



Roj: **SAP V 3308/2017 - ECLI:ES:APV:2017:3308**

Id Cendoj: **46250370032017100511**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **1387/2017**

Nº de Resolución: **609/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación de juicio de faltas**

Ponente: **LAMBERTO JUAN RODRIGUEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJI, Valencia, núm. 14, 20-06-2017,**  
**SAP V 3308/2017**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **VALÈNCIA**

---

### **SECCIÓN TERCERA**

Apelación de Juicio sobre Delitos Leves nº 1387/2017

Dimana del Juicio sobre Delitos Leves nº 1250/2016 del

Juzgado de Instrucción de València número 14

### **SENTENCIA**

#### **Nº 609/2017**

En la ciudad de València, a veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete.

D. Lamberto J. Rodríguez Martínez, Magistrado de la Audiencia Provincial de València, constituido en Tribunal unipersonal, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia nº 96/2017 de fecha 20-06-2017 del Juzgado de Instrucción de València nº 14 en Juicio sobre Delitos Leves nº 1250/2016, por delito leve de estafa.

Ha intervenido en el recurso la entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana FGV, en calidad de apelante, representada por la Letrada D<sup>a</sup> Rosa Gutiérrez Díaz. El Ministerio Fiscal ha intervenido en calidad de adherido al recurso.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: "Resulta probado y así se declara que el día 25 de febrero de 2016 sobre las 17 horas Valentín mayor de edad con D. N.I. NUM000 cogió uno de los trenes propiedad de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA y en el trayecto Amistad y Plaza España en la estación de Colón fue sorprendido por el Agente NUM001 viajando sin billete, por lo que se levantó por el Agente una acta de infracción-suplemento de 50 euros."

**SEGUNDO.-** El fallo de la sentencia apelada dice: "Que debo absolver y absuelvo a Valentín con declaración de las costas de oficio."



**TERCERO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, por la Letrada D<sup>a</sup> Rosa Gutiérrez Díaz en nombre y representación de la entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana FGV se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dictó.

**CUARTO.-** Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juzgado de Instrucción dio traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para la presentación, en su caso, de los correspondientes escritos de impugnación o de adhesión al recurso, en cuyo trámite se adhirió al recurso el Ministerio fiscal. Transcurrido dicho plazo, se elevaron a esta Audiencia Provincial los autos originales con todos los escritos presentados. Recibidos los autos, por la Oficina de Servicios Comunes de esta Audiencia fue turnado el presente juicio al Magistrado que ahora resuelve y fue remitido a la Secretaría de la Sección Tercera de dicha Audiencia para la formación del correspondiente rollo. Como sea que no se propuso prueba, se señaló el día 24-10-2017 para estudio y resolución.

## II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Resolviendo un recurso planteado en los mismos términos contra una sentencia dictada por la misma Juzgadora de instancia y con relación a unos hechos similares, este Tribunal Unipersonal dictó la sentencia de fecha 12-06-2017, rec. 835/2017, en la que se hacían las siguientes consideraciones:

*" Aunque se formula recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, interesando su sustitución por una condenatoria, nada impide el examen de las cuestiones que se plantean en el mismo, dado que la recurrente no discrepa de la valoración de la prueba efectuada por la Juzgadora de instancia ni del relato de hechos probados de la sentencia que se recurre, sino tan solo de la calificación jurídica de los mismos, que se estiman atípicos en la sentencia recurrida y se consideran constitutivos de un delito leve de estafa por parte de la apelante.*

*La relevancia penal de la denominada estafa de polizonaje es cuestión debatida en la doctrina científica y en las resoluciones de los Tribunales y buen ejemplo de tales discrepancias son, en esta misma Audiencia Provincial, las posiciones adoptadas por sus distintas Secciones.*

*Así, consideran que acceder a un transporte público y viajar en él sin haber abonado el correspondiente billete integra la referida infracción penal, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 5<sup>a</sup> de fecha 07-04-2017, rec. 511/2017; de la Sección 4<sup>a</sup> de fecha 15-09-2015, rec. 292/2015; de la Sección 3<sup>a</sup> de fecha 03-03-2015, rec. 68/2015; de la Sección 3<sup>a</sup> de fecha 24-07-2014, rec. 251/2014, y de la Sección 1<sup>a</sup> de fecha 08-10-2008, rec. 216/2008, entre otras.*

*Por el contrario, consideran que tales hechos son atípicos las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 2<sup>a</sup> de fechas 24-02-2017, rec. 96/2017; 02-12-2015, rec. 264/2015; 20-01-2014, rec. 371/2013, y 05-11-2013, rec. 271/2013.*

*Pues bien, dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26-06-2009, n<sup>o</sup> 695/2009, que "según ha repetido esta Sala frecuentemente (Cfr. STS de 10-11-2008, núm. 697/2008), son elementos configurativos de este tipo penal los siguientes: 1) Un engaño precedente o concurrente, que constituye el eje del ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, pudiendo incardinarse en el seno de una relación contractual preparada con este fin defraudatorio. 2) El engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial. 3) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente. 4) Un acto de disposición patrimonial. 5) El nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido. 6) El ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial".*

*En el caso de autos el engaño se comete mediante el acceso al tranvía aparentando haber adquirido previamente el billete o título que habilita para viajar en él.*

*El engaño es bastante en la medida en que es suficiente esa apariencia de contar con el título preceptivo para que se produzca el desplazamiento patrimonial por parte de la perjudicada, aprovechando la confianza de los empleados de la perjudicada de que quien hace uso del servicio ha adquirido el correspondiente billete.*



*Ese acto de disposición patrimonial se produce igualmente en tanto que el autor de la infracción consigue beneficiarse de un transporte no dispuesto para quien no abona el precio establecido, con el consiguiente perjuicio para la entidad que presta el servicio.*

*Es evidente el nexo de causalidad entre el engaño y el perjuicio sufrido por la víctima, del mismo modo que es evidente el ánimo de lucro que mueve a quien deliberadamente decide utilizar un transporte público sin abonar el precio del mismo.*

*No puede compartirse el criterio de la Juzgadora de instancia, que niega la tipicidad por el hecho de que la denunciada reconoció inmediatamente al interventor que la sorprendió que carecía de billete. En efecto, el interventor no es el sujeto pasivo del engaño, sino quien lo descubre. El sujeto pasivo del engaño es la entidad propietaria del servicio (que lo establece y lo presta en la creencia de que todos los usuarios abonan el importe del billete) y, de forma más concreta, el conductor del transporte o el empleado que decide que éste continúe su trayecto creyendo erróneamente que todos los que han accedido al mismo han adquirido el billete correspondiente.*

*De otro lado, la atribución de facultades sancionadoras a la entidad perjudicada en modo alguno excluye la actuación de la jurisdicción penal, sino que, por el contrario, es tal facultad sancionadora la que queda en suspenso cuando se inicia un procedimiento penal. Y, desde luego, pese a lo que se afirma en la sentencia de instancia la decisión o no de la perjudicada de ejercer tales facultades no excluye la relevancia penal de los hechos, sino que simplemente impide que lleguen a conocimiento de la autoridad judicial.*

*Aunque por razón de la escasa cuantía de la defraudación es muy infrecuente que el Tribunal Supremo llegue a conocer de la estafa de polizonaje, como se reconoce en la misma sentencia apelada el Alto Tribunal llegó a pronunciarse de forma expresa (además de resoluciones más antiguas) en una ocasión, en sentencia de fecha 15-06-1981, nº 855/1981, señalando que "si bien es cierto que el dolo en la estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente para producir la operatividad del traspaso patrimonial, este artificio puede manifestarse de modo omisivo, del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas pueden llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio". Por tal motivo, "el simple hecho de haberse introducido en el vehículo de motor sin autorización alguna, y trasladarse de un lugar a otro en un tren expreso, aparte de tener potencialidad para los más variados fines, en los que afloran, dada la clandestinidad de la acción, los de carácter ilícito, lleva consigo la omisión de no sacar el billete que exige el transporte de la persona, y esta omisión implica un prevalimiento amparado en la facilidad que presenta la utilización del transporte burlando la vigilancia de la Policía de Ferrocarriles y da lugar al denominado en otras legislaciones delito de polizonaje, que es tratado, en nuestra jurisprudencia, como infracción originadora de la estafa". Y "la utilización del transporte en el tren expreso significa un beneficio para el usuario y un perjuicio para el transportista, uno y otro de carácter económico".*

*Aunque no con esa claridad (pues no era objeto del recurso la tipicidad de los hechos), la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26-11-1983, nº 1577/1983, confirmó una condena por estafa de polizonaje.*

*Asimismo, de forma indirecta, resolviendo cuestiones de competencia, también el Tribunal Supremo ha tenido ocasión en fechas posteriores a la citada sentencia de 1981 de ratificar la relevancia penal de la estafa de polizonaje.*

*Así, el auto de fecha 21-06-1986, nº 919/1986, al determinar el lugar de comisión del delito, dice expresamente que "respecto a la estafa del que viaja sin billete, el delito se comete no donde el viajero sube al tren, sino en el sitio preciso en que se verifique la reclamación del importe sin obtener el pago (Auto de 16 de octubre de 1972 y muchos más en este sentido), y cuando este lugar no conste -que es la hipótesis frecuente- ha de referirse la consumación al punto de destino o final del viaje".*

*En términos similares se han pronunciado los autos del mismo Tribunal Supremo de fecha 18-07-1987, nº 1349/1987; 26-10-1987, nº 1922/1987; 14-04-1988, nº 936/1988, y 05-02-1993, rec. 2330/1992.*

*Es clara y reiterada, pues, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la tipicidad de la estafa de polizonaje y en esta alzada, es el criterio al que se estará por las razones expuestas a lo largo de esta resolución. "*

**SEGUNDO.-** Completando las anteriores consideraciones, también se ha negado la tipicidad de hechos como los que son objeto de este recurso por ausencia de la suficiencia del engaño.

Dice en este sentido el auto de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 2ª de fecha 25-04-2017, rec. 606/2017, declara que "Aún en el caso de que se considerara que en la conducta del denunciado existe engaño, dicho engaño no podría ser considerado bastante. En Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de fecha 3 de mayo del presente año -ref. Ar. 443/29- se recuerda que "no existe el delito cuando el engaño es tosco y burdo



*e incapaz de sorprender a la generalidad de las personas. A igual conclusión debe llegarse cuando el engaño es consecuencia de una falta de diligencia en el perjudicado que le era exigible en atención a su situación en el acto en que se produce el engaño". En supuestos como el denunciado, la posibilidad de viajar sin billete se le facilita al viajero incumplidor desde el momento en que la empresa explotadora del servicio de transporte opta -posiblemente por razones económicas, de reducción de gastos- por no controlar la adquisición previa de título de transporte. Por tanto, la situación de impago del billete por un viajero unida al uso del servicio, no puede considerarse conducta maliciosa de entidad tal como para sorprender o generar la creencia errónea, en los empleados de los Ferrocarriles, de que el viajero sí ha cumplido con sus obligaciones y oculta la realidad. Cualquier usuario de dicho servicio conoce que los Interventores actúan de manera aleatoria; en función del número de interventores y distribución de servicios, inspeccionan el cumplimiento de la obligación de pago o de la tenencia de título de transporte en determinados convoyes. Una vez en el interior de los mismos, comprueban dicho cumplimiento respecto de todos los viajeros. Que quien no ha pagado el billete, oculte que no lo lleva, no le va a eximir del control. Consecuentemente, con su conducta ilícita, el viajero que no paga billete no impide la actividad de control aleatoria, que es la elegida por la compañía en función de sus criterios de organización del servicio y rentabilidad económica, para comprobar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los usuarios del servicio que presta y explota.*

*En este sentido viene pronunciándose desde tiempo atrás la Audiencia Provincial de Madrid, cuyas Secciones vienen considerando que aun cuando el engaño se considerara bastante e idóneo, no habría sido causa efectiva para mover la voluntad de otro induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero, por cuanto el trayecto del tren se habría efectuado igualmente con independencia de que viajara o no la denunciada y hubiera satisfecho o no el importe del billete. Este criterio fue aprobado en Junta de Magistrados de las Secciones Penales de esa Audiencia Provincial de Madrid celebrada el 26 de mayo de 2006.*

*Por lo expuesto, falta en el presente supuesto uno de los requisitos objetivos del tipo de la estafa, cual es la utilización de engaño bastante para producir error, - en este caso no hay engaño, ni se produce error-, exigido por el art. 623.4 en relación con el art. 248, ambos del Código Penal, para penalizar la conducta. "*

*No puede compartirse ese criterio. Dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29-06-2017, rec. 2214/2016, que " Por lo que concierne a la exigencia de despliegue de una actividad de autoprotección como presupuesto de relevancia penal del engaño que la supere, hemos recordado en reciente sentencia de este Tribunal Supremo nº 377/2017 de 24 de mayo, la doctrina al respecto fijada entre otras muchas en la STS 160/2017 de 20 de marzo, que: en relación a la configuración del engaño típico del delito de estafa señala que en su análisis ha de partirse de la base de que el tráfico mercantil ha de regirse por los principios de buena fe y confianza ( STS 838/2012, de 23 de octubre ). Por ello, el marco de aplicación del deber de autoprotección debe ceñirse a aquellos casos en que consta una omisión patentemente negligente de las más mínimas normas de cuidado o porque supongan actuaciones claramente aventuradas y contrarias a la más mínima norma de diligencia.*

*La STS 162/2012, de 15 de marzo, recuerda que 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 que se pretenda desplazar sobre la víctima la responsabilidad del engaño, escogiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.*

*Esta Sala tiene declarado sobre los deberes de autotutela o de autoprotección del perjudicado que aunque ha de evitarse que una interpretación abusiva de esta exigencia, como la que el recurrente propone, no debe desplazarse indebidamente sobre los perjudicados la responsabilidad de comportamientos en los que la intención de engañar es manifiesta, y el autor ha conseguido su objetivo, lucrándose en perjuicio de su víctima. En este sentido la STS 228/2014, de 26 de marzo considera que "únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ( STS 1036/2003, de 2 de septiembre ), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima.*

*De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa... En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11 de julio del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado».*



De conformidad con la anterior doctrina general, del mismo modo que se alude a un principio de buena fe y confianza en el tráfico mercantil, habrá que reconocer la existencia de un principio similar de confianza y buena fe en el establecimiento de los servicios públicos de transporte. No parece en modo alguno razonable presumir que los usuarios de los mismos, lejos de ser reputados "*justos y benéficos*" (como ordenaba el artículo 6 de la Constitución de 1812), deben ser siempre tenidos por arbitrarios y malvados y que, en consecuencia, siempre que tengan oportunidad cometerán toda clase de ilícitos, incluso penales.

Por tal motivo, no es razonable exigir a la empresa titular del servicio la adopción de medidas extremas de vigilancia del buen uso de su servicio (como la ubicación de un vigilante-cobrador en cada uno de los vagones, la instalación de controles de acceso vigilados a cada unidad, etc.) para entender que ha actuado con la debida diligencia en la protección de sus intereses.

En el caso del servicio de metro, las medidas de autoprotección que, como es sabido, se adoptan por la entidad titular del servicio deben ser calificadas como razonablemente suficientes por las siguientes razones:

1ª. La entidad anuncia de forma suficiente y susceptible de ser conocida por cualquier usuario que el servicio de transporte no es gratuito y que, por el contrario, debe ser abonado mediante cualquiera de las formas que permiten las máquinas expendedoras ubicadas en todas y cada una de las estaciones, apeaderos y paradas.

2ª. Con la misma amplitud, la titular del servicio anuncia también la existencia de sanciones (administrativas o penales) para quien, entre otras infracciones, haga uso del transporte sin abonar el precio establecido.

3ª. Es igualmente sabido que, además, y para reforzar la intimidación inherente a ese catálogo de infracciones y sanciones, ha establecido un servicio de controles aleatorios mediante interventores que, como en el caso de autos, detectan y denuncian a los infractores que no abonan el precio del billete.

De conformidad con esos principios de buena fe y confianza que deben predicarse para el establecimiento y funcionamiento de un servicio público de transporte, las medidas indicadas deben considerarse suficientes para entender satisfecho por parte de la perjudicada ese deber de autoprotección que permite calificar como suficiente el engaño de que es objeto por parte de quien, pese a tales precauciones, utiliza el servicio de transporte sin abonar el correspondiente billete.

Con mayor motivo habrá que considerar cumplimentada esa autoprotección si, como ocurre en el caso de autos, la infracción se comete utilizando el servicio de metro que, como es sabido, dispone, junto a las anteriores medidas, de unos sistemas de control mecánico del acceso que deben ser eludidos mediante el empleo de una mayor o menor destreza o esfuerzo físico por parte del infractor.

En definitiva, de conformidad con lo interesado por los apelantes principal y adherido en el juicio oral, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito leve de estafa previsto y penado en el artículo 248.1 y 249.2º del Código Penal, del que aparece como responsable criminalmente en concepto de autor Valentín, procediendo imponerle la pena de un mes de multa con cuota diaria de 3 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, así como el pago de las costas causadas en la primera instancia.

La duración de la pena y la cuota diaria se imponen en los términos que interesaron las acusaciones en el juicio oral, quedando la pena en el mínimo legal y la cuota en cuantía muy inferior a la de 10 euros que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 03-05-2012, nº 320/2012, entre otras muchas, estimaba adecuada para quien no se encuentra "*en una situación de indigencia o similar que pudiera justificar la imposición del mínimo absoluto previsto en la ley*".

En concepto de responsabilidad civil, procederá condenar al denunciado al pago a la entidad perjudicada del precio del billete, que asciende a 1,80 euros.

**TERCERO.**- No se considera procedente hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos aplicables del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial sus artículos 962 y siguientes.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Magistrado D. Lamberto J. Rodríguez Martínez

**ha decidido:**



Primero: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> Rosa Gutiérrez Díaz en nombre y representación de la entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana FGV y la adhesión formulada por el Ministerio fiscal.

Segundo: Revocar la sentencia apelada y condenar a Valentín , como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito leve de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 3 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de las costas causadas en la primera instancia, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a la entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana FGV en 1,80 euros por los perjuicios sufridos, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Tercero: No hacer un especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta instancia.

Contra la presente sentencia no cabe ningún recurso.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así, por esta sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.