe preceder al momento del acto en virtud del cual se produce la disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del error, provocado por el engaño; c) a consecuencia de ello el sujeto pasivo realiza un acto de disposición patrimonial, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero; y d) el tipo subjetivo conlleva la existencia del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro.

2.- Sobre esa estructura general del tipo, el engaño, como elemento esencial sin el cual la estafa no es posible, es bastante, como recuerda la Sentencia de esta Sala 630/2009, de 19 de mayo , reiterando la doctrina de la S. de 1435/2001 de 18 de julio , cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (SS. de 13 de enero de 1992 , 3 de julio de 1995 , 3 de abril de 1996). De este modo, dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000 , viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan estas dos consecuencias: a) se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico e increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en que se desenvuelven (S. 29 de marzo de 1990); y b) no se excluye cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado conscientemente por el acusado, quien ejecutando su actitud engañosa en función de la capacidad mental del destinatario, elabora un engaño eficaz para éste. En este caso esa condición personal del engañado convierte en suficiente el engaño desplegado que resulta así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería, de modo que son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo.

El engaño provocado en los querellantes por el acusado goza de las características expuesta para considerarlo incardinable en el tipo penal de la estafa. El acusado no entregó el importe de la cantidad pactada como principal del préstamo ni gestionó el pago de los préstamos con el Banco Popular de los perjudicados que habían determinado la operación financiera con la entidad del acusado. El préstamo de esta cantidad para solucionar los problemas de solvencia económica de los querellantes y los embargos que del Banco Popular



por el impago de las pólizas, de cuya gestión se comprometió el acusado, fueron los determinantes de la aceptación a favor del acusado de la letra de cambio garantizada hipotecariamente con la vivienda de los perjudicados sin percibir el principal prestado. El acusado que no había liquidado las deudas de los querellantes con el Banco Popular, cuando tiene que hacer frente a reclamaciones de inversores a los que adeuda dinero, entrega y endosa la letra de cambio aceptada por los querellantes.

Los perjudicados, confiando en el crédito empresarial que les ofrecía el acusado y en su experiencia en tales actividades, accedieron a firmar la letra de cambio con garantía hipotecaria pese a no haber recibido el importe del principal de préstamo que el acusado en días posteriores debería haber entregado en el Banco Popular para saldar sus deudas.

Constan, por tanto, todos los elementos del tipo penal de estafa agravada, pues el acto de disposición patrimonial, reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, se hace a consecuencia del engaño, supera la cuantía de 50.000 euros lo defraudado y recae sobre la vivienda de los querellantes que ha sido ejecutada en el procedimiento civil de ejecución de la carga hipotecaria por impago de la letra por importe de 72.000 que gravaba la vivienda.

SEGUNDO.- Del expresado delito es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Jesús Manuel a tenor de artículo 28 del Código Penal .

TERCERO .- Concorre la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal .

No se aprecian paralizaciones que individualmente puedan ser consideradas excesivas o desproporcionadas para la complejidad de la causa, pero es lo cierto que desde la interposición de la querrela en septiembre de 2008 la instrucción y tramitación del procedimiento en su fase intermedia hasta su remisión a esta Audiencia Provincial en julio de 2015, han transcurrido ocho años por lo que la duración del procedimiento se reputa excesiva en relación con la complejidad del procedimiento y el total de diligencias practicadas.

La sentencia del Tribunal supremo 165/2016 de 2 de marzo , establece que "son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950), que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 (LA LEY 2500/1978) . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscrición de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.(...)

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante

CUARTO.- Por aplicación del artículo 66.1.1ª del Código Penal , procede imponer la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuota diaria de 6 euros con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago o insolvencia del artículo 53 del Código Penal .

QUINTO.- Como responsabilidad civil dimanante de dicho delito, procede establecer -conforme a las disposiciones de los artículos 109 y siguientes del Código Penal - la obligación del acusado de indemnizar a Gerardo y Martina en la cantidad de 72.000 euros, que devengará el interés legal del artículo 576 de la L.E.C ., con la responsabilidad civil directa y solidaria de F.B.J., Villanueva Garijo Hnos. Inversiones y Seguros SLL.

SEXTO.- Conforme el artículo 123 del mismo Código , han de ser impuestas a dicho acusado, el pago de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular.



VISTOS, además de los preceptos citados, otros de pertinente aplicación del mismo Código Penal y los artículos 141 , 142 , 239 , 240 , 741 y 742 y demás de general aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I V - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado en esta causa Jesús Manuel como autor responsable de un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 , 249 , 250.1.1^a y 6^a y 250.2 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION , INHABILITACIÓN ESPECIAL** para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y **MULTA DE DOCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 6 EUROS**, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago o insolvencia del artículo 53 del Código Penal , debiendo indemnizar conjunta y solidariamente con la mercantil F.B.J., **Villanueva Garijo** Hnos. Inversiones y Seguros SLL., a Gerardo y Gerardo en la cantidad de 72.000 euros, intereses y pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Requírase al condenado al abono, en plazo de QUINCE DIAS de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolvente, cumpla el mismo la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo del Código Penal un arresto de seis meses.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de **CINCO DÍAS** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre , de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-