



Roj: **SAP LE 828/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:828**

Id Cendoj: **24089370032017100351**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **3**

Fecha: **18/04/2017**

Nº de Recurso: **109/2017**

Nº de Resolución: **197/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION DE JUICIO DE FALTAS**

Ponente: **ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

LEON

SENTENCIA: 00197/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/ EL CID, 20, LEÓN

Teléfono: 987230006

Equipo/usuario: MDG

Modelo: N545L0

N.I.G.: 28079 43 2 2014 0235339

ADL APELACION JUICIO SOBRE DELITOS LEVES 0000109 /2017

Delito/falta: ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Recurrente: Higinio

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

El Ilmo. Sr. Magistrado D. ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON, como Tribunal Unipersonal adscrito a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente:

S E N T E N C I A N.º. 197/2017

En la ciudad de León, a dieciocho de abril de 2017.

En el Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de León en Juicio de delio leve 11/15 seguido por supuesto delito leve de estafa figurando como apelante Higinio , con N.I.E. NUM000 , impugnado por el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juicio por delito leve aludido se ha dictado sentencia, con fecha 20/11/15 , cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- **CONDENO a Higinio , como autor responsable de una falta de ESTAFA** a la pena de 1 MES MULTA CON CUOTA DIARIA DE 4 euros, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago artículo 53 Código Penal y a que **indemnice** en concepto de responsabilidad civil a Reyes en la cantidad de 185 euros; y al pago de las costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma por Higinio recurso de apelación en la forma establecida en los Art. 795 y 796 de la LECRIM , dándose traslado del escrito a las demás partes con el resultado que obra en Autos.



HECHOS PROBADOS

UNICO.- No se aceptan los hechos probados de la sentencia impugnada, que son sustituidos del tenor literal siguiente:

Resulta probado que Reyes contactó por Internet con una persona apodada Zapatonos que le ofreció un cambio ventajoso para enviar dinero a Venezuela y, a tal fin, le facilitó el número de cuenta NUM001 del banco BBVA del que era titular Higinio, con la falsa promesa de que el dinero recibido en aquella cuenta se enviaría a la cuenta o entidad venezolana que Reyes le indicara.

Reyes confiando en la promesa dada procedió a ingresar 180 en la cuenta bancaria abierta en el BBVA a nombre de Higinio sin llegar finalmente a recibir el dinero en la cuenta por ella designada en Venezuela.

Previamente Higinio, de profesión programador informático, se había puesto de acuerdo con Zapatonos y le había facilitado su número de cuenta bancaria del BBVA para que en dicha cuenta se efectuaran las transferencias de terceras personas, con el compromiso de hacerle llegar dichos fondos a cambio de una comisión, siendo consciente de que dicha persona pudiera apropiarse de los mismos y no darles el destino al que aquel se había comprometido con las personas que habían realizado en su cuenta tales transferencias bancarias.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación - como en el presente caso- es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" en uso de las facultades que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en los artículos 741 y 793 citados) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985 , 23 de junio de 1986 , 13 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1990 , entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

La valoración de los testimonios es competencia del juzgador de instancia, que desde la inmediación que la preside, analiza y valora el testimonio no sólo por lo que dice el testigo sino por las circunstancias que rodean ese testimonio y que le otorgan o le niegan verosimilitud y posibilitan la convicción del juzgador (STS 10-Julio-00).

SEGUNDO.- No se aprecia que la Sentencia combatida incurra en el error valorativo que se denuncia, pues se explicitan los razonamientos que llevan al Juzgador a dictar una sentencia condenatoria de Higinio como responsable de una falta de estafa (hoy delito leve) sin que en su recurso se aduzcan razones que lleve a este magistrado a considerar que los razonamientos y explicaciones que el juez ofrece en la resolución objeto de recurso deban considerarse desacertadas, por lo que se estima correcta y suficientemente fundada la sentencia objeto de recurso sin que se aprecie error en la valoración de la prueba efectuada por el Juez de Instrucción.

Tan solo el recurrente propone un relato de hechos alternativos al de la sentencia, que siendo legítimo en el ámbito del derecho a defenderse, no puede, sin sustento probatorio alguno, sustituir al relato de hechos que ofrece la resolución recurrida presidida tras la práctica de la prueba declarada pertinente, bajo el principio de inmediación y contradicción.



No obstante lo cual, el relato de hechos ha sido modificado al considerar que no ha quedado acreditado que el denunciado se quedara finalmente con el dinero y, por el contrario considerar que ha quedado acreditado que el denunciado se había concertado con otra persona permitiéndole, a cambio de una comisión, que usara de su cuenta bancaria (lo que daba la apariencia de que quien hacía el negocio era él mismo) con el compromiso de retornarle el dinero así captado, siendo consciente de que dicha persona pudiera apropiarse de los mismos y no darles el destino al que se había aparentemente comprometido con las personas que habían realizado en su cuenta las citadas transferencias.

Tras un estudio detenido de la causa este Tribunal considera que la actuación del denunciado es ciertamente parecida a la del mulero informático o cibernético al que se refiere entre otras, a propósito de la modalidad de fishing la **SAP BARCELONA, Penal sección 5 del 02 de octubre de 2012 que señala que con tal término nos referimos** a quienes en el nivel inferior de una trama organizada y conociendo el operativo ilícito, percibiendo bajo comisión unas transferencias que seguidamente extraen de sus cuentas bancarias y transfieren a nombre de terceros desconocidos (así STS de 12.06.07 entre otras).

Y decimos parecido porque, en el caso que nos ocupa el dinero que recibe el denunciado es de origen lícito y el fraude se corresponde con el hecho de personas no identificadas captan el mismo con la promesa de un tipo de cambio ventajoso con intención de enriquecerse ilícitamente y, a fin de permanecer en el anonimato se sirven de otras personas, como el denunciado, que a semejanza de los muleros en el tráfico de drogas, permiten que en sus cuentas bancarias se hagan los ingresos a cambio de una comisión y remiten el mismo por medios de difícil identificación a la persona que queda en el anonimato, que es el que termina enriqueciéndose ilícitamente.

Pero, en este iter, la conducta del mulero es determinante y necesaria para el éxito del negocio criminal, por lo que ha de responsabilizarse también de las consecuencias de su actuar y no puede quedar "como otra víctima" o como mero intermediario, como pretende el recurrente.

Y es que parece notorio pensar que, si estuviéramos hablando de un comportamiento legal en la persona que ofrece el cambio de divisa ventajoso, la figura del mulero carecería de sentido, pues bastaría que la persona que realiza la transferencia lo hiciera directamente en la cuenta de quien ofrece dicho cambio y, en cambio, lo que ocurre es, a fin de dar seguridad al estafado la persona que queda en el anonimato da el nombre y la cuenta de otra persona (el mulero) y este es el que, posteriormente, "da la cara" frente al estafado y transmite los fondos, a cambio de una comisión, por tanto con intención de enriquecerse, a la persona que finalmente se apropia de los fondos.

Pensar en el día de hoy que se trata de un negocio lícito poner a disposición de una persona de la que nada se conoce (como parece advertir el denunciado) una cuenta bancaria para recibir fondos (cuyo origen no es controlado por su titular) y trasmitírselos posteriormente a cambio de una comisión no resulta creíble y menos con el perfil del denunciado, que es programador informático. Ciertamente, parece dinero fácil del que es cabal desconfiar. Si la comisión era como dijo el denunciado de un 0,5%, una sola transferencia de 1.000 euros generaría un beneficio de 50 euros para el recurrente por el solo hecho de hacer una transferencia y no responde a las reglas de la lógica que, si el negocio fuera legal y ilícito, la persona que finalmente recibe los bienes, esta persona "se deje por el camino 50 euros" puesto que nada impediría recibir directamente el ingreso y ahorrarse el paso intermedio de que el dinero vaya a otra cuenta y de esa cuenta finalmente llegue a la suya, ahorrándose así lo que podíamos denominar "la comisión".

En este punto, es plenamente ajustado la argumentación STS de 12.06.07 que señala que el mulero, prestándose a recibir en su cuenta fondos a cambio de una comisión presta su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supiera, o no quisieran saber --ignorancia deliberada--, o les fuera indiferente el origen del dinero recibido.

Incluso dando por bueno lo manifestado por el denunciado, que reenvió en "bitcoins" los 185 euros que recibió de la denunciante a Campanilla (como pudiera derivarse de la documental que obra en la actuaciones al folio 212) lo cierto es que en el acto de la vista reconoció haber recibido una comisión por tal trabajo y también de la documental aportada (al folio 61) el denunciado reconoce, en un correo remitido a un afectado que "ellos (referido a las personas a las que transfieren el dinero recibido en sus cuentas) "pueden estafar", lo cual parece no es un obstáculo para que el denunciado participe "del negocio".

Por tanto, el denunciado se ofrece a participar en un negocio en el que reconoce que puede terminar estafándose a quien le ingresa el dinero, pero, a cambio de su comisión, se limita a transmitir los fondos al posible estafador, pretendiendo quedar al margen, para el caso de que se quede con el dinero el destinatario final del mismo, porque él "solo se ha limitado a transferir".



Por otra parte, podría haber aportado el denunciado en la causa testigos de que su actuación de intermediario, a excepción del caso hoy denunciado, fue exitosa y el dinero captado llegó a su destino, lo cual cuanto menos hubiera generado duda de si el recurrente sabía del posible proceder ilícito de la persona a la que le había facilitado su cuenta corriente para "sus negocios". Recordemos que el denunciado dice que lleva haciendo de intermediario desde el 23 de abril de ese año pero no ha aportado ni siquiera una persona que diga que recibió el dinero en su país sin problemas (o documentación que así lo confirme) y, lo que queda acreditado en la causa es que hay más personas de distintas nacionalidades que han denunciado que han sido estafadas y han hecho el ingreso en la cuenta del denunciado y han visto como su dinero "se ha esfumado". Tampoco se ha acreditado que el denunciado hubiera enviado a quien debiera haber remitido el dinero los datos bancarios de la cuenta en la que según la denunciante debiera haberse destinado el dinero en Venezuela, por lo que difícilmente podría haberse culminado el encargo prometido.

Ciertamente, en el caso que nos ocupa, la conducta del denunciado cabe de ser calificada, como él mismo dice como intermediario o también conocida como "mulero", término acuñado para la modalidad delictiva denominada fishing, en la que, como el denunciado ha reconocido en su declaración, a cambio de una retribución económica, recibía en su cuenta bancaria (cuyos datos ha dado voluntariamente a un tercero) unos ingresos de personas que querían enviar dinero a otros países y se lo remitía a otra persona quien realizaría el cambio de divisas e ingresaría el dinero en el banco del país que señalase la persona que cursaba la transferencia.

En el caso que nos ocupa, no hay prueba alguna que permita identificar al denunciado con el Sr, Zapatonos, que aparece como quien "lanza la caña ofreciendo tipos de cambio por debajo del mercado" a fin de pescar a personas que, como la denunciante, movidos por un tipo de cambio de divisa más ventajoso, realicen una transferencia a la cuenta del denunciado, pero otra cosa es si, puede o no considerarse probado que cuando el apelante intervino, recibiendo en su cuenta la transferencia ordenada por la denunciante, reenviándola, previo descuento de su comisión, a una persona a la que tampoco conocía pudo haberlo hecho a sabiendas de este se iba a quedar con el dinero y estafar a quien hizo la transferencia.

La cuestión es si consta acreditado la prueba de un ánimo de enriquecerse ilícitamente, como elemento subjetivo o dolo de defraudar en el delito de estafa en la persona del denunciado. En tal sentido, en resoluciones anteriores de esta Sala como SAP, Penal sección 3 del 15 de octubre de 2014, referidas a la modalidad de fishing, se advierte que, casi en todos los supuestos, por no decir siempre, el indicio que soporta la inferencia que conduce a proclamar probada la conciencia del fraude en el acusado y, en definitiva, a declarar su responsabilidad tiene que ver o está representado por las circunstancias personales del acusado y, más concretamente y dentro de ellas, con aquellas que configuran lo que podríamos denominar su perfil, puesto en parangón con actividades, de alguna manera, afines con la práctica, presuntamente delictiva, que se juzga en estos casos, esto es, se trata de calibrar el conocimiento práctico que el acusado tiene por razón de la experiencia para, desde ese presupuesto y desde esa óptica, llegar a inferir si, efectivamente, el acusado pudo representarse o no que toda la operación en la que se estaba viendo inmerso obedecía a un complot defraudatorio.

Tratando de ilustrar lo que acabamos de afirmar, la STS de 12/7/2007 hace invocación al acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio, como baremo a la hora de establecer el grado de probabilidad de que el acusado, en cada caso, haya podido tener conciencia clara de la ilicitud de su comportamiento. Por eso y desde esa clase de óptica concluye considerando probado el conocimiento, por parte del acusado, de la antijuridicidad de su conducta y de su ánimo de defraudar, por ejemplo la STS 556/2009 de 16/3, en un caso en el que la acusada era subdirectora de una oficina financiera y, en cambio, se dicta sentencia absolutoria cuando el acusado por su "cultura y experiencia" no hubiera sido consciente o albergado una sospecha sobre la ilicitud de la operación.

En nuestro caso, el denunciado tiene por razón de su trabajo, programador informático, era perfecto conocedor de que este tipo de operaciones podrían encubrir un engaño o estafa y, pese a ello, voluntariamente a cambio de una comisión facilitó su número de cuenta bancaria aun tercero desconocido para, disponiendo de ella como si fuera suya, otras personas concertadas con aquel, hicieran transferencias en dicha cuenta, cuando, nada hubiera obstado, de ser un negocio legal a que la transferencia se hubiera hecho directamente a la cuenta de quién (por algún motivo claramente ilícito) permanece en el anonimato y no facilita su propia cuenta bancaria.

Asiste la razón al recurrente al señalar que no todo incumplimiento contractual es penalmente punible, pero, olvida que cuando existan elementos que permitan considerar que ha existido una intencionalidad previa por parte de quien recibe el dinero de quedarse con él, tal hecho puede dar lugar a lo que la doctrina denomina contrato civil criminalizado y es penalmente punible.



La jurisprudencia ha venido declarando que en aquellos supuestos en los que existen relaciones comerciales entre dos partes (compraventa, contrato de obra, contrato de suministro etc.) el incumplimiento de una de ellas con perjuicio de la otra, de las obligaciones contractuales contraídas, puede dar lugar a un simple supuesto de incumplimiento civil a resolver en la jurisdicción civil ó un "negocio jurídico criminalizado" incardinado en el ámbito del delito de Estafa. La distinción de ambos supuestos (no siempre sencilla) se tiende a resolver mediante el estudio de todas las circunstancias concurrentes del caso concreto, acudiendo de ordinario a la prueba indiciaria, que permitan concluir el momento de la aparición del dolo.

Así, se considera que estamos en el primer supuesto (ilícito civil) en aquellos casos en los que habiendo cumplido sus obligaciones normalmente ambas partes, surge un dolo sobrevenido ("dolo subsequens") en una de ellas, que por diversos motivos (no contemplados al inicio de la relación) deja de cumplir.

Estando, por el contrario, en el segundo supuesto (ilícito penal-estafa) en aquellos en los que la parte luego incumplidora, actúa ya con una inicial voluntad de incumplir ("dolo antecedens"), pues acude al inicio de la relación comercial habiendo decidido ya o sabiendo con certeza en ese momento, que finalmente no cumplirá sus obligaciones, de modo que el engaño consiste precisamente en aparentar frente a la contraparte una voluntad real de cumplimiento que sin embargo no tiene al inicio de la relación comercial.

En el ilícito penal de la estafa, por tanto el sujeto activo sabe desde el momento de inicio de la relación contractual, que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe pudiendo afirmarse que el engaño ha sido probado "cuando se acredita que el deudor sabe de la imposibilidad de cumplir con sus prestaciones y recibe a cambio las prestaciones del otro contratante", **o cuando sabe que es muy probable que no las cumpla, probabilidad que es suficiente para integrar el dolo exigible en el delito de estafa.**

En el caso que nos ocupa, como hemos señalado, el propio denunciado reconoce en el correo que obra al folio 61 que "hay riesgos", "hay intermediarios y ellos pueden estafar", por lo que si el denunciado se presta a cambio de una comisión a facilitar su cuenta para que se ingresen transferencias de las personas que quieren enviar el dinero al extranjero conociendo que es posible que finalmente el dinero no llegue a su destino su participación en tal ilícito negocio es relevante y ha de responsabilizarse de las consecuencias que se derivan del hecho de permitir que otras personas usen de su cuenta bancaria como propia, y sea el instrumento para acometer defraudaciones.

TERCERO.- Procede, por lo expuesto, desestimar el recurso y confirmare el pronunciamiento condenatorio de la sentencia apelada, declarando de oficio las costas de la alzada.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de general aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto Higinio contra la sentencia de fecha 20-11-15 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de León, en el Juicio por delito leve 11/15, debo confirma y confirmo dicha sentencia condenatoria, a excepción del relato de hechos probados que se sustituye por el expuesto en esta resolución, con declaración de oficio las costas de la alzada.

Dese cumplimiento, al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el Art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con certificación de lo resuelto, para su notificación y ejecución, de todo lo cual deberá acusar el oportuno recibo.

Lo acordó y firma el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente.