



Roj: **SAP Z 2042/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:2042**

Id Cendoj: **50297370032016100427**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **3**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **70/2016**

Nº de Resolución: **575/2016**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LOPEZ LOPEZ DEL HIERRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00575/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCIÓN TERCERA

-

CALLE GALO PONTE S/N

Teléfono: 976208376-77-79-81

Equipo/usuario: PUY

Modelo: N85850

N.I.G.: 50025 41 2 2015 0011638

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000070 /2016

Delito/falta: DELITO SIN ESPECIFICAR

Denunciante/querellante: SOCIEDAD COOPERATIVA AGRARIA SAN SEBASTIAN

Procurador/a: D/Dª JUAN JOSE GARCIA GAYARRE

Abogado/a: D/Dª MARIANO MONTESINOS LOREN

Contra: Íñigo , Javier , FRUTAS ANDALUZ S.L. FRUTAS ANDALUZ S.L.

Procurador/a: D/Dª BLANCA MARIA ANDRES ALAMAN, BLANCA MARIA ANDRES ALAMAN , BLANCA MARIA ANDRES ALAMAN

Abogado/a: D/Dª ANA BELEN LARROSA ESCARTIN, FRANCISCO JAVIER OSES ZAPATA , FRANCISCO JAVIER OSES ZAPATA

SENTENCIA

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS. SRES

PRESIDENTE

D. JOSÉ RUIZ RAMO

MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL LOPEZ Y LOPEZ DE HIERRO



D^a MARIA JOSEFA GIL CORREDERA

En la Ciudad de Zaragoza, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público la presente causa, Diligencias Previas nº 258 de 2015, rollo nº 70 del año 2016, procedente del Juzgado de Instrucción Número Dos de La Almunia de doña Godina, por delito de Estafa Procesal, contra el acusado Íñigo , nacido en Monzón(Huesca), el día NUM000 de 1966, con D.N.I nº NUM001 , hijo de Luciano y de Josefina y domiciliado en Monzón, C/ DIRECCION000 nº NUM002 sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Andrés Alamán y defendido por la Letrado Sra. Larrosa Escartín, contra Javier nacido en Embid de la Ribera (Zaragoza), el día NUM003 de 1946, con D.N.I nº NUM004 , hijo de Maximo y de Luz y domiciliado en La Almunia de Doña Godina, C/ DIRECCION001 nº NUM005 NUM006 sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Andrés Alamán y defendido por el Letrado Sr. Oses Zapata y contra "FRUTAS ANDALUZ S.A." representada por la Procuradora Sra. Andrés Alamán y defendido por el Letrado Sr. Oses Zapata. Siendo parte acusadora COOPERATIVA AGRARIA SAN SEBASTIAN SOCIEDAD COOPERATIVA (COSANSE) representada por el Procurador Sr. García Gayarre y asistido por el Letrado Sr. Montesinos Lorén, el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MIGUEL ANGEL LOPEZ Y LOPEZ DE HIERRO que expresa el parecer del Tribunal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En virtud de querrela se incoó por el Juzgado de Instrucción nº Dos de La Almunia de doña Godina la presente causa, en el que fueron acusados Íñigo Javier y "FRUTAS ANDALUZ S.A." contra los que se abrió el juicio oral y evacuado el trámite de calificación por todas las partes, previa elevación de los autos a esta Audiencia, se señaló la vista oral, que ha tenido lugar el día 25 de noviembre de 2016.

SEGUNDO .- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, ha calificado los hechos de autos como constitutivos de un delito de Estafa Procesal en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 250 5º y 7º 16 y 62 del Código Penal , estimando como responsable del mismos, en concepto de autor al acusado Javier sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, pidió se le impusiera la pena de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de cuatro meses a razón de 12€ por día multa con aplicación del artículo 53 den caso de impago y pago de costas y no formulo acusación contra Íñigo ni contra FRUTAS ANDALUZ S.A.

La acusación particular ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1. 7º junto con el 4º 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con dos delitos de falsedad documental consumados previsto y penado en el artículo 392,1 del vigente Código Penal y artículo 77 del mismo texto legal .

Un delito de estafa en grado de tentativa del artículo 250,1 , 4º , 5º , 6º del vigente Código Penal en relación con los artículos 248 y 249.

Un delito de presentación en juicio de documento público cuyo contenido es falso, previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal .

Alternativamente, los hechos expuestos son legalmente constitutivos de un delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con tres delitos consumados de presentación en juicio de documento falso, previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal , y artículo 77 del mismo texto legal .

Un delito de estafa en grado de tentativa del artículo 250,1 , 4º , 5º , 6º del vigente Código Penal en relación con los artículos 248 y 249.

De los referidos delitos son responsables los acusados en concepto de autores (artículo 28 del Código Penal) del modo siguiente:

-D. Javier , de un delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4º, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con dos delitos de falsedad documental consumados previsto y penado en el artículo 392,1 del vigente Código Penal y artículo 77 del mismo texto legal Y de un delito de presentación en juicio de documento público cuyo contenido es falso, previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal .



Alternativamente, D. Javier , de un delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4º, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con tres delitos consumados de presentación en juicio de documento falso previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal y artículo 77 del mismo texto legal .

-D. Íñigo , de un delito de estafa en grado de tentativa del artículo 250,1 , 4 º, 5 º, 6º del vigente Código Penal en relación con los artículos 248 y 249.

-La mercantil FRUTAS ANDALUZ, S.A., de un delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4º, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer a cada uno de los acusados:

-D. Javier , por el delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4º, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con dos delitos de falsedad documental consumados previsto y penado en el artículo 392,1 del vigente Código Penal y artículo 77 del mismo texto legal , a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 12 meses a 20 euros de cuota diaria. Y por el delito de presentación en juicio de documento público cuyo contenido es falso, previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal , a la pena de prisión de tres meses y multa de 3 meses a 20 euros de cuota diaria.

Alternativamente, D. Javier , por el delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 4º, 5º y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, en concurso medial con tres delitos consumados de presentación en juicio de documento falso previsto y penado en el artículo 393 del vigente Código Penal y artículo 77 del mismo texto legal , a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de seis meses a 20 euros de cuota diaria.

-D. Íñigo , por el delito de estafa en grado de tentativa del artículo 250,1 , 4 º, 5 º, 6º del vigente Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de seis meses a 20 euros de cuota diaria.

-La mercantil FRUTAS ANDALUZ, S.A . por el delito de estafa procesal en grado de tentativa acabada, previsto y penado en el artículo 250,1 , 7º, junto con el 40, 50 y 6º del Código Penal en relación con los artículos 248 y 249, a la pena de multa de 400.000 € así como a las medidas establecidas en el apartado b) del artículo 33 del vigente Código Penal , que no es otra que la disolución judicial de la mercantil FRUTAS ANDALUZ, S.A.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados tendrán que asumir el coste económico de los honorarios profesionales que suponga finalmente la defensa y representación de COSANSE en el Juicio Monitorio nº 109/14 y en el Juicio Ordinario nº 321/14 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Almunia de Doña Godina, a través de cuyas acciones civiles se han cometido los delitos de los que vienen siendo acusados, incrementado en el interés legal del dinero por aplicación del artículo 576 LEC , solicitando la expresa condena a las costas causadas en el presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

TERCERO.- Las defensas de los acusados, en igual trámite solicitaron la libre absolución de los mismos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- En el mes de Septiembre de 2014 FRUTAS ANDALUZ S.A. cuyo único administrador y propietario es el acusado Javier , mayor de edad y sin antecedentes penales, interpuso en el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina demanda de juicio ordinario que dio lugar al procedimiento nº 321 de 2014 en la que reclamaba a la SOCIEDAD COPERATIVA AGRARIA SAN SEBASTIÁN(COSANSE) la cantidad de 103.390 € más intereses y gastos en virtud de un servicio de alquiler de cámaras frigoríficas para conservación de fruta que no se realizó.

SEGUNDO .- Para justificar la existencia de dicha deuda y con ilícito ánimo de lucrarse aportó al procedimiento civil un factura elaborada "ad hoc" que no responde a la realidad pues nunca se contrato dicho servicio de alquiler de cámaras frigoríficas entre COSANSE y el acusado y unas declaraciones hechas en acta notarial con fecha 10 de junio de 2005 por Íñigo en las se afirma por éste que había un acuerdo verbal entre Javier y COSANSE para el alquiler de unas naves frigoríficas para la conservación de frutas.

TERCERO .- Al alegar la parte demandada en el procedimiento civil entablado prejudicialidad penal por supuesta falsedad documental, dicho procedimiento se encuentra en la actualidad suspendido y pendiente de la resolución de la causa penal.



CUARTO.- No se ha acreditado la participación en los hechos expuestos del otro acusado (solo por la acusación particular) Íñigo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antes de entrar a conocer del fondo del asunto es preciso resolver la cuestión previa planteada por la defensa de Javier y Frutas Andaluz S.A. referida a la improcedencia de la presencia en esta causa en calidad de inculpada de FRUTAS ANDALUZ S.A. pues en el auto de acomodación al procedimiento abreviado dictado por la Juez de Instrucción nº 2 de La Almunia de Doña Godina de fecha 3 de marzo de 2016 no se menciona para nada a FRUTAS ANDALUZ S.A.

Carece de razón la defensa de FRUTAS ANDALUZ pues es preciso recordar a este respecto que el auto por el que se transforma la fase de diligencias previas en fase intermedia cumple una triple función:

- a) Concluye provisoriamente la instrucción de las diligencias previas.
- b) Acuerda continuar el trámite a través del procedimiento abreviado, por estimar que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el Art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , desestimando implícitamente las otras tres posibilidades prevenidas en el Art. 789.5 de dicho precepto (archivar el procedimiento, declarar falta el hecho o inhibirse en favor de otra jurisdicción competente).
- c) Con efectos de mera ordenación del proceso, adopta la primera resolución que el ordenamiento prevé para la fase intermedia del procedimiento abreviado cual es la de dar inmediato traslado a las partes acusadoras, para que sean éstas las que determinen si solicitan el sobreseimiento o formulan acusación, o bien, excepcionalmente, interesan alguna diligencia complementaria siendo su naturaleza y finalidad del auto transformador conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia dado que la resolución transformadora del procedimiento "aún cuando no sea de mero trámite tampoco equivale a un auto de procesamiento, inexistente en el procedimiento abreviado por decisión del legislador y que no procede resucitar por vías indirectas, ni a un anticipo de las calificaciones acusatorias

Dicha resolución constituye solamente la "expresión de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal" (v. STS de 10 de noviembre de 1999), por lo que su finalidad "no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal, anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como para expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia pero no delimita de ninguna manera el perfil del proceso ni lo que va a ser, en su caso, objeto de enjuiciamiento.

Por el contrario, lo que sí delimita el perfil del proceso y lo que va a ser objeto de enjuiciamiento es el Auto de apertura de juicio oral.

Sentado lo anterior y en el caso que nos ocupa, la Juez de Instrucción dictó Auto de Apertura de Juicio Oral con fecha 26 de mayo de 2016 y en dicha resolución sí se expresa claramente que se abre juicio contra Íñigo , contra Javier y contra FRUTAS ANDALUZ S.A. estando esta última representada por la Procuradora Sra. Andrés Alaman y asistida por el Letrado Sr. Oses Zapata.

En dicho Auto se delimita el objeto del proceso referido a un supuesto delito de falsedad tipificado en el artículo 248 en relación con el con el 249 y 250.1. 5º y 7º del Código Penal .

Por tanto no es posible acceder a lo solicitado como cuestión previa por la defensa de Frutas Andaluz S. A.

SEGUNDO .- Entrando a conocer del fondo del asunto los hechos, tal y como han sido considerados probados, son constitutivos de un delito de estafa en su modalidad de procesal y en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 249 y 250.1. 5º y 7º 16 y 62 todos ellos del Código Penal .

La estafa procesal conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias como las números 366/2012 de 3.5 , 1100/2011 de 27.10 , 72/2010 de 9.2 , y 327/2014, 24.4 entre otras, se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el órgano judicial a quien a través de una maniobra procesal idónea, se la induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada.

El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado).



En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluye un acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induzca a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición.

El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado.

Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial (STS 670/2006, de 21-6 ; 758/2006, de 4-7 ; 754/2007, de 2-10 ; 603/2008, de 10.10 ; 1019/2009 de 28-10 ; 35/2010, de 4-2 ; la estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos a la otra parte o de tercero acusados del acto de disposición.

La estafa procesal requiere estructuralmente, como modalidad agravada, todos los requisitos exigidos en la previsión de la estafa básica u ordinaria recogida en el artículo 248.1 es decir, el engaño, el error debido al engaño, el acto de disposición -en este caso resolución judicial- motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro - siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento de injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa la cooperación culpable de lucro ajeno, pues no es preciso con lucro propio, ya que hasta que sea para beneficiar a un tercero (STS 5629/2002 de 20-2 ; 297/2022, de 20-2; 577/2002, de 8-3 ; 238/2003, de 12-2 ; 348/2003 de 12-3 ; y la relación de imputación que cabe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación del pleito o empleo de otro fraude procesal.

Con base a esta doctrina jurisprudencial se puede definir la estafa procesal como aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el Juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En ese sentido el actual artículo 250.1.7º, considera que "incurren en estafa procesal, los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

El fundamento de este subtipo agravado no es otro que el hecho de que en esta modalidad de estafa no solo se daña el patrimonio privado, sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, razón por la cual parte de la doctrina entiende que se trata de un delito pluriofensivo, siendo ésta la razón que justifica su agravación penológica respecto del tipo básico de la estafa como se afirma en STS de 9-5- 2003, la estafa procesal constituye una modalidad agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado se une el atentado contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

TERCERO .- Sentada la doctrina anterior, y descendiendo al caso que nos ocupa, vemos que en la conducta del acusado Javier concurren todos los elementos del tipo anteriormente expuesto sin necesidad de acudir a ninguna modalidad concursal de delitos sino que la actuación del dicho inculpado se subsume perfectamente en esta figura de estafa procesal que satisface, por sí solo, el reproche del que se hace merecedor.

En efecto la trama o ardid empleada por Javier consistió en aportar al procedimiento civil entablado contra la ahora querellante una serie de documentación falaz e incluso en parte elaborada "ad hoc" con la finalidad de engañar al Órgano de la Jurisdicción Civil encargado de resolver el pleito entablado y conseguir de dicho Órgano una resolución acorde con sus pretensiones con el consiguiente desplazamiento patrimonial y perjuicio de tercero que, en este caso, eran la demandada COSENSA encajando, por tanto perfectamente la conducta de Javier en este tipo sin necesidad de acudir a otros.

Le es de aplicación el supuesto contemplado en el apartado 5º del artículo 250 al sobrepasar la cantidad que pretendía obtener, a través del acto engañoso, los 50.000 €. Sin embargo no les es de aplicación, como pretende la acusación particular, el supuesto previsto en el apartado 4º de dicho precepto que hace alusión a la situación de económica en que se pueda dejar a la víctima del delito y que, en este caso, es una Cooperativa Agrícola pues nada se ha probado en el acto del juicio ni a través de las pruebas practicadas en fase de instrucción a este respecto.

Tampoco es de aplicación, como pretende la acusación particular, el supuesto contemplado en el apartado 6º del artículo 250 del Código Penal que hace alusión a un abuso de la existencia de unas relaciones personales existentes entre víctimas y defraudadores y que se aprovechen de su credibilidad empresarial o profesional.



El supuesto puede ser redundante, ya que en toda conducta defraudatoria está presente el dato del abuso de la buena fe y de las relaciones de confianza. La aplicación del subtipo agravado tendrá lugar en los casos de especial gravedad.

En relación con el subtipo agravado de estafa cuando esta se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o se aproveche este de su credibilidad empresarial o profesional, la STS 19 de junio de 2003 , señala que:

Tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002 , de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 6º del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002 , y 1753/2000, de 8 de noviembre).

En relación con el subtipo agravado de estafa cuando esta se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o se aproveche éste de su credibilidad empresarial o profesional, la STS de 19 de Junio de 2003 señala que...." " Tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril , la 626/2002 de 11 de Abril, aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 6º del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que, además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002 , y 1753/2000, de 8 de noviembre).

En definitiva el referido artículo 250.1.6º del Código Penal se refiere al abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador, o se aproveche éste de su credibilidad empresarial o profesional, lo cual ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que se requiere una relación especial entre víctima y defraudador que suponga un plus cualitativamente distinto del injusto, más allá del abuso de confianza que es el propio del tipo básico de estafa descartando la modalidad agravada cuando no existe una relación preexistente, sino que esta se crea para manejar la situación defraudatoria (STS 1090/09, de 30 de octubre), y ha recordado que se trata de una modalidad que debe ser de interpretación restrictiva "para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba. Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (STS 1167/09, de 28 de octubre).

Aplicando la referida doctrina al presente caso, nos lleva a descartar la concurrencia del tipo agravado, pues ningún tipo de relación especial existía, pareciéndonos inexistente la agravación alegada.

CUARTO .-El delito se llevó a cabo en grado de tentativa pues la Juez de la Jurisdicción civil, al plantearse la cuestión prejudicial penal, ha paralizado el procedimiento entablado entre las partes a resultas de la resolución que recaiga en esta jurisdicción.

QUINTO .- A esta conclusión de condena para Javier se llega a través del análisis de las pruebas aportadas a la causa y, sobre todo, de las practicadas en el acto del juicio oral con estricto cumplimiento de los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad.

Es cierto que el acusado Javier manifestó en el acto del juicio oral que alquiló como arrendador a COSENSA cámaras frigoríficas para que se almacenasen las frutas vendidas por el propio Javier a COSENSA y que, como esta no tenía cámaras libres, les arrendó unas propias y que este acuerdo se hizo verbalmente con el entonces gerente de COSENSA y ahora también acusado Íñigo .

También es cierto que el coacusado Íñigo ratificó en el acto del juicio oral la versión dada por Javier y que con fecha 10 de junio de 2005 hizo unas manifestaciones en acta notarial afirmando lo mismo que Javier .

Pero también es cierto que el testigo Florencio , que en el año 2005 ya pertenecía a COSENSA como Consejero y actualmente es Presidente de la Cooperativa, afirmó en el acto del juicio oral con toda rotundidad que COSENSA siempre ha tenido cámaras frigoríficas de sobra y que, concretamente, en el año 2004 y 2005 tenía cámaras libres para albergar hasta 4 millones de kilos de fruta.



Así mismo manifestó que, de haber un pacto verbal de alquiler de cámaras, tendría que haber sido aprobado por el Consejo Rector y hacer constancia de dicho pacto por escrito.

Con la misma rotundidad se mostró el testigo Everardo que fue Presidente de la Cooperativa desde el año 2004 hasta el 2008 en el mismo sentido de Florencio de que a CONSENSA siempre le han sobrado cámaras frigoríficas y que nunca ha tenido que alquilarlas a nadie.

Así mismo manifestó que no hubo ningún acuerdo, ni verbal ni escrito, con el acusado Javier para el alquiler de cámaras frigoríficas.

Sopesando estas declaraciones y unido al hecho que de no hay en CONSENSA constancia de la factura aportada por el acusado Javier al pleito civil ni tampoco constancia fiscal de la misma, esta Sala llega a la conclusión conforme a los criterios de la lógica y la experiencia, de que efectivamente dicha factura fue aportada "ad hoc" al pleito civil para obtener una resolución favorable y que la misma no respondía a la realidad y, por ello, entendemos que el acusado es merecedor del reproche tipificado en los artículos anteriormente mencionados.

SEXTO .- Pretende, además, la acusación particular que se condene a Javier como autor de un delito de estafa en grado de tentativa del los artículos 248.249 y 250.1 apartados nº 4º,5º, y 6º la haber intentado engañar a COSENSA.

No es posible atender a la pretensión de la acusación puesto que, como ya dijimos antes, la conducta del acusado Javier es plenamente subsumible en la estafa procesal de manera que, si se le condena también por estafa intentada contra CONSENSA, se estaría castigando al acusado dos veces por la misma conducta.

SEPTIMO .- Respecto del otro acusado, Íñigo , la acusación particular (que no el Ministerio Fiscal) le imputa también un delito de estafa en grado de tentativa tipificada en el artículo 248 en relación con el 249 y 250.1 en sus apartados 4º,5º 6º y 7º del Código Penal .

Carece a este respecto totalmente de razón la acusación particular pues Íñigo no ha presentado ningún documento en el al procedimiento civil entablado en el Juzgado de Primera Instancia de la Almunia de Doña Godina entre Javier y COSENSA y la única intervención que ha tenido Íñigo en relación con la presente causa fue acudir el día 10 de junio de 2005 a la Notaría de Doña Beatriz Azpitarte y hacer unas manifestaciones en acta notarial corroborando la versión dada en el juicio por Javier en el sentido de que contrató verbalmente con COSENSA, en calidad de arrendataria, un alquiler de cámaras frigoríficas para almacenamiento y conservación de frutas.

Esta conducta encajaría, en todo caso en el nº 4 del artículo 390 del Código Penal que hace referencia al que en documento faltare a la verdad en la narración de los hechos.

Se trata de la llamada falsedad ideológica y que para los particulares hace tiempo que fue despenalizada y, a mayor abundamiento, dadas la fechas en que se vertieron tales manifestaciones en acta notarial por parte de Íñigo y conforme a la legislación penal aplicable en dicha época, su conducta estaría sobradamente prescrita.

OCTAVO .- Por lo que respecta a la acusada FRUTAS ANDALUZ S.A. es, al igual que Javier , es responsable en concepto de autora de un delito de de estafa procesal en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 249 , 250.1 , 5 º y 7 º , 251, 16 y 62 todos ellos del Código Penal en virtud de lo establecido en el artículo 31.1 bis del Código Penal vigente en el momento de acaecimiento de los eventos que han dado lugar a la presente causa y anterior a la reforma introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

El mencionado artículo 31. bis del Código Penal establece que..." En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas y en su provecho por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho..."

En el caso que nos ocupa vemos que la demanda civil que dio lugar a la presente causa se interpuso por FRUTAS ANDALUZAS S.A. contra CONSESA aunque haya sido su único administrador y propietario, Javier el que presentó en el procedimiento civil los documentos inveraces con las miras de obtener una resolución favorable a sus intereses en perjuicio de tercero.

NOVENO .- No concurre en la conducta del acusado Javier circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

DECIMO .- Establece el artículo 116 y siguientes del Código Penal que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalaran la cuota de que deba responder cada uno.



Descendiendo al caso que nos ocupa no procede pronunciamiento alguno en cuanto a responsabilidad civil puesto que ningún perjuicio económico se ha producido a la querellante en la presente causa ya que no ha habido desplazamiento patrimonial alguno como consecuencia de los hechos denunciados.

La pretensión de la acusación particular a este respecto en el sentido de que se condene a los acusados a que abonen el coste económico de los honorarios profesionales que suponga la defensa y representación de COSENSA en el Juicio Monitorio nº 109/2014 y en el Juicio Ordinario 321/14 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Almunia de Doña Godina más el interés legal previsto en el artículo 576 de la L.E.C. es sencillamente insostenible pues ello supondría una clara intromisión de un Tribunal perteneciente a la jurisdicción penal en otro que pertenece a la civil sobre un evento futurible que no se sabe en que términos puede concluir y que pudiera ser, incluso beneficioso para la querellante.

UNDECIMO. - En cuanto a la penalidad el artículo 66 del Código Penal establece que en la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observaran, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

....."6. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho...."

Descendiendo al caso que nos ocupa el delito cometido lo es en grado de tentativa y, a este respecto, el artículo 62 del Código Penal establece que...."A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado...."

En base a lo establecido en dicho artículo y teniendo en cuenta, en el caso que nos ocupa, que el Juez Civil al que iba dirigida la maniobra engañosa no llegó a realizar ningún análisis de la documentación presentada ni emitió ninguna valoración acerca de la misma al plantearse una cuestión prejudicial penal que paralizó el procedimiento civil, el peligro de engaño es escaso por lo que consideramos que las penas previstas para el delito cometido deben ser rebajadas en dos grados.

Por tanto procede imponer a Javier la pena de 5 meses de prisión, con las accesorias que luego se dirán, y multa de 2 meses a razón de 6 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el artículo 53 del Código Penal de un mes de privación de libertad en caso de impago y a FRUTAS ANDALUZ S.A. la pena de 80.000 € de multa.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación.

El Tribunal, por la autoridad que le confiere la Ley, emite el siguiente:

FALLO

1º.- Absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a **Íñigo**, mayor de edad y sin antecedentes penales, del **delito de estafa procesal en grado de tentativa** tipificado en el artículo 248 en relación con el 249, 250.1. 4º, 5º, 6º y 7º, 16 y 62 todos ellos del Código Penal del que venía siendo acusado por la acusación particular.

2º.- Absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a **Javier**, mayor de edad y sin antecedentes penales, del **delito de estafa en grado de tentativa** tipificado en el artículo 248 en relación con el 249, 250.1. 4º, 5º, 6º todos ellos del Código Penal del que venía siendo acusado por la acusación particular.

3º.- Condenamos a Javier, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor de un **delito de estafa procesal en grado de tentativa** tipificado en el artículo 248 en relación con el 249, 250.1 5º y 7º, 16 y 62 todos ellos del Código Penal a la **pena de 5 meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y **multa de dos meses** a razón de 6 € por día multa con privación de libertad durante un mes en caso de impago.

4º.- Condenamos a FRUTAS ANDALUZ S.A., como autora de un **delito de estafa procesal en grado de tentativa** tipificado en el artículo 248 en relación con el 249, 250.1 5º y 7º, 16 y 62 todos ellos del Código Penal a la **pena de 80.000 € de multa**.

5º.- Así mismo condenamos a Javier y FRUTAS ANDALUZ S. A. al pago a cada uno de ellos a una 1/12 de las costas incluidas en esta proporción las de la acusación particular declarando el resto de oficio.

6º.- No ha lugar a pronunciamiento alguno en cuanto a responsabilidad civil al no haberse producido en la presente causa ningún perjuicio económico para la querellante.



Reclamase la pieza de responsabilidad civil del Instructor.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ