



Roj: **SAP Z 1564/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:1564**

Id Cendoj: **50297370062016100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **22/09/2016**

Nº de Recurso: **18/2016**

Nº de Resolución: **176/2016**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **RUBEN BLASCO OBEDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6ZARAGOZA 00176/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION SEXTA

ROLLO DE SALA (PA) Nº 18/2016

SENTENCIA NÚM. 176/2016

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. RUBÉN BLASCO OBEDÉ

MAGISTRADOS

D. CARLOS LASALA ALBASINI

Doña MARÍA JOSEFA GIL CORREDERA

En Zaragoza, a veintidós de Septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público la presente causa, Procedimiento Abreviado núm.18/2016, **Rollo de Sala núm. 18/2016**, procedente de Juzgado de Instrucción número Once de Zaragoza por delito de estafa, contra el acusado **Camilo**, nacido en El Viso de Alcor (Sevilla), el día NUM000 de 1966, con D.N.I. nº NUM001, de profesión empresario, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, y en libertad provisional por esta causa; **Elisabeth**, nacida en El Viso de Alcor (Sevilla), el día NUM002 de 1967, con D.N.I. nº NUM003, hija de Federico y Jacinta, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, y en libertad provisional por esta causa; y contra **TRUCKS EUCARMO S.L.U.**, los tres representados por la *Procuradora Doña Laura Asunción Sánchez Tenías* y defendidos por el letrado D. José Federico Sánchez Romero. Son parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y como Acusación Particular interviene **Julio**, representado por la *Procuradora Doña M^a José Ferrando Hernández* y defendido por el letrado D. Jesús Manuel Bueno Bellido. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON RUBÉN BLASCO OBEDÉ**, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- A virtud de querrela se instruyeron por el Juzgado de Instrucción número Once de Zaragoza las presentes diligencias, en las que se acordó seguir el trámite establecido para el procedimiento abreviado, habida cuenta la pena señalada al delito.



SEGUNDO .- Formulado escrito de acusación por el Ministerio Fiscal y la acusación Particular contra Camilo y Elisabeth , y por la segunda también contra **TRUCKS EUCARMO S.L.U.** , cuyos demás datos personales ya constan, se acordó la apertura del juicio oral, emplazándose a los acusados, y tras presentar éstos el correspondiente escrito de defensa, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- Recibidas las diligencias en este Tribunal, y tras los trámites pertinentes, se señaló la vista oral, que ha tenido lugar el día 12 de septiembre de 2016, practicándose en el mismo las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que consta en las actuaciones.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, ha calificado los hechos de autos como constitutivos de un delito de un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 249 del Código Penal , estimando como responsable del mismo en concepto de autores a Camilo y Elisabeth , sin la concurrencia de circunstancias modificativas; y pidió se les impusiera la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de costas; y a que en concepto de indemnización satisfagan al perjudicado Julio 15.999,84 euros más 10.024,95 euros por los gastos originados, más intereses legales desde la fecha de la sentencia.

QUINTO .- La Acusación Particular calificó los hechos como un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 250.6ª del Código Penal , siendo autores Camilo , Elisabeth y **TRUCKS EUCARMO S.L.U.**, solicitando para cada uno de ellos la pena de tres años de prisión, accesorias legales y costas, incluidas las de la acusación particular, y para la mercantil pidió la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de 50 euros, debiendo responder también de los daños y perjuicios. Abono por los tres responsables penales al perjudicado de la suma de 41.235,06 euros, de la que también responderá como responsable civil subsidiaria **TRUCKS EUCARMO S.L.U.**

SEXTO .- La defensa de los acusados, en igual trámite, alegó que sus patrocinados no habían cometido delito alguno y pidió su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Los acusados, Camilo , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el socio único de la mercantil **TRUCKS EUCARMO S.L.U.**, de la que la también acusada **Elisabeth** había desempeñado el cargo de administrador único hasta el 19 de diciembre de 2011, día en el cual cesó en ese cargo que pasó a desempeñarlo el acusado Camilo . La citada empresa actuaba como intermediaria en la venta de vehículos pesados y adquiría de los concesionarios oficiales europeos los que le demandaban sus clientes, vehículos que no estaban en las instalaciones de dicha empresa.

Julio precisaba adquirir un camión para efectuar diversos trabajos de transporte de mercancías, y por medio de una página web de internet conoció la existencia de la empresa de los acusados que se anunciaba como dedicada a la venta de vehículos pesados, motivo por el cual Isaac se puso en contacto con el coacusado Camilo y tras el examen de fotografías de diversos vehículos y remolques ambos convinieron en la compraventa de:

A).- Un CAMIÓN RÍGIDO SEMITAUTLINER de la marca VOLVO XL, modelo FH13, con el número de chasis NUM004 , pactándose otras características como "camión del año 2007, euros 5, carrozado con semitautliner nueva de 9300mm., color roja todos gris plata (7300), cabina color rojo volvo espejos y careta, enganche remolcador bajo chasis y repaso general aire techo", pactándose un precio de 67.373,48 euros, IVA incluido por importe de 10.277,31 euros. Si bien no se hizo constar por escrito, Isaac pactó con el acusado que el vehículo tendría entre 300.000 y 400.000 kms.

B).- Un remolque dos ejes, modelo 2 ejes centrales, con otras características de "remolque carrozado en SEMITAUTLINER a 6300mm., techo corredera, lonas correderas y techo elevable, ejes centrales, lanza bajo chasis, color lonas en gris plata (7300), pintura carrocería en rojo", por el precio total de 10.637,91 euros, IVA incluido.

Los contratos para la adquisición del camión y el remolque se firmaron el 8 de Octubre de 2015. Conrado abonó el precio de ambos mediante las siguientes transferencias: de 6.000 euros realizada el 10 de octubre de 2011; de 67.373,46 euros efectuada el 18 de noviembre de 2011; y de 4.637,91 euros el 18 de noviembre de 2011. Con fecha 15 de diciembre de 2011 se emitieron dos facturas por **TRUCKS EUCARMO S.L.U.** por importes de 67.373,46 euros y 10.637,91 euros.

El 18 de Octubre de 2011 se adquirió el camión y el remolque por el acusado y un trabajador del mismo, en torno al 24 de ese mes, los trasladó a España desde Alemania, abonando en ese país el precio total de 31.000 euros. Como el camión contaba con 660.440 kms. el acusado, a los efectos de mantener el contrato en los

términos pactados, cuando lo tuvo en su poder hizo rectificaciones en el mismo de forma que al ser entregado al comprador en el cuentakilómetros aparecían como recorridos 390.843 kms. El 29 de agosto de 2011 el camión VOLVO objeto de autos tenía recorridos 660.440 kms.

El precio más ajustado a los kilómetros reales del camión hubiera sido de inferior en 15.999,84 euros al pagado por el querellante.

El 17 de febrero de 2012 se entregó el camión, poniéndose diversas objeciones por el adquirente que hizo constar "falta aire techo" y otras cuestiones que no afectan a la controversia. El remolque se entregó posteriormente en junio de 2012, al haberle hecho las modificaciones solicitadas por el querellante, como su alargamiento.

A consecuencia del estado del camión debido a su kilometraje real, el querellante hubo de realizar diversas reparaciones pagando su importe, y así:

1.- En NEUMÁTICOS CLAVIJO se hicieron trabajos en llantas, equilibrado, etc, emitiéndose factura por importe de 1.511,86 euros con fecha 29 de febrero de 2012, habiendo entrado el vehículo para ser reparado el 21/02/12.

2.- En QUALITY TRUCKS, concesionario oficial de VOLVO, se hicieron trabajos de revisar parámetros del limitador, revisar fallo de un intermitente, corregir fugas de aire, cambiar válvula de drenaje del calderín, etc, y con fecha 27 de febrero de 2012 emitió una factura por importe de 1.488,57 euros, habiendo entrado el vehículo para ser reparado el 21 de febrero de 2012.

3.- En la empresa RECATRANS se hizo un trabajo de tapón/llave por importe de 30 euros.

4.- El 31 de marzo de 2012 Talleres El Portazgo, S.C. emite factura por importe de 153,40 euros, debido a los trabajos de "estar tarjeta de identificación ilegible".

5.- QUALITY TRUCKS vuelve a emitir en 2012 dos nuevas facturas, una el 19 de marzo por importes de 1.172,94 y otra el 21 de septiembre por importe de 7.180,70 euros respectivamente, siendo de reparaciones de amortiguadores, bocina neumáticos, filtros, secador de aire, revisión fallo motor, caja de cambios, embrague, rectificación de volante motor, poleas, etc.

Gestoría Blasco llevó a cabo trabajos burocráticos para la matriculación de los vehículos, etc. girando en enero de 2012 una factura de 447.09 euros que fue pagada por el querellante.

El querellante, las cantidades abonadas por las reparaciones y a la gestoría, las ha reclamado a la empresa del acusado en un proceso civil seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Carmona bajo el número 519/2012 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 249 del Código Penal , siendo autor del mismo el acusado **Camilo** . El delito de estafa precisa de los siguientes elementos típicos: 1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2º) Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos; 3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP . 6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria.

SEGUNDO .- Pues bien, en el presente caso nos hallamos con la compra de un camión rígido y un remolque por parte del querellante (folios 28, 29, 30 y 103), compra efectuada en la empresa de los acusados que no eran los titulares de los vehículos sino meros intermediarios, pues elegidos aquellos por los clientes, como lo era Isaac , el acusado los adquiría del concesionario oficial correspondiente y uno de sus empleados se desplazaba hasta dicho concesionario, en este caso sito en Alemania, y previo pago del importe del vehículo lo traía a



España para su posterior entrega al comprador. Ha de salirse al paso de la afirmación del Acusación Particular de que el acusado compra el camión y luego lo vende, pues es a la inversa la mecánica, ya que primero lo vende y luego lo compra, sin que al hacerse estas dos operaciones ninguna de las partes hubiera examinado el vehículo; en el presente caso el querellante desde luego que no lo vio, pues el camión y remolque los compró al acusado mediante el examen de fotografías, no habiendo efectuado después ningún viaje a Alemania.

El tema controvertido es si se había modificado por el acusado el cuentakilómetros de forma que teniendo el camión recorridos en realidad 660.440 km. en agosto de 2012, el 15 de febrero de 2012 los kms. que se registraban como recorridos eran 390.843. Esta diferencia de kilometraje aparece acreditada de manera fehaciente mediante la testifical-pericial de Leon , cuyo certificado obrante a los folios 110 y 142 ha sido ratificado en el plenario con contundencia, afirmando que dicha diferencia se pudo comprobar mediante los servicios informáticos de VOLVO donde se registran las entradas a los servicios oficiales de la empresa en toda Europa, y examinando esos registros comprobó que en Alemania se habían contabilizado como recorridos 660.440 kilómetros, mientras que después, en una reparación ya hecha en España, el 15 de febrero de 2012, antes de ser entregado el camión al querellante, los kilómetros que se registran son 390.843 kilómetros. Afirma este testigo-perito que es posible la alteración de los kilómetros, lo que es sabido socialmente y que, lógicamente, esa acción no queda registrada en lugar alguno.

En primer término, ha de decirse que es ciertamente llamativo que en los contratos obrantes a los folios 23 y 24 nada se diga de kilometraje del camión, si bien el querellante declara que pidió que tuviera entre 300.000 y 400.000 kms., lo que es lógico, ya que es el número de kilómetros recorridos lo que puede dar una primera idea del estado de un vehículo de segunda mano y constituye un dato a tener en cuenta a la hora de fijar el precio de compra, como es notorio. Ciertamente que el uso que se le haya dado también influye en su estado, pero la experiencia y la propia naturaleza de las cosas enseñan que uno de los elementos objetivos que en primer lugar quiere conocer el comprador de un vehículo de ocasión o de segunda mano es el kilometraje, máxime si dicho vehículo no se examina detenidamente antes de la compra, siendo también ese dato el que se publicita, junto a otros, por los vendedores, por lo que se acoge la declaración del perjudicado de que se habló del kilometraje. Además, precisamente porque el uso dado es un dato a valorar, cuantos más kilómetros haya circulado el camión más desgaste ha tenido, y un uso no correcto del vehículo en mucho tiempo causa más daños que en poco, lo que no puede ser más obvio.

La manipulación del kilometraje se llevó a cabo cuando el vehículo estaba en poder del acusado, lo que sucedió durante un tiempo largo, pues habiendo llegado el vehículo a España a finales de Octubre de 2011 (folios 237 y 237) no fue entregado al querellante hasta febrero de 2012 (folio 30), tiempo más que suficiente para llevar a cabo la modificación del cuentakilómetros por parte del encartado, y ello para adaptarlo a lo que se le había solicitado, teniendo esta operación, en contra de lo que afirma la defensa, pleno sentido ya que, perfeccionada la compraventa con el concesionario de Alemania al que ya se había pagado el precio del vehículo, y cobrado del querellante el precio convenido anteriormente, el vehículo debía responder a una de las características solicitadas que podían influir claramente en el contrato, ya que la operación debía ser mantenida tal y como se pactó. Como el camión traía más de 200.000 kilómetros de los pedidos por Conrado , esto debía ser solventado con la manipulación del cuentakilómetros.

Ciertamente que hubo un tiempo entre la última revisión oficial en Alemania y la llegada a España del camión, pero no existe razón alguna que permita entender que la manipulación tuvo lugar antes de la entrada en nuestro país del vehículo. De otro lado, se afirma de manera reiterada que se hicieron mejoras, lo que así parece ser, pero no se aporta factura alguna por el acusado acreditativa de su certeza y de donde se realizaron. Hubo un engaño para el perjudicado.

TERCERO .- Amen de negar los hechos, en relación con este delito, el requisito que parece ponerse en tela de juicio por parte de la defensa es el del engaño bastante, pues se afirma por la defensa que el querellante conociendo el número de chasis del vehículo pudo comprobar el estado del mismo, por lo que no se dio ocultación alguna y sí una desidia en Conrado .

La sentencia del Tribunal Supremo 350/2016 de 25 Abril 2016, Recurso 713/2015 , contiene una extensa recopilación de la doctrina de dicho Tribunal sobre la materia, y de ella entresacamos algunos párrafos que consideramos hacen relación con el tema estudiado. Nos dice que no era exigible al "estafado" una *autoprotección superlativa* que, de imponerse como condición de la estafa, no solo vaciaría de contenido tal tipo penal, sino que degradaría el marco de confianza en que ha de desenvolverse la vida social y mercantil.

En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza. La atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no pueden perturbar esa atmósfera, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal.



Nos dice la sentencia citada que no se puede extraer del tipo de estafa perjuicios ocasionados mediante engaños dirigidos a quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo, sería escenario apropiado para un negocio o una transacción (STS 319/2013, de 3 de abril). Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que sólo se podrán relajar una vez comprobada exhaustivamente y acreditada su buena fe, su carencia de antecedentes penales y su plena solvencia.

"... una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, como se señala en la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo , que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño , exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

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

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008 , el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

CUARTO .- Como se ha dicho ya, es muy significativa la falta de alusión al kilometraje en el contrato, y esto, en contra lo que pretende la defensa, es un indicio claro en perjuicio del acusado. Que el comprador no acudiese a un centro oficial de VOLVO carece de toda trascendencia a la hora de pretender decir que el engaño no fue bastante. El número de chasis se puso como medio de identificar al vehículo, nada más, y la existencia de la empresa del acusado en el mundo del comercio de vehículos de ocasión entrañaba en sí esa confianza propia del delito de estafa, pues el comprador confiaba en que se le traería un camión que hubiera circulado entre 300.000 o 400.000 kilómetros; además, no consta que se dijera al querellante, más bien se puede afirmar que no se hizo, que podía comprobar la vida del camión acudiendo a un concesionario oficial; esto se desprende de la declaración de Conrado que una y otra vez manifiesta en el plenario que no podía ver el número de chasis del camión ni éste ya que el mismo no estaba en la empresa del acusado, evidenciando, no solo que no era sabedor de lo que se podía investigar con tal número, sino también de que constara el mismo en el contrato. Solo un perfecto conocedor de la casa VOLVO, o de otras similares, podía saber que con el número de chasis era posible comprobar los kilómetros recorridos por el camión acudiendo a un concesionario oficial. Además, lo que no se puede pensar es que una empresa dedicada a la venta de camiones manipulara el cuentakilómetros. Hubo un engaño bastante.

QUINTO .- A consecuencia del engaño, se pagó un mayor precio por el camión en un importe que según la prueba pericial practicada ascendía a 15.999,84 euros, acogándose dicha prueba porque no ha sido contradicha y porque, además, es lógico que en función del kilometraje vaya el precio del vehículo. Se hacen por el perito unos cálculos técnicos, no desvirtuados, que se acogen. De saberse el kilometraje correcto se hubiera pagado menor precio. Hay una relación de causalidad entre el engaño y el desplazamiento patrimonial, por lo que concurren todos los elementos de la estafa.

El camión, además, presentaba mayores deficiencias técnicas que no fueron reparadas por el acusado y que provenían de su mayor uso anterior. Claro que es imposible a ciencia cierta decir que las reparaciones fueron ajenas al mayor kilometraje, pero los peritos declaran que es ciertamente posible que efectivamente se deban a ese mayor desgaste. Las reparaciones constan a los folios 78, 80, 81, 82, 84, 85, 89, 90, 91,92, 94, 95, que se dan por reproducidos,



SEXTO .- La Acusación Particular considera que concurre la circunstancia del artículo 250.1.6ª de abuso de la credibilidad profesional o empresarial, circunstancia que no invoca el Ministerio Fiscal.

A).- Sobre el particular conviene citar la doctrina del Tribunal Supremo . Es abundante y conforme en decir que este subtipo agravado ha de ser aplicado con carácter restrictivo como recuerda la sentencia 349/2016 de 25 Abril 2016, Recurso 571/2015 , cuando afirma que también hemos dicho que debe ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación 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 (STS 371/2008, de 19 de junio). 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 (SSTS 1169/2006, de 30-11 ; 785/2005, de 14-6 ; y 9/2008, de 18-1).

La Sentencia 663/2016, de 20 Julio de 2016, Recurso 10135/2016 , nos dice que las SSTS 785/2005 de 14.6 y 383/2004 de 24.3 , 626/2002 de 11.4 , recuerdan que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del (entonces) núm. 7 del artículo 250 del Código Penal , quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracterizan 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 (SSTS. 2549/2001 de 4.1.2002 , 1753/2000 de 8.11).

Según la misma sentencia, también hemos dicho (STS 1090/2010, de 27 de noviembre) que el abuso de la **credibilidad empresarial** o profesional pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias 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 (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7- 7).

Por ello, la STS 979/2011 incide que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales o profesionales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

B) .- Sobre el caso enjuiciado ha de decirse que en el presente no puede en modo alguno acogerse el subtipo agravado que sin ningún fundamento serio invoca la Acusación Particular, y ello porque lo sucedido fue tan simple como que el perjudicado conoció la existencia de la empresa de los acusados en una página de internet, comprobando que la misma llevaba ya trabajando desde 2004, lo que evidencia la ausencia de los requisitos antes dichos, y así, la Sentencia 221/2016 de 16 Marzo de 2016, Recurso 1535/2015 , dice que "no basta constatar una intervención profesional de intermediación. Tampoco es suficiente con ofertar los servicios profesionales al público a través de una o varias oficinas. Es preciso algo más. Este subtipo no lo comete el empresario o el profesional que engaña a otro y le induce a realizar un acto de disposición patrimonial en su favor. Es menester que un sujeto en el que concurre esa condición empresarial o profesional se valga de las ventajas asociadas a ese estatus para debilitar las habituales prevenciones de toda hipotética víctima. Hemos de insistir en que no basta la existencia de un nombre comercial más o menos asentado en una localidad para que la aplicación del tipo agravado resulte obligada. Carecería de sentido que todo delito de estafa cometido en ese entorno tuviera que ser encajado en la agravación del art. 250.1.6 del CP . Un empresario o cualquier otro profesional pueden también cometer la modalidad básica de estafa".

Como se ha dicho, se contactó con el acusado por medio de internet, y la confianza que generaba su empresa ubicada en la zona geográfica desde 2004 es la que constituye el elemento de la estafa básica. No había unas relaciones previas entre las partes, y la mercantil del acusado se anunció como miles de empresas en la actualidad.

SÉPTIMO .- Respecto de la acusada **Elisabeth** , es cierto que trabaja en la mercantil acusada y que fue administradora de la misma hasta diciembre de 2011, pero no consta intervención suya en el caso enjuiciado. El perjudicado afirma tajantemente que solo habló con el acusado y nunca con Elisabeth . Nos hallamos ante una sociedad unipersonal, por lo que en la práctica toda la dirección social estaba centrada en el acusado, no constando cual era la participación de la coacusada, cuestión sobre la que no se hizo prueba alguna. No consta tampoco que la manipulación del cuentakilómetros se llevara a cabo en el periodo en el que estando el vehículo ya en España Elisabeth aun era administradora única de la sociedad, pudiendo decirse que ésta se dedicaba solo a la actividad de oficina, no a la comercial de la empresa. Tratándose de una sociedad unipersonal y



estando siempre en la empresa el único socio dirigiendo la actividad comercial de la misma, es lógico pensar que Elisabeth tan solo fue una administradora en apariencia.

La acusada se acogió a su derecho a no declarar y no se solicitó que se escuchara en el juicio su declaración sumarial, y además no hay pruebas que permitan entender que tomó parte en la maquinación defraudatoria, lo que lleva a dictar sentencia absolutoria para ella.

OCTAVO .- Por la Acusación Particular se pide la condena penal de la mercantil al amparo del artículo 31.bis del Código Penal , petición que no hace el Ministerio Fiscal. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es controvertida y muy debatida en el Tribunal Supremo, como se desprende de sus últimas resoluciones.

A).- Exponiendo esa doctrina, se comienza por la Sentencia 154/2016 de 29 de Febrero 2016, Recurso 10011/2015 la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 pár. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

La Sentencia 221/2016 de 16 Marzo de 2016, Recurso 1535/2015 , dice que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP , pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo.

Y la Sentencia 516/2016 de 13 Junio de 2016, Recurso 1765/2015, dice que el art. 31 bis del Código Penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de una persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física -representantes legales o por empleados- en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica, respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.



B) .- Examinando el caso de autos, como ya se dicho antes, se comprueba que nos hallamos ante una sociedad unipersonal, por lo que en la práctica toda la dirección social estaba centrada en el acusado, no constando cual era la participación de la coacusada, cuestión sobre la que no se hizo prueba alguna. No consta tampoco que la manipulación del cuentakilómetros se llevara a cabo en el periodo en el que estando el vehículo ya en España Elisabeth aun era administradora única de la sociedad, pudiendo decirse que se dedicaba a la actividad de oficina, no a la comercial de la empresa. Tratándose de una sociedad unipersonal y estando siempre en la empresa el único socio dirigiendo la actividad comercial de la misma, es lógico pensar que Elisabeth tan solo fue una administradora en apariencia.

El único responsable real de la sociedad era el acusado, titular de la mercantil constituida como sociedad limitada unipersonal, y por ello, si se condenara a la empresa en realidad se estaría penando dos veces el mismo hecho. Se dicta sentencia absolutoria. Decir que la Acusación Particular, única que acusaba a la mercantil, no solicitó pena para ella en el escrito de calificación provisional elevado después a definitivo, siendo ya en fase de alegaciones cuando pidió la pena de multa.

NOVENO .- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

DÉCIMO .- El artículo 249 del Código Penal fija una pena de prisión que va de seis meses a tres años, por lo que, no concurriendo ninguna circunstancia atenuante ni agravante, se estima ajustado a derecho imponer la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Indicar, que la Acusación Particular, solicitando la aplicación de un subtipo agravado del artículo 250 del Código Penal no ha solicitado también pena de multa. No se impone el límite mínimo al no concurrir, como se ha dicho, atenuante alguna y dada la condición empresarial del acusado.

UNDÉCIMO .-En materia de responsabilidad civil : a) .- se solicita el pago de la diferencia del precio pagado por el camión y el que debería haberse abonado en el supuesto de que se hubiera sabido por el perjudicado los kilómetros que realmente había recorrido el vehículo, y ese importe se cifra en **15.999,84 euros** , según la pericial practicada en la causa por D. Cosme y que no ha sido enervada por otra pericial u otro elemento probatorio que la desacreditara, por lo que se acoge la suma solicitada. Como ya se ha dicho, el kilometraje es un elemento a tener en cuenta a la hora de fijar el precio de un vehículo de segunda mano, lo que justifica la reclamación.

b) .- En segundo lugar, se reclaman las reparaciones efectuadas en el vehículo (folios 78 a 85, 89 a 93 y 94), que de acuerdo con dicha documental y la pericial-testifical practicada en el plenario se cifran en 9.492,56 euros. El mayor desgaste del camión producido por el mayor kilometraje lleva consigo un incremento en las reparaciones, que es evidente que hubieron de hacerse ya desde el primer momento de la entrega del vehículo, por lo que se acoge la suma de **9.942,56 euros** , lo que integra unos perjuicios derivados de la estafa, no como el elemento integrante del tipo, sino a título de perjuicio.

En este punto, ha de hacerse notar que el perjudicado ha reclamado esta partida en la vía civil con carácter previo al ejercicio de la acción penal, tal y como se afirma en el escrito de querrela y en el de conclusiones provisionales, concretamente ante el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Carmona, Procedimiento Ordinario 519/2012, desconociéndose el resultado de ese proceso, que en cualquier caso significa que se ha ejercitado separadamente la acción civil, hecho que no ha sido objeto de debate en esta causa, por lo que no se entra a dilucidar de oficio si procede o no el reconocimiento de la suma reclamada, si bien ha de decirse que a los efectos de la ejecución de la presente sentencia habrá de tenerse en cuenta el resultado del citado pleito civil.

c).- Se reclaman igualmente algunos gastos de gestoría que debió hacer el acusado y no hizo, y ello por importe de 402,39 euros, partida que no se concede, ya que este gasto no es derivado directa ni indirectamente de la estafa, sino que se trata de un mero incumplimiento contractual, que además se ha reclamado también en el pleito civil.

d). - Por último, **se reclama el perjuicio causado como lucro cesante** derivado de la imposibilidad de trabajar con el vehículo completo desde que se hizo el último pago hasta la entrega final del remolque, y ello por un importe de 15.210,27 euros. Y sobre esto ha de decirse igualmente que se trata de un simple incumplimiento contractual a ventilar en la vía civil. Estos perjuicios no guardan relación alguna con que el camión tuviera más o menos kilómetros. Por lo tanto, **la cantidad total que se concede es la de 25.492,57 euros**. Al pago de la misma, como responsable civil subsidiaria, se condena a **TRUCKS EUCARMO S.L.U.**

DUODÉCIMO .- Las costas se entienden impuestas por ministerio de la ley a los culpables de delito. Por lo tanto, siendo tres los acusados y dos los absueltos, se declaran de oficio las 2/3 partes y se impone al acusado el resto, sin inclusión de la parte correspondiente a las de la Acusación Particular, y ello porque, en contra del recto criterio del Ministerio Fiscal, ha introducido un subtipo agravado que ha modificado la competencia



objetiva y funcional, pues un asunto que por su propia naturaleza debió ser conocido por el Juzgado de Lo Penal en primera instancia, se ha enjuiciado por esta Audiencia Provincial dada la calificación del hecho dispar de la de la Acusación Pública.

Y por otro lado, en materia de responsabilidad civil, también se ha solicitado un importe mayor del pedido por el Ministerio Fiscal y que no ha sido concedido. Esto unido a lo anterior, solo lleva a concluir que la intervención de la Acusación Particular ha sido gravemente distorsionadora del procedimiento, lo que lleva a la no inclusión de sus costas.

VISTAS las disposiciones legales citadas y los artículos de aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

EL TRIBUNAL, por la autoridad que le confiere la Ley, emite el siguiente:

FALLO

ABSOLVEMOS a los acusados **Elisabeth y TRUCKS EUCARMO S.L.U.** del delito de estafa que les imputaban las acusaciones, declarando de oficio las 2/3 partes de las costas causadas, con inclusión de las de la parte correspondiente a la Acusación Particular y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas sobre la persona o bienes de la acusada Elisabeth .

CONDENAMOS al acusado Camilo , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a la pena de un año de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales, así como a que abone a Isaac , como indemnización de perjuicios, **la suma de veinticinco mil cuatrocientos noventa y dos con cincuenta y siete euros** , más los intereses legales desde la fecha de la sentencia. Del pago de esta cantidad **CONDENAMOS a TRUCKS EUCARMO S.L.U. como responsable civil subsidiario**. En ejecución de sentencia deberá estarse al resultado del proceso civil seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Carmona, Procedimiento Ordinario 519/2012, en cuanto a los importes y conceptos en el mismo reclamados

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Casación a resolver por el Tribunal Supremo, recurso que podrá prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el M.I. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando sesión pública esta Audiencia Provincial en el mismo día de su fecha.- Certifico.