



Roj: **SAP AB 406/2023 - ECLI:ES:APAB:2023:406**

Id Cendoj: **02003370022023100147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **19/06/2023**

Nº de Recurso: **499/2022**

Nº de Resolución: **208/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Albacete, núm. 3, 28-04-2022, (proc. 34/2020),
SAP AB 406/2023**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ALBACETE

SENTENCIA: 00208/2023

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 ALBACETE

Teléfono: 967596539 967596538

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 02

Modelo: 213100

N.I.G.: 02009 41 2 2018 0000023

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000499 /2022

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 3 de ALBACETE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000034 /2020

Delito: ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Recurrente: Verónica

Procurador/a: D/Dª JUSTA MARIA VICTORIA ELBAL MUÑOZ

Abogado/a: D/Dª MIGUEL ANGEL ZAFRILLA RENTERO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Leonardo

Procurador/a: D/Dª , PLACIDA DOMENECH PICO

Abogado/a: D/Dª , MARIA AMPARO DOMENECH PICO

SENTENCIA

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente:



D. JUAN MANUEL SÁNCHEZ PURIFICACIÓN

Magistrados:

D^a ALMUDENA DE LA ROSA MARQUEÑO

D^a MARÍA ANGELES PARDO SÁNCHEZ

En ALBACETE, a diecinueve de junio de dos mil veintitrés.

VISTOS ante esta Audiencia Provincial en grado de apelación los autos PA 34/2020 seguidos ante el Juzgado de lo Penal nº 3 de Albacete, sobre estafa, siendo apelante en esta instancia Verónica , representado por la Procuradora D^a Justa María Victoria Elbal Muñoz y asistencia letrada D. Miguel Ángel Zafrilla Rentero; siendo parte apelada Leonardo , representado por la Procuradora D^a Placida Domenech Pico y asistencia letrada de D^a María Amparo Domenech Pico, con intervención del Ministerio Fiscal, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Manuel Sánchez Purificación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el citado Juzgado se dictó Sentencia de fecha 28/04/2022, cuyos Hechos Probados dicen: "Que Verónica , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, mantuvo una relación con Leonardo , que terminó en una fecha sin determinar entre finales del mes de junio y principios del mes de julio de 2017, pero en todo caso antes del día 10 de julio de 2017.

Que la acusada, aprovechando que el número de la tarjeta del denunciante estaba guardada en las aplicaciones Just Fab Slu y Wish.com, al haber realizado compras anteriores durante la relación, realizó, sin el conocimiento ni consentimiento de aquel, varias compras en las anteriores aplicaciones a cargo de la cuenta del denunciante con número NUM000 , correspondiente a la sucursal de Caudete, por un valor total de 430 euros. En concreto realizó los siguientes cargos:

- el día 10 de julio de 2017 de 39,95 euros en Just Fab Slu
- el día 15 de julio de 2017 de 5 euros en Wish.com
- el día 9 de agosto de 2017 de 39,95 euros en Just Fab Slu
- el día 8 de septiembre de 2017 de 39,95 euros en Just Fab Slu
- el día 28 de septiembre de 2017 de 153 euros en Wish.com
- el día 9 de octubre de 2017 de 39,95 euros en Just Fab Slu
- el día 15 de octubre de 2017 de 113 en Wish.com

SEGUNDO.- Por el citado Juzgado se dictó la referida Sentencia, cuya parte dispositiva dice así: FALLO: "QUE DEBO CONDENAR y CONDE **NO** a Verónica , como autora de UN DELITO DE ESTAFA, previsto y penado en los artículos 248.1 y 249 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Todo ello con condena en costas."

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por el/a Procuradora D^a Justa María Victoria Elbal Muñoz, en nombre y representación de Verónica , alega como motivos los expuestos en el escrito de apelación presentado ante el Juzgado de lo Penal nº 3 de Albacete, escrito que se da íntegramente por reproducido.

CUARTO.- Tramitado el presente recurso de apelación, con arreglo a derecho, se celebró votación y fallo del mismo, el día 15/06/2023.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los expresados en la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La Sra Verónica -condenada por estafa al adquirir distintas mercancías mediante diversas compraventas "on line" utilizando los datos de una tarjeta de crédito ajena, en concreto de quien fué su pareja sentimental, y sin su consentimiento- apela alegando tres motivos:



2.- En primer lugar, considera vulnerada su presunción de inocencia (art 24 de la Constitución), pues no habría prueba de que participara en las compras que se alegan realizadas en "just fab" (solo admite las realizadas en otra app o página web -"whish"-).

El Ministerio Público y la Acusación Particular, en representación del Sr Leonardo , titular de la tarjeta, se oponen a dicho alegato: la prueba se habría apreciado con inmediación, y resultaría acreditado que el denunciante no consintió el uso de la tarjeta tras terminar la relación con la denunciada, que ya usó ésta la app "just fab" y se trataba de zapatos de señora.

Ciertamente la contradicción e inmediación directa del Juzgado en la apreciación de la prueba propicia una presunción de acierto o singular relevancia de la valoración dada, pero ello no exime al Tribunal de apelación de llevar a cabo sus funciones y potestades, consistente en una nueva valoración de la misma, aún sin aquéllas circunstancias de inmediación y contradicción, que no cabe excluir por estar impuestas en la ley y, además, en el derecho fundamental de todo acusado a la denominada "doble instancia" que consiste no solo en una revisión de la ley aplicada sino también en una nueva valoración de la prueba de cargo y su suficiencia para desvirtuar su presunción de inocencia, obligada potestad cuando en la apelación se pretenda la absolución del condenado o la reducción de las consecuencias punitivas (aunque no sea posible llevarse a cabo cuando lo solicitado sea lo contrario, esto es, la condena al absuelto o la agravación de su condena, tal como impone el art 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el respeto debido a las garantías de un juicio justo al acusado mediante la inmediación y contradicción directa en relación con las pruebas).

3.- Y llevado a cabo dicha función en el caso presente, no se advierte infracción ninguna del derecho a la presunción de inocencia de la acusada, ni en lo tocante a la suficiencia de la prueba de cargo tenida en cuenta para su condena, ni tampoco respecto a la corrección de dicha valoración:

Aún siendo cierto (como alega la recurrente) que el reconocimiento de haber comprado "on line" en dicha app con anterioridad no es prueba directa ni suficiente de que fuera la apelante quien compró también posteriormente, y aún siendo cierto también que tampoco es prueba incriminatoria bastante por sí sola de dicha autoría que cesaran las compras tras la denuncia del perjudicado, titular de la tarjeta, sin embargo no se discute (e incluso reconoce la apelante) que solo se vende en dicha app zapatos de señora, y que la acusada conocía los datos de la tarjeta de quien fué su pareja sentimental, con la que convivía, hasta muy pocos días antes de realizarse las compras litigiosas, o al menos que había ya realizado la apelante con dicha tarjeta del Sr Leonardo alguna adquisición antes (por los motivos que fueran) por lo que concluir que hubo de ser ella quien hizo las compras denunciadas, teniendo en cuenta todos los datos anteriores, valorados en conjunto, es consecuencia lógica y razonable derivada de prueba, aunque sea indirecta o indiciaria, pero en cualquier caso válida, legítima y contrastada, practicada en juicio con todas las garantías, por lo que sí hubo prueba incriminatoria hábil para desvirtuar su presunción de inocencia, que además tampoco se infringe cuando dichos datos indiciarios se consideran suficientemente convincentes respecto a su participación directa en las compras discutidas, sobre todo cuando no se cuestiona la falta de consentimiento de las mismas por el titular de la tarjeta, Sr Leonardo , quien destaca que la tarjeta de la que era titular la acusada fué destruida en su presencia en la oficina bancaria cuando ambos se personaron allí para cancelarla, entre el 10 y el 15 de junio de 2017, tras cortar su relación sentimental (testimonio creíble por los detalles que aporta, no desmentido por la acusada ni su abogado, quienes no cuestionan que el titular de la tarjeta fuera el Sr Leonardo), lo que evidencia la falta de consentimiento en el uso de la tarjeta después de privarse a la acusada de la suya, o, mejor dicho, el uso inconsciente de los datos obrantes en aquélla (más que el uso físico de la misma tarjeta), fuera su numeración, fuera su pin.

No cabe derivar que ninguna persona más que quien tiene una relación tan estrecha, sentimental y de convivencia, con el titular conozca tan sensibles datos bancarios o económicos.

3.- En segundo lugar, niega la apelante que los hechos declarados probados constituyan delito de estafa: que se trataría de "una cuestión civil", que la cuenta corriente donde se cargó el precio de las compras era "común", al no haberse "liquidado", hasta el punto de que la acusada ingresaba allí también su dinero; que los hechos carecen de "entidad suficiente".

Al margen de la "entidad" que subjetivamente quepa inferir de los hechos declarados probados, no hay duda de que están legalmente tipificados como delito en el art 248.2 "c" del Código Penal, según el cual "se consideran reos de estafa: los que utilizando tarjetas de crédito o débito... o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero".

Al margen de su más precisa o imprecisa ubicación como estafa genérica a que se refiere el art 248.1 (que exige un engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, con ánimo de lucro), si es que las compras litigiosas implicaron en el presente caso la simulación de ser la titular de la tarjeta para adquirir en las app, concurriendo así engaño, disposición a favor



de la acusada con el consiguiente perjuicio al denunciante, aunque luego fuera resarcido mediante la entidad bancaria o el seguro correspondiente, es lo cierto que, en cualquier caso, y aunque no se considere "engaño" la simulación ante un dispositivo electrónico haciéndose pasar por quien no se es para que éste lleve a cabo la operación comercial, en todo caso basta en el presente supuesto que haya habido "utilización de tarjeta o sus datos para realizar una operación en perjuicio de su titular", acción que aún no incardinarle exactamente en el art 248.1 (si el "engaño" y el "error en otro" implica una interactuación entre personas, más que entre una persona y una máquina o dispositivo electrónico) sí está "equiparada" o "asimilada" dicha conducta a la estafa, y cumple con las previsiones fácticas previstas en el art 248.2 "c", pues la acusada utilizó una tarjeta ajena, del denunciante, cuando la suya ya se había cancelado, para causarle un perjuicio económico.

En definitiva, la adquisición de las mercancías dando un número de tarjeta ajeno, indicando por ser lo habitual el número CVD de la misma y/o el número PIN, o incluso solamente aquél primero y no éste/éstos datos, constituye un delito de estafa, al cumplirse la acción tipificada en el art 248.2 "c" del Código Penal, por lo que se considere subjetivamente o no que dicha acción tiene o no "entidad suficiente" en todo caso la ley así se la otorga, y tiene trascendencia civil y también penal.

Como refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 9.07.2013 "el apartado a) del art 248.2 constituye una especie de defraudación:

1º.- No constituye una estafa de las genéricas tipificadas en el mismo art 248 en su apartado 1, y que se prescinde del engaño y correlativo error en una persona y el consiguiente acto de disposición patrimonial. El procedimiento para atacar el patrimonio ajeno no pasa por una actuación engañosa desplegada por el autor ante otra persona a la que provoca error llevando a esta a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero.

2º.- Lo relevante es que la defraudación se cometa por un medio específico que sustituye el engaño de una persona determinada: la manipulación informática o artificio semejante

3º.- El componente objetivo del tipo se constituye, además, por el resultado que consistirá en la consecución de una transferencia caracterizada por: a) no ser consentida por la persona con facultades para ello; b) porque su objeto ha de ser un activo patrimonial, susceptible de ser "transferido" y c) ocasionar un perjuicio a persona distinta del autor del delito.

4º.- Además de que el autor debe actuar conociendo que concurren esos elementos del tipo y con voluntad de llevar a cabo la transferencia, la antijuridicidad se acota por la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo que es el ánimo de lucro, y más adelante añade "Si para un sector de la doctrina, que no tanto para la Jurisprudencia, el mero uso abusivo, que no excluye la devolución, es de dudosa tipicidad como apropiación indebida sub especie "distracción", por el contrario, cuando la obtención del activo se logra mediante el ataque patrimonial a través de una manipulación informática, el legislador no exige que ese activo vaya a ser objeto de definitiva apropiación por el destinatario de la transferencia. El resultado típico se satisface desde le mismo momento de la transferencia, sin que deba seguir una definitiva apropiación. Cuando el autor del delito utilice en cualquier medida lo que ha sido transferido, la consumación ya habrá ocurrido con anterioridad. La especial potencia depredadora del medio utilizado se corresponde con ese adelantamiento del momento consumativo". E insiste, sobre la consumación explicando más adelante que :

"Basta remitirnos ahora a lo antes expuesto, conforme a lo cual la defraudación tipificada en el artículo 248.2 a) del Código Penal no se consuma por la apropiación definitiva de lo transferido, sino por la mera transferencia, cuando ésta no es dispuesta por un tercero por error derivado del engaño causado por el autor, sino por la utilización de una manipulación informática como medio de ataque patrimonial".

Téngase en cuenta que ya la Decisión Marco del Consejo de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI) disponía en su artículo 3º que "cada Estado miembro adoptara las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzca de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante: - la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad, o - la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos". Con posterioridad la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/413/SAI del Consejo, incluye entre las infracciones el "fraude relacionado con los sistemas de información" establecimiento que "los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para garantizar que la transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual, con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor o un tercero ocasionando en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona, sea punible como infracción penal cuando se haya cometido intencionadamente: a) Sin derecho a ello, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información,



b) Sin derecho a ello, introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos".

El "perjuicio" exigido en la norma penal también se aprecia cuando aunque se alega que era "común" la cuenta donde se encontraban los fondos con los que se abonaron las compras litigiosas, donde se habrían ingresado fondos también por la acusada, sin embargo ya se ha dicho cómo el Sr Leonardo manifiesta que fue con la acusada al banco a cancelar la tarjeta, entendiéndose que regularizaron la situación bancaria en la misma ocasión, consecuencia todo ello de la ruptura sentimental, por lo que ya en julio de 2017 la cuenta ya constaba a nombre, exclusivo, del Sr Leonardo. Las comunicaciones del Banco con el Juzgado instructor siempre consta como titular el indicado denunciante y por tanto perjudicado, si los cargos fueron después de dicha regularización y con la cuante ya a su nombre exclusivo. La Defensa no aporta acreditación ninguna de que la cuenta estuviera también a su nombre y fuera por tanto su titular, al margen de que llevara a cabo algún ingreso puntual en la misma (como, por cierto, también lleva a cabo en agosto, octubre y diciembre de 2017, e incluso en enero de 2018, sin que ello signifique, ni tampoco se alegue, que en dichas fechas fuera la recurrente cotitular o condueña de la cuenta y su saldo.

4.- Por último, subsidiariamente, alega la apelante como tercer motivo de apelación que los hechos constituirían un delito leve de estafa, pues deben excluirse las compras de 10 y 15 de julio (fechas en las que, alega, era cotitular de la cuenta), lo que reduciría el perjuicio a menos de 400 euros (385 euros para ser exactos).

Sin embargo, como ya hemos indicado, en dichas fechas ya habían regularizado la cuenta y tarjetas el denunciante y la denunciada, por lo que el único titular de la cuenta era aquél, no ésta, de modo que los cargos pretendidamente impugnados por la recurrente fueron también en perjuicio del titular tanto de la tarjeta como de la cuenta.

5.- Desestimado el recurso se imponen las costas a la condenada, incluidas las de la Acusación Particular al no apreciarse mala fe ni temeridad en su comportamiento procesal, imposición o condena que se atribuye conforme al principio del vencimiento derivado del art 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable a las costas en el ámbito de los recursos o, al menos, subsidiaria o analógicamente al recurso de apelación, al igual que el art 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al proceso penal conforme ordena el art 4 de dicha ley (criterio aprobado por Pleno de ésta Audiencia Provincial de 25.05.2010).

Vistos los anteriores preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad el Rey y por las potestades que nos confiere la Constitución dictamos el siguiente,

FALLO

1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la Sra Verónica contra la Sentencia de 28.04.2022 del Juzgado Penal nº 3 de Albacete, que se confirma.

2º.- Condenamos a dicha acusada al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese a las partes así haciéndoles saber que contra la presente sentencia no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recurso extraordinario de casación por infracción de norma sustantiva (art 847.1 y 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) del que conocerá el Tribunal Supremo, anunciándolo ante este Tribunal mediante escrito en los 5 días siguientes a la última notificación en los términos previsto en los art 855 y siguientes de la indicada ley procesal.

Remítase certificado literal de la presente al Juzgado, así como de las actuaciones originales remitidas en su caso, para su cumplimiento y efectos.

Así lo pronunciamos y firmamos.