

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN
SEXTA**
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN
SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016667
Fax / Faxes: 94-4016995

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-15/007577
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2015/0007577

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 88/2015 - A

Atestado nº. / Atestatu-zk.:

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: ESTAFA Y FALSEDAD
DOCUMENTO PUBLICO /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 7 zk.ko
Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 653/2015

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradorea*: ESTHER ALONSO OLABARRIA

Abogado/a / *Abokatu*: ALVARO SOLA PEREZ

en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatu*: JUAN JOSE SANMIGUEL SAEZ DE JAUREGUI

Procurador/a / *Prokuradorea*: ABRAHAM FUENTE LAVIN

SENTENCIA Nº 50/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. ANGEL GIL HERNÁNDEZ

D/Dª. JOSE IGNACIO AREVALO LASSA

D/Dª. MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE

En BILBAO (BIZKAIA), a cinco de julio de dos mil dieciséis.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial la presente causa de Rollo Penal- nº 88/15 procedente del Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao, y dimanante de Procedimiento Abreviado 653/15 por delito de estafa contra sin antecedentes penales, y cuyos demás datos obran en autos, representado por la Procuradora Sra. Esther Alonso Olabarria y defendido por el Letrado Sr. Alvaro Sola Pérez, compareciendo como acusación particular representado por Abraham Fuente Lavin y defendido por el Letrado Sr. José Sanmiguel Saez de Jauregui.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANGEL GIL HERNANDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado de Estafa previsto en los artículos 248.1, 249, 250.6 y 74 del Código Penal y alternativamente de un delito continuado de apropiación indebida previsto en los artículos 252, 249, 250.6 y 74 del Código Penal, siendo responsable el acusado en concepto de autor, y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El Ministerio Fiscal solicitó imponer por el delito continuado de estafa la pena de cuatro años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses a razón de 12 euros de cuota diaria, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago, y alternativamente por el delito continuado de apropiación indebida la pena de cuatro años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses a razón de 12 euros de cuota diaria, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago y abono de las costas encausados. El acusado indemnizará a

en la cantidad de 14.269,41 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.

Por su parte la acusación particular en sus conclusiones provisionales calificó los hechos en conformidad con el Ministerio Fiscal y solicitó para el acusado la pena de seis años de prisión, estando conforme con el resto de las accesorias solicitando también el abono de costas, el interés que a favor del querellante haya producido la deuda.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en idéntico trámite, solicitó la libre absolución de su defendido.

HECHOS PROBADOS

nacido en Bilbao el día 29-12-1951,
con DNI nº sin antecedentes penales guiado por el ánimo de ilícito
enriquecimiento y valiéndose de la confianza depositada en él como asesor fiscal por

, quien le encomendó la gestión de sus impuestos autorizándole a girar contra la cuenta de Caja Laboral Popular de su titularidad nº

cuantos recibos fueron precisos en orden a atender las cantidades adeudadas a la Hacienda Foral de Bizkaia en concepto de IVA e IRPF, a cuyo fin, sin conocerlo el perjudicado le dio de baja en régimen de módulos, lo pasó al régimen general y tramitó la llamada huella digital con Hacienda, dando todos los datos de su sociedad para comunicarse con ésta, desde el tercer trimestre del año 2012 hasta el tercer trimestre del año 2014, giró con cargo a dicha cuenta y se apropió en beneficio propio de las siguientes cantidades que no correspondían a cantidades adeudadas a la Hacienda Foral:

- en concepto de IVA:
 - EL 2º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2012: 4.550,76 €.
 - EN EL 1º TRIMESTRE DEL AÑO 2013: 712,47 €
 - EN EL 1º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2014: 2914,27 €
- en concepto de IRPF:
 - EN EL 3º Y 4º TRIMESTRE DEL AÑO 2012: 1289,38 €
 - EN LOS 4 TRIMESTRES DEL AÑO 2013: 2499,84 €
 - EN EL 1º, 2º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2014: 2292,89 €

El perjudicado formula reclamación por la cantidad total de 40.000 € quien en ningún momento tuvo conocimiento de la transcendencia de la documentación que firmó por incluir la llamada huella digital en su relación con Hacienda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de estafa, de los arts. 298.1, 249, 250.6 y 74 del C.Penal.

SEGUNDO.- Habiéndose reconocido expresamente por el acusado y su defensa jurídica los hechos objeto de acusación, discrepando tan solo en cuanto a su calificación jurídica, puesta ésta los considera constitutivos de delito de apropiación indebida, al ser más beneficiosa penológicamente (aunque la penalidad del art. 253 se remita a la de la estafa).

Con carácter previo bueno será recordar los requisitos que la Sala Segunda del Tribunal Supremo exige para configurar el delito de estafa: así, <en los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 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, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las

condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñaran su función determinante. 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 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, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado. 5º) Animo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 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, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa>.

Pues bien, el Sr. [redacted] he reconocido expresamente que como asesor fiscal de [redacted], quien le encomendó la gestión de sus impuestos autorizándole a girar contra la cuenta de Caja Laboral Popular de su titularidad nº [redacted] cuantos recibos fueron precisos en orden a atender las cantidades adeudadas a la Hacienda Foral de Bizkaia en concepto de IVA e IRPF, a cuyo fin, sin conocerlo el perjudicado le dio de baja en régimen de módulos, lo pasó al régimen general y tramitó la llamada huella digital con Hacienda, dando todos los datos de su sociedad para comunicarse con ésta, desde el tercer trimestre del año 2012 hasta el tercer trimestre del año 2014, giró con cargo a dicha cuenta y se apropió en beneficio propio de las siguientes cantidades que no correspondían a cantidades adeudadas a la Hacienda Foral:

* en concepto de IVA:

- EL 2º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2012: 4.550,76 €.
- EN EL 1º TRIMESTRE DEL AÑO 2013: 712,47 €
- EN EL 1º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2014: 2914,27 €

* en concepto de IRPF:

- EN EL 3º Y 4º TRIMESTRE DEL AÑO 2012: 1289,38 €
- EN LOS 4 TRIMESTRES DEL AÑO 2013: 2499,84 €
- EN EL 1º, 2º Y 3º TRIMESTRE DEL AÑO 2014: 2292,89€,

añadiendo su voluntad de reintegrar dichas sumas al perjudicado, si bien no lo puede

hacer al carecer de medios económicos para ello.

La Sala entiende que dicha apropiación obedece a la existencia de un engaño previo.

Desarrollando el análisis del elemento del engaño, éste, que ha de ser bastante, en principio, es aquél que es suficiente para provocar el error de otra persona al que va destinada. No todo engaño es típico, sino solo aquél que es bastante. Para la determinación de lo que deba entenderse por bastante no puede acudirse a criterios exclusivamente basados en la mínima entidad o la cuantificación del engaño, pues es preciso tener en cuenta las condiciones del sujeto pasivo que recibe el engaño para el desapoderamiento de su patrimonio, al que no debe exigirse especiales precauciones cuando dispone su patrimonio, aunque sí cuando el dispuesto es ajeno. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala acuden para su determinación a un doble criterio objetivo y subjetivo. Por el primero se requiere que el acto, la maquinación adopte una intensidad que le de una apariencia de creíble y susceptible de ser tenida para el ciudadano medio como suficiente para mover la voluntad en la dirección de una disposición patrimonial. Desde el plano subjetivo han de tenerse en cuenta las especiales condiciones del sujeto pasivo, cociente intelectual, situaciones personales de mayor sugestionalidad, edad, etc., y los principios de buena fe, de confianza que rigen en la contratación mercantil. En términos de nuestra jurisprudencia, STS 23 Nov. 1995, debe <valorarse tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y las circunstancias concurrentes del caso concreto.

Aplicando la anterior doctrina, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783), 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 202) y 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4955) entienden que consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos. Las sentencias de 22 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 7007), 10 de julio de 1995 (RJ 1995, 5397), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9668), 7 de febrero de 1997 (RJ 1997, 657) y 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4955), han admitido la posibilidad de un engaño omisivo como elemento integrador de la estafa, cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial.

Asimismo, la sentencia de 19 de octubre de 2001, núm. 1855/2001 (RJ 2001,9237), recogiendo lo anteriormente expresado por las resoluciones de 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000 (RJ 2000,8105) t 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000 (RJ 2000, 5796), insiste en que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado.

Pues bien, en el caso actual, es claro que el acusado sr. generó un riesgo jurídicamente desaprobado: atendida la profesión del perjudicado, camionero, venía cumpliendo su obligación fiscal bajo el régimen de módulos el cual, como señaló la testigo-perito, es al que se acogen la inmensa mayoría de trabajadores del ramo, al serles más favorable. Sin embargo, al formalizar su relación de servicios de asesoría fiscal, lo primero que hace el Sr. es poner a la firma del Sr. la

documentación para acogerse a la llamada huella digital, lo que significa que la relación Hacienda-contribuyente se realiza directa y exclusivamente a través de la sociedad del acusado. Por ello cambia su domiciliación, correos electrónicos y hasta el número de teléfono del contribuyente por los suyos propios, sin consentimiento de aquél (quien indicó que se le pusieron a la firma los documentos y lógicamente no entendía y los firma sin más), de tal modo que el Sr. [redacted] fue desconocedor de la falta de cumplimiento de sus obligaciones fiscales por IRPF e IVA hasta el 3er trimestre del año 2014, en el que se le indica por su empresa que tenía la nómina embargada por Hacienda.

Y el ánimo doloso se desprende de la propia finalidad buscada con tal operativa: ocultar al perjudicado sus operaciones de apropiación y la falta de presentación de las oportunas declaraciones y facilitar su engaño, pues al cambiarle de régimen de módulos, que es más simple, y baremado, régimen general lo que le permitió girarle recibos bancarios de pagos ficticios a hacienda, que se quedaba para sí.

Como indica la testigo Sra. [redacted], sin este cambio de modelo de tributación, no hubiera podido desarrollar su engaño desde el 2012 al 2014. Por ello, la calificación jurídica es la de estafa, si bien, a diferencia de lo que indica la defensa del acusado, a efectos penológicos no afecta respecto a la por él pretendida de apropiación indebida.

Además, la concurrencia de la agravación específica del art. 250 .6º CP es evidente, pues ésta consiste en que el delito se concreta con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y defraudador, o aprovechar éste su credibilidad empresarial o profesional. El Sr. [redacted] conoce al acusado a través de su hermano, que se lo recomienda como asesor fiscal y partir de entonces, 1er trimestre del año 2012, comienza la relación profesional típica de esta actividad, asesoramiento tributario, en los que el cliente deposita en el profesional toda su confianza hasta el punto de conferirle la facultad de gestionar su relación con Hacienda, poniendo en su conocimiento datos tan personales como todos los de sus rendimientos económicos. Por ello, la actividad de asesor y gestor fiscal determina una relación personal cuyo abuso supone la apreciación de la agravación, es que, además, el acusado puso en marcha toda su operativa falsaria precisamente aprovechando la credibilidad que se le supone a un asesor fiscal, especialmente recomendado por su propio hermano.

TERCERO.- Del referido delito es responsable en concepto de autor el acusado (art. 27 C.P.), sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

CUARTO.- En orden a la determinación de la pena, atendida del carácter de delito continuado que supone la operativa defraudatoria desarrollada desde el 3er trimestre del año 2012 al 3er trimestre de 2014, habida cuenta de la configuración actual del artículo 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delito en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general, se prevé en el apartado 1,

consistente en la imposición de la pena correspondiente de su mitad superior.

Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en "infracciones contra el patrimonio", según esta reciente doctrina jurisprudencial, norma que desplaza a la general del párrafo 1, si bien sólo en cuanto a la materia de determinación de la pena.

Es decir, en estos casos de delitos continuados contra el patrimonio no es preceptiva la imposición de la pena en su mitad superior, sin que ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2 que tiene un doble contenido:

1º Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos o faltas contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura de delito continuado.

2º La posibilidad, para los casos de delito masa, de imponer motivadamente la pena superior en uno o dos grados.

La nueva jurisprudencia antes citada (Ss. de 23.12.98 y 17.3.98 y 17-3-99) ha sido originada ante la necesidad de acomodar la pena a la menor o mayor gravedad del delito, pues no parece adecuado castigar con mayores penas (la mitad superior) un delito continuado cuya suma total sea de pequeña cuantía, cuando, por le hecho de no ser continuado, entre delitos de cuantías más graves es posible la imposición de la pena en la mitad inferior.

A las sentencias antes citadas, en la misma línea, podemos añadir aquí las siguientes: STS 28.7.99, 11.10.99, 9.5.00, 19.6.00, 7.5.02 y 7.6.02, ente otras muchas que llegan hasta los momentos actuales -véase, por todas la de 12 de marzo de 20014, en recurso nº 142/2003.

Por ello, la Sala considera ajustado el contenido de lo injuto de la conducta desarrollada por el acusado la imposición de pena de 2 años de prisión, pues ni el hecho reviste notoria gravedad ni ha perjudicado a una generalidad de personal y multa de 8 meses, a razón de 6 €/día con aplicación de lo dispuesto en el art. 53. CP.

Los responsables criminalmente lo son también civilmente, de modo que en nuestro caso, la suma total de las sumas apropiadas asciende a 14.269,41 € si bien por la acusación particular, en trámite de conclusiones, lo eleva a 40.000 € al incluir intereses legales, multa y otros perjuicios que no han sido documentados, por lo que procede la fijación de la suma a indemnizar por el acusado en el trámite de ejecución de sentencia, a través del oportuno procedimiento contradictorio (art. 115 CP).

Procede la condena de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, al acusado (art. 123 C.P.)

Vistos además de los citados los artículos 2, 5, 10, 13, 15, 16, 27, 28, 32, 33, 38, 54, 55, 56, 61, 66, 79, 123, y 124 del nuevo Código Penal, y los artículos 142, 239 al 241,

742 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A**
responsable de delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.6
y 74 C.P. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad
criminal a la pena de **DOS AÑOS DE PRISION** y **MULTA DE OCHO MESES a**
razón de 6€/día con aplicación del art. 53.CP, a las accesorias de suspensión de todo
cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las
costas procesales, así como a que abone a la
cantidad que se fije en ejecución como indemnización de perjuicios.

Pronúnciese esta Sentencia en Audiencia Pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la misma se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN,- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.