



Roj: **SAP M 6452/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:6452**

Id Cendoj: **28079370152016100224**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **15**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **778/2015**

Nº de Resolución: **252/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN HERRERO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934582,914933800

Fax: 914934584

GRUPO DE TRABAJO 1 ME

37051530

251658240

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0013998

Procedimiento Abreviado 778/2015

Delito: Estafa

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid

Procedimiento Origen: Diligencias Previas Proc. Abreviado 889/2006

SENTENCIA 252/2016

Magistrados

D CARLOS FRAILE COLOMA

D LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES

D^a CARMEN HERRERO PÉREZ (PONENTE)

En Madrid, a 5 de mayo de 2016

Visto en juicio oral y público ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial el procedimiento abreviado al margen referenciado, seguido contra los acusados don Roman , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa y don Luis Enrique , con DNI NUM001 , mayor de edad y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa.

Habiendo sido partes: el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Don Fidel Solera Guijarro, la Acusación Particular, Gallega de Alimentación, SA; Industrias Frigoríficas del Louro, SA; Cooperativas Ourenšanas, SGC y Novofrigsa, asistidas por el Letrado Don Arturo Castrillo Escobar; los acusados, Sr. De Carlos, defendido por el Letrado don Francisco Javier Ybáñez Crespo y Sr. Sánchez, defendido por la Letrada doña Esperanza Morán Álvarez; Responsable Civil Directo, ASIPE Asesores Cárnicos, SL, asistida por el Letrado don Juan Antonio Sevillano Vinagrero y el Estado Español, como responsable civil subsidiario, representado por el Abogado del Estado, doña Patricia Froe Hlingsdorf Nicolás; siendo ponente la Ilma. Sra. Doña CARMEN HERRERO PÉREZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos, respecto del acusado Sr. Roman , como constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248 , 249 , 250.1 , 5 ° y 6 ° , 74.1.2 y 438 del CP , siendo responsable de los mismos el citado acusado en concepto del autor del artículo 28 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó que se le impusiera la pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses, fijándose una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.2 del CP y el abono de la mitad de las costas. Solicitó, asimismo, la imposición de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 años.

Respecto del acusado Sr. Luis Enrique calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248 , 249 , 250.1 , 5 ° y 6 ° y 74.1.2 del CP , siendo responsable de los mismos en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó que se le impusiera la pena de 4 años y 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 11 meses, fijándose una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.2 del CP y el abono de la mitad de las costas.

Como responsabilidad civil, solicitó que ambos acusados indemnizaran a Cooperativas Ourensanas SCG en la cantidad de 99.077, 40 euros, a Gallega de Alimentación, SA, en la cantidad de 836.424, 41 euros, a **Novafrigsa** en la cantidad de 56.034, 37 euros y a Industrias Frigoríficas del Louro en la cantidad de 136.542, 98 euros, declarándose la responsabilidad civil directa de ASIPE Asesores Cárnicos, SL.

SEGUNDO.- La Acusación Particular, en igual trámite, se adhirió a lo manifestado por el Ministerio Público, aunque con la solicitud de condena de responsabilidad civil solidaria y subsidiaria del Estado que había pedido en su escrito de acusación y el abono de los intereses de las cantidades indicadas desde el día del vencimiento de las facturas o desde la fecha de presentación de la querrela al amparo de lo dispuesto en el Código Civil.

TERCERO.- La defensa del acusado, don Roman , solicitó la libre absolución de su defendido y, subsidiariamente, caso de que recayera condena, solicitó que se aplicase la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

CUARTO.- La defensa del acusado don Luis Enrique , interesó la libre absolución de su defendido.

QUINTO.- La representación de ASIPE Asesores Cárnicos, SL, solicitó la absolución de su defendida, entendiéndose que no procede su condena como responsable civil directa.

SEXTA.- La Abogada del Estado, en representación del Estado Español, indicó que no procede su condena como responsable civil.

HECHOS PROBADOS

El acusado, Luis Enrique , a finales de 2003, y después de haber trabajado en una mercantil dedicada al comercio de aves, se puso en contacto con Héctor , que trabajaba como Comercial para Madrid del Grupo Coren, indicándole que conocía al encargado de realizar las compras del Cuartel General del Ejército, ya que había trabajado en una empresa que en aquella época vendía productos cárnicos al cuartel. Esta persona era el acusado Roman (Brigada del Ejército) y, de esta forma, se inició una relación entre todos ellos que da lugar a un primer suministro por su parte el día 15/10/2003 de aquellos productos para el Ministerio de Defensa, siendo recibida la mercancía y pagado su importe de forma correcta por el Ministerio.

En el curso de estos acontecimientos, Héctor acudió al Cuartel General del Ejército sede del Regimiento Inmemorial del Rey en el que el acusado, Roman , estaba destinado e iniciaron negociaciones para el citado suministro, manifestándose por aquel que tendría que tener unos precios asequibles para atender 1500 comidas en los distintos restaurantes y cafeterías que había dentro del Cuartel General, estableciéndose que el pago sería a los nueve meses una vez recibida la mercancía.

Como consecuencia de ese contacto inicial, la mercantil representada por aquellos, identificada como **Novafrigsa** y Frigodouro (Cooperativas Ourensanas Sociedad Cooperativas Gallegas, Gallegas de Alimentación SA, **Novafrigsa** SA e Industrias Frigoríficas del Louro SA, Grupo Coren), vendieron derivados del porcino al Cuartel entre el 15/10/2003 y 07/01/2005 por valor de 44.248,28 euros que se abonaron por el Ministerio mediante transferencias bancarias desde la cuenta del Regimiento Inmemorial del Rey a estas empresas, o bien mediante ingresos en efectivo.

En fecha no determinada, pero muy cercana al mes de septiembre de 2004, el acusado, Roman , de consuno con el otro acusado, Luis Enrique , solicitó de Héctor un producto de despiece de pollo y derivados a precios



asequibles y económicos. El Sr. Héctor hizo llegar a Carlos José aquella solicitud y se realizó una primera entrega de este producto el día 20/09/2004 por valor de 34.943 ?.

El acusado, Sr. Roman , manifestó que la capacidad de almacenamiento del Cuartel General era insuficiente, siendo necesaria, para esta ocasión y las sucesivas, el uso de cámaras frigoríficas de las que el Ejército disponía en Mercamadrid, lugar en el que se debía entregar la mercancía. Sin embargo, para su tranquilidad, las facturas se presentaban en el Regimiento Inmemorial del Rey, dónde, el acusado, Sr. Roman , las sellaba en su presencia con el sello del Regimiento y las rubricaba.

En aquellas negociaciones, el acusado Roman manifestó a Héctor y a Carlos José que el pago era aplazado, que los proveedores cobrarían a nueve meses desde las fechas de las facturas, indicándoles que éstas eran las condiciones de pago que tenían en el cuartel por ser un organismo estatal, y que aunque se garantizaba el pago, se pagaba tarde y que la forma de pago sería mediante ingresos de 4000 ? cada día o, a más tardar, cada dos días en las cuentas de las mercantiles perjudicadas.

Una vez indicado todo lo anterior les dijeron que el Estado se encontraba detrás de todo esto y que las facturas iban a ser atendidas en el momento oportuno, generando así la creencia en la forma descrita de que las mercancías eran para el Ejército y que se garantizaba el pago, (y no para el provecho particular de los imputados).

Don Roman , les recibió siempre en su despacho del Regimiento Inmemorial del Rey, vestido de uniforme, en presencia de personal del Ejército y valiéndose de varios cabos auxiliares para las atenciones que requería el cumplimiento de la recepción de la mercancía, sobre todo el cabo Cornelio , que le auxiliaba de forma directa, sellando los pases de salida en el departamento de compras. Para acceder al mismo, debían pasar una serie de controles exhaustivos de seguridad y presentar su DNI.

Así, las mercantiles antes identificadas realizaron importantes entregas de mercancías figurando en los albaranes y las facturas que iban destinadas al Regimiento Inmemorial del Rey, siendo entregadas tanto en la sede de aquel como en Mercamadrid, sin conocimiento del Ministerio y sin que éstas fueron abonadas por parte del acusado Roman ascendiendo el valor de todo lo suministrado a la cantidad de 1.128.079,16 ?.

Posteriormente, en los meses de abril y mayo de 2005, los legítimos representantes de Galsa y Frigodouro tuvieron noticias a través de mayoristas y distribuidores de las zonas de Andalucía y Levante que la mercancía entregada por ellos al Regimiento de Infantería Inmemorial del Rey estaba siendo vendida por los acusados a otros particulares a precios muy por debajo de los que se le habían vendido al Ejército obteniendo esta forma una ventaja económica ilícita dado que el importe así obtenido lo ingresaron en su patrimonio. Al exigir explicación de ese hecho, a los Sres. Héctor y Carlos José , los acusados les convencen, de que el Ejército tiene que gestionar los excesos de pedidos no consumidos entre otros Cuarteles, vendiéndolos libremente en el mercado a terceros civiles si no la consumen los soldados de los cuarteles, ahondando en el engaño creada de forma antecedente. El acusado, Sr. Luis Enrique , intervino para que esas mercancías llegasen a los clientes.

Toda la ilícita actuación descrita se realizó aprovechando la condición de militar del imputado Roman , dado que los hechos denunciados se cometen cuando el citado se hallaba en el ejercicio de su cargo, y aprovechándose de los medios, instalaciones alquiladas y de su titularidad, uniformes, sellos y marcas.

No ha quedado acreditado que ninguno de los acusados actuara, en la comisión de los hechos, como administrador o apoderado de ASIPE Asesores Cárnicos, SL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de estafa de los arts. 248 , 249 y 250.1.5 º y 6º en relación con el art. 74 del CP .

La jurisprudencia (STS 888/2005, 6 de junio ; 78/2006, 24 de enero ; y 63/2007, de 30 de enero) señala que los elementos del delito de estafa son:

- a) Un engaño precedente o concurrente, que puede revestir innumerables modalidades e incontables maneras de manifestarse, consiste en la asechanza, maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo a error al ofendido, viciar su voluntad o su consentimiento.
- b) El engaño sea suficiente o proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto.
- c) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, que propicie el correspondiente desplazamiento patrimonial.



- d) Acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio para la persona o entidad disponente.
- e) Ánimo de lucro en el sujeto activo, como elemento subjetivo del injusto.
- f) Relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado.

En este caso, concurren todos los requisitos, pues los acusados, en ejecución de un plan preconcebido, contactaron con el Sr. Héctor , comercial de la empresa Coren y amigo del acusado Sr. Luis Enrique , para mantener relaciones comerciales con él, asegurándole que el acusado, Sr. Roman , era en encargado de compras del Regimiento Inmemorial del Rey y que necesitaba efectuar grandes pedidos de sus productos para los restaurantes y cafeterías del cuartel. En la creencia de que estaba contratando con el Estado, fomentada por los acusados, el Sr. Héctor aceptó efectuar grandes entregas de mercancías con pagos aplazados a nueve meses. Las primeras entregas se abonaron correctamente, pero después empezaron a ser pedidos más grandes y no se pagaban los productos. A pesar de ello, no se frenaba el ritmo de entregas confiando en que el Estado, aunque fuera tarde, pagaría con total seguridad.

Posteriormente, a demanda de los acusados, el Sr. Héctor les puso en contacto con el Sr. Carlos José , que también trabajaba en Coren, que podía proporcionarles productos de despiece de pollo y derivados a precios asequibles. Éste actuó igualmente en la creencia de que estaba contratando con un organismo oficial, al valerse de las instalaciones, uniforme y sellos de este carácter. Como en el otro caso, las primeras entregas se abonaron correctamente, pero después, comenzaron los retrasos, dejando impagadas importantes sumas de dinero.

Las perjudicadas tuvieron después conocimiento de que sus mercancías se estaban vendiendo en las zonas de Levante y Andalucía a precios mucho más bajos, ventas en las que intervinieron los acusados, haciendo suyo el importe de las mismas.

Concurre el subtipo agravado de especial gravedad por el valor de la defraudación del art. 250.1.5ª CP , porque las sumas impagadas ascienden a 99.077, 40 euros, 836.424, 41 euros, 56.034, 37 euros y 136.542, 98 euros.

Concurre igualmente el subtipo agravado de abuso de la credibilidad profesional del artículo 250.1.6ª del CP .

Es evidente que esta forma agravada de estafa no opera de forma automática, ni se actúa ante la mera existencia de esa credibilidad (STS 383/2013, 12 de abril). En otras palabras, si la credibilidad empresarial o profesional ha servido para incardinar los hechos como típicos del delito de estafa, no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el citado tipo agravado sin conculcar el principio de prohibición de doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad (STS 1077/2007, 13 de diciembre).

Sin embargo, en el presente caso, como puede apreciarse, no se trata de constatar una simple intervención profesional de intermediación, ni de una oferta de servicios profesionales al público a través de unas oficinas, sino que se ha tratado de algo mucho más elaborado, un plus en la actuación mendaz.

Ambos acusados se han valido de las ventajas asociadas a la profesión del Sr. Roman y el estatus que conlleva en el terreno en el que se movían para debilitar las habituales prevenciones que las víctimas podían tener.

Como se ha indicado en el relato fáctico, los acusados, al contactar con el Sr. Héctor primero y con el Sr. Carlos José después, presentaron al Sr. Roman como encargado de compras del Regimiento Inmemorial del Rey, les recibía allí en su despacho oficial, vestido de uniforme, en presencia de otros compañeros también militares, tanto subordinados, como mandos superiores, para entrar, tras indicar que iban a reunirse con don Roman , se les exigía pasar una serie de exhaustivos controles de seguridad y presentar su DNI, tras la entrega de las mercancías, ya fuese en el cuartel, en la sede de la calle Prim o en las naves de Mercamadrid, el acusado Sr. Roman les sellaba las facturas personalmente con un sello oficial del Regimiento y éste se valía de varios cabos auxiliares para la recepción de los productos. Esa apariencia creada y mantenida por los acusados de que las víctimas estaban contratando con el Estado, no sólo les ayudó a la hora de crear el engaño, sino a mantenerlo durante un largo espacio de tiempo, a pesar de los reiterados e importantes impagos.

Además, el delito es continuado al existir una diversidad de entregas de dinero, exigidas siguiendo el plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión, que infringen el mismo precepto penal y afectan a varias perjudicadas.

El delito continuado no excluye el subtipo agravado de especial gravedad por el valor de la defraudación cuando algunos de los hechos, individualmente, integran el subtipo, como sucede en este caso (STS 1236/2003, de 27 de junio ; 605/2005, de 11 de mayo ; 900/2006, de 27 de septiembre ; 918/2007, de 20 de noviembre ; y 8/2008, de 24 de enero).



Según señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1236/2002 de 27 de Junio de 2002, la razón es clara, el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 CP referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica.

SEGUNDO.- Del delito anteriormente expresado, son responsables, en concepto de autores, ambos acusados, y ello se entiende acreditado a través de la prueba documental, que no ha sido impugnada en el acto del juicio, a pesar de no haber reconocido los documentos exhibidos, y, sobre todo, de la prueba testifical, que ahora iremos analizando.

En primer lugar declaró don Héctor, comercial de la empresa Coren, que era amigo del acusado Sr. Luis Enrique, lo que implicaba una previa relación que incrementaba la confianza en el negocio que le iba a proponer. Éste le dijo que tenía un cliente para él, que le iba a interesar, y le presentó al Sr. Roman como el encargado de compras del Regimiento Inmemorial del Rey, citándole a una reunión en la sede del mismo en la calle Prim. Allí se negoció el abastecimiento a los militares que estaban en ese cuartel y se habló de cifras como dar comidas para tres mil personas. Los primeros envíos eran por importes pequeños, de unos 800 o 1000 euros, pactándose como forma de pago la transferencia desde la cuenta del Regimiento a la cuenta de la empresa y que se abonaría entre 30 y 60 días, aunque luego cambió. Ya las siguientes ventas eran por cantidades de 3.000 o 4.000 euros, y al año y pico, pedidos todavía más grandes, por lo que pidió unos periodos de aplazamiento más largos y que las entregas se hiciesen en unas cámaras de las que disponía el Regimiento en Mercamadrid, porque en el cuartel no había sitio suficiente para guardar toda la mercancía. Le dijeron dónde se encontraban las cámaras y se hacían allí las entregas. Eran de Frigologic y de Afriba. Se flexibilizó el pago a 6 meses. Pero ellos vendían al Regimiento y las facturas se giraban a nombre del Regimiento Inmemorial del Rey. Se le exhibieron los documentos 120-149 (facturas) y explicó que, como se había acordado que el lugar de entrega fuera en Afriba o Frogologic, para quedarse más tranquilos se debían sellar con el sello oficial del Regimiento, que reconoció en los documentos exhibidos, y los sellaba, e incluso a veces, rubricaba, personalmente, y en su presencia, el Sr. Roman en su despacho en el cuartel.

Todas las reuniones se realizaban en el cuartel, en el despacho del acusado y el acceso era difícil, pues a la entrada debían decir que iban a mantener una reunión con el jefe de compras, luego pasaban con el coche, que inspeccionaban con un espejo, les indicaban dónde aparcar. Les identificaban con el DNI y les daban un carné, verificaban con el acusado la reunión y antes de salir del departamento les tenían que sellar el carné. Una vez en el despacho, el acusado estaba vestido de uniforme y allí se encontraban más militares, algunos de rango inferior y otros superiores que le encargaban compras para eventos. En el despacho había una caja fuerte con mucho dinero y, en un momento dado, le presentó una factura, sacó el dinero de la caja y le pagó.

En un momento determinado, el acusado, Sr. Roman le pidió que le pusiera en contacto con una persona de su empresa que pudiera venderle despiece de pollo y derivados y le presentó al Sr. Carlos José, mantuvieron una reunión, también en el cuartel y se desarrolló como las suyas, siempre con un carácter profesional.

Cuando tuvieron problemas de pago, una de las veces, se acercaron al cuartel y se encontraron con el acusado, don Luis Enrique, quien les dijo que había creado una sociedad con Roman, pero no sabe si adquirió los productos.

En aquella época, comenzaron a oír en la empresa que la mercancía que ellos, él y el Sr. Carlos José, habían vendido al Ejército se estaba vendiendo en Andalucía y Levante a unos precios muy inferiores a los suyos. Está seguro de que eran sus productos porque siempre van etiquetados y estos lo estaban. Habló con Luis Enrique y les dijo que él había intervenido en esa negociación y para que esos productos llegaran a los clientes.

Ante tal situación, de retraso en los pagos y el problema con las mercancías, fueron a hablar con Roman al Regimiento para pedirle explicaciones. Él se ofreció para subir a hablar con su jefe y comentarle el caso, para intentar que firmara un documento en el que les reconociera la deuda. Así lo hizo y volvió con el documento número 42 de los aportados con la querrela, firmado por el Sr. Edmundo. Entonces él creyó que todo estaba ya correcto y que cobrarían.

Pese a que no era habitual, en una ocasión recibió un pagaré para pagar una factura pendiente de Roman, lo aceptó como favor hacia él.



En segundo lugar declaró don Carlos José , quien comenzó su deposición explicando que fue Héctor quien le puso en contacto con Roman , diciendo que era un cliente interesado y encargado de compras del Regimiento Inmemorial del Rey.

Habló con el acusado Luis Enrique y le dijo que el Estado era cliente suyo a través del acusado Roman y Luis Enrique estuvo presente en cuatro o cinco reuniones en las que cuadraron varias ventas.

Las primeras ventas por importe de 44.000 euros y fue correcto, se cobraron. Explicó la forma de acceso al despacho oficial del Sr. Roman en el que les recibía, coincidiendo plenamente con lo relatado por el Sr. Héctor .

Posteriormente efectuó venta de mercancías por importe de 838.000 euros aproximadamente y no ha cobrado nada. Recalcó, que él no hubiese contratado en esas condiciones en ningún caso, que lo hizo por tratarse del Ejército, del Estado.

Explicó que todas las facturas eran entregadas al Sr. Roman , que las sellaba personalmente con el sello del Regimiento y las rubricaba, que la rúbrica era un garabato. Se le exhibieron los documentos 56 a 110 del Tomo I de las actuaciones y reconoció el sello del Regimiento, afirmó contundentemente que se lo puso personalmente el Sr. Roman en su presencia. La cuestión era que como entregaban la mercancía en Frigologic o Afriba, luego iban al Regimiento con las facturas para que las sellara Roman en prueba de conformidad.

Recibió pagarés de los dos acusados para pago de mercancías que no fueron atendidos. Concretamente le devolvieron uno de 360 euros en pagarés de Luis Enrique quien reconoció que él había ayudado a vender esas mercancías, 15 o 20 ventas.

Negoció una venta a nueve meses y el problema empieza cuando le dicen que hay mercancía suya en Andalucía y Levante a 2,5 euros, cuando él lo vendía a 5 euros. Tuvo conocimiento de ello por su Director Comercial. Se personaron en el despacho del Sr. Roman para pedirle explicaciones sobre ello y lo primero que dijo es que no se preocupara, que él como jefe de compras podía efectuarlas para más cuarteles. Al indicarle que se trataba de un particular, le intentó explicar que tenían un presupuesto y que había que cuadrarlo, de forma que, como él también compraba vacuno y lo vendía, vendía a un precio bajo su producto y así se compensaba con el más alto del vacuno.

Exhibido el documento 42 de la querella, explicó que, en aquella reunión, después dijo que hablaría con su jefe para que elaborara un documento de reconocimiento de deuda y lo llevó. Al manifestarle él que prefería hablar personalmente con su jefe, Don. Edmundo , firmante del documento, el acusado dijo que si lo intentaba no iba a cobrar nunca.

Declaró en tercer lugar don Cornelio que durante los años en los que transcurren los hechos se encontraba destinado en el Ejército de Tierra y actuaba como cabo auxiliar del acusado Sr. Roman . Él transportaba las mercancías, en una furgoneta propiedad de ASIPE y, aunque sabía que esos productos no pertenecían al Ejército, lo hacía porque recibía órdenes de Roman . Iba a Mercamadrid, en representación del acusado y luego volvía al cuartel y le daba cuenta a él personalmente. Iba a las naves de Frigologic y Afriba que estaban alquiladas por el Ejército.

Se le exhibieron varios documentos presentados por Frigologic y que obran en la pieza documental de la misma, reconociendo claramente su firma en el 213, 219 y 220. Aparece para entregar al Regimiento Inmemorial del Reyrecoge Asipe, a lo que manifiesta que es cierto, pero que él sólo cumplía órdenes de Roman . Reconoce también su firma en el documento 195, pero no recuerda quien es el ordenante. El número 244 es una orden de salida para Cornelio , que también reconoce y reitera que se lo mandaba Roman .

Manifestó que en el despacho del acusado Roman , había una caja fuerte con mucho dinero y a él le dio dinero para pagar y dio unos pagarés a Héctor .

Él recibía órdenes directas de Roman y le pagaba cierta cantidad de dinero por los trabajos que hacía fuera del horario laboral. Las órdenes las recibía dentro del cuartel.

Él puntuaba los pedidos.

Después declaró don Camilo , representante legal de Cooperativas Orensanas, SA, quien se ratificó en su escrito y en su reclamación de la cantidad que se le adeuda.

Relató que, en la primavera de 2005, clientes de Andalucía y Valencia preguntaron la razón por la que los productos de Coren eran tan baratos y comprobaron que eran mercancías que se habían vendido al Regimiento Inmemorial del Rey y de las cámaras de Mercamadrid.



Declaró el Sr. Don Guillermo , trabajador de gallegas de Alimentación, que hacía portes para el Ejército a la calle Prim, llegaba al lugar, se identificaba y descargaba dónde le decían poniéndole un sello en la factura. Exhibido el documento 56, obrante al folio 172, y reconoce el sello.

El Sr. Don Pascual , trabajador de Industrias Cárnicas Tello, declaró que era proveedor del Regimiento, que trató con el Brigada Roman , que no ponía ningún límite a los pedidos. Él iba al Regimiento y le recibía el Sr. Roman vestido de militar.

A tenor de todo lo expuesto, no existe duda alguna de la responsabilidad de ambos acusados, quienes, de común acuerdo, diseñaron este plan mendaz para procurarse unas ganancias ilícitas aprovechándose del puesto que ocupaba el Sr. Roman .

La culpabilidad de éste ha quedado sobradamente acreditada a través de la abundante prueba documental y testifical que hemos ido valorando. Pero es que tampoco existe duda alguna sobre la responsabilidad criminal del acusado Sr. Luis Enrique , pues, como ha podido comprobarse, no es un mero contacto inicial entre los proveedores y el Sr. Roman como él quiere hacer creer en su versión exculpatoria sobre los hechos, que, aunque absolutamente legítima, no concuerda con la prueba practicada, sino que él es quien busca al Sr. Héctor y aprovechándose de la confianza que existía entre ambos por su amistad, le dice que tiene un cliente para él, le miente y le dice que es el jefe de compras del Regimiento y que este negocio supone contratar con el Estado, le ofrece una falsa seguridad que violenta cualquier precaución que pudiera tener la víctima. Le acompaña a las primeras reuniones. Él personalmente entrega pagarés para el pago de las mercancías objeto del proceso tanto a Héctor como a Carlos José . A ambos les reconoce haber intervenido en esas negociaciones y en haber hecho llegar los productos a los clientes cuando ellos hablan con él sobre los problemas de Andalucía y Valencia.

Se trata de un plan ideado por los dos acusados, en el que la cara vista es la del Sr. Roman por el puesto que ocupaba y el facilitador de las relaciones con proveedores es Luis Enrique , manteniendo ambos posteriormente el engaño a lo largo de todo el desarrollo del entramado de relaciones comerciales.

TERCERO.- Debe apreciarse, tal y como solicita la defensa del acusado, Sr. Roman , la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pues, a pesar de tratarse de una causa compleja, la instrucción ha sido muy lenta, demorándose desde marzo de 2006, en que se admite a trámite la querrela y se inicia la investigación, hasta el 20 de abril de 2015, en que se remiten los autos a la Audiencia. La cumplimentación de un oficio dirigido al Regimiento Inmemorial del Rey se paralizó durante más de un año y medio.

Una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia el 12 de mayo de 2015, dado que se trataba de una causa de especial complejidad y las dificultades de agenda de señalamientos, así como el cambio de Ponente, por cese de la anterior Magistrada, no se ha celebrado el juicio hasta los días 3 y 4 de mayo de 2016, es decir, un año más de paralización.

Como expone, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre del 2004 , el "derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen o que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos".

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable.

Como elementos a tener en cuenta para formar el juicio sobre la superación del plazo razonable para concluir el procedimiento, pueden citarse, entre otros muchos y variados, los siguientes: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente la complejidad de los hechos y diligencias a practicar o la pluralidad de imputados o acusados, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes; y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y la consideración de los medios disponibles.

Entendemos que, una tramitación muy dilatada, y con unas paralizaciones de casi tres años, aunque, efectivamente, se trate de una causa compleja, la dilación es excesiva e indebida y no achacable al acusado, por lo que integraría una atenuante muy cualificada.



CUARTO.- En orden a la penalidad, respecto del acusado **Roman** , hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante un delito continuado de estafa agravada, concurriendo la circunstancia recogida en el artículo 438 del CP por tratarse de un funcionario público, que, como ya hemos valorado reiteradamente, abusando de su cargo, ha cometido un delito de estafa.

Concorre la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

En atención a ello y, por aplicación de las reglas penológicas contenidas en los artículos 250.1 , 5 ° y 6 ° , artículo 74 , artículo 438 y artículo 66.1, todos ellos del Código Penal , procede imponerle las penas de **5 años y 9 meses de prisión** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **multa de 12 meses** , con una cuota diaria de 12 euros, que se considera razonable dado el amplio margen que se concede al Tribunal y que el condenado se encuentra trabajando.

Procede imponerle, asimismo, por imperativo del artículo 438 del CP , la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 años** , teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y las consecuencias derivadas de su ilícita actuación para el Estado.

Respecto a Luis Enrique , teniendo en cuenta que en él no concurre la circunstancia recogida en el artículo 438 del CP , su participación en el hecho delictivo y las reglas penológicas antes indicadas, procede imponerle las penas de **3 años de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **multa de 12 meses** , con una cuota diaria de 12 euros, que se considera razonable dado el amplio margen que se concede al Tribunal y que el condenado se encuentra trabajando con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a que se refiere el artículo 53 del CP .

QUINTO.- El tema de la responsabilidad civil no ha sido debatido por los acusados en el acto del juicio y se deriva directamente de la prueba documental que no ha sido impugnada.

Por lo tanto, como responsabilidad civil, ambos acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Cooperativas Orensanas SCG en la suma de 99.077,40 euros, a Gallega de Alimentación, SA en la cantidad de 836.424,41 euros, a **Novafrigsa** en la suma de 56.034,37 euros y a Industrias Frigoríficas del Louro en la cantidad de 136.542,98 euros.

No procede la condena de ASIPE Asesores Cárnicos, SL como responsable civil, toda vez que no ha quedado acreditado en el acto del juicio que ninguno de los acusados haya actuado en la comisión del delito como Administrador de hecho, o de derecho, o como apoderado u ocupando cualquier otro cargo de dicha entidad, sino que toda la acción de ha desarrollado a título particular, independientemente de que se haya utilizado para transporte de mercancías en algunos momentos la furgoneta propiedad de la misma, pero, salvo tal extremo, nada más se ha probado fuera de toda duda razonable.

Sin embargo, sí procede la condena del Estado como responsable civil subsidiario como ahora explicaremos.

La representante de la Abogacía del Estado solicitó la absolución de los acusados y señaló que en ningún caso procede la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 120.4 ni 121 del CP .

Según señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 21/2006 de 14 de Diciembre de 2006, Rec. 24/2006 , sabido es que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración puede surgir por la vía del artículo 120.3 del Código Penal (CP) - artículo 21 CP/1973 - , o por la del artículo 121 CP - artículo 22 CP/1973 - , como tuvo ocasión de señalar la STS de 3 de julio de 1997 .

La primera de las vías citadas encuentra apoyo en el lugar de comisión del hecho delictivo -delitos o faltas cometidos en los establecimientos de que sean titulares o que dirijan las personas naturales o jurídicas, o sus dependientes o empleados-, y gira en torno a la idea de culpa, infracción de los reglamentos generales o especiales de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. De ahí que sus elementos sean: a) la comisión de un delito o falta; b) que dicha comisión se haya perpetrado en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se exige la responsabilidad civil subsidiaria; c) que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes, haya cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía, entendiendo por tal, con criterio amplio, cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, imputable al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes; y d) que esa infracción de los reglamentos esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil o, con palabras de las SSTS de 13 de diciembre de 1995 y 20 de abril de 1996 , que de alguna manera la infracción penal haya sido propiciada por la infracción reglamentaria.

Por el contrario, la vía del artículo 121 CP es totalmente ajena a cualquiera consideración espacial del ilícito y ha sido interpretada extensivamente, hasta el punto de que, como puntualiza la STS de 21 octubre



1997 , "se ha encaminado hasta una especie de responsabilidad objetiva del Estado que va más allá de los tradicionales parámetros marcados por la culpa «in vigilando» o culpa «in eligendo» para deslizarse por los campos marcados por la creación del riesgo o peligro, hasta llegar al principio de que, quien se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio, debe soportar las cargas que de él se derivan, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas".

Sus elementos, por tanto, son: a) la existencia de una relación entre el autor de la infracción penal y la persona natural o jurídica, civilmente responsable, caracterizada por la nota de dependencia; y b) la acción delictiva ha de ejecutarse "en el desempeño de sus obligaciones o servicio".

Curiosamente, sigue diciendo la sentencia indicada, la responsabilidad subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por los militares en acto de servicio tiene, según ha reiterado el Tribunal Supremo - SSTS., Sala Quinta, de 11 de julio 1997 y 20 de enero de 2000 , por citar solo algunas- "un alcance más amplio que el genéricamente establecido en el artículo 121 CP , ya que el artículo 48 del Código Penal Militar de 1985 no sólo comprende los hechos punibles realizados en acto de servicio, sino los que se cometen con motivo u ocasión del mismo, es decir, aunque no hayan sido consecuencia directa del servicio ordenado y aunque el responsable directo haya incurrido en extralimitaciones o ejercicio anormal de las tareas encomendadas, siempre que guarden relación con el desempeño de los cometidos propios de la función o cargo, añadiendo que «la responsabilidad del Estado tiene un carácter marcadamente objetivo», conforme al principio de asunción de responsabilidad del riesgo".

Con otras palabras, pero no en distinto sentido, la STS., Sala Segunda, de 18 de octubre de 1984 , había dicho ya que "la responsabilidad civil subsidiaria que regula el CP como un supuesto de responsabilidad in re ipsa, tiene su razón de ser moral y jurídica en el principio del derecho natural de que, quien obtiene beneficio de un servicio, obra o trabajo que se le presta por otro debe soportar también sus posibles efectos dañinos, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia", añadiendo que "la responsabilidad civil subsidiaria pretende que el adverso resultado de una actuación expresa o tácitamente confiada, desarrollada y consentida no sea asunto ajeno al comitente, que la conoce y aprueba a pesar de su riesgo, del que trata posteriormente de desentenderse haciendo pesar los resultados gravosos en el orden económico sobre las víctimas...".

Por su parte, las SSTS. de 18 de junio de 1985 , 1 de abril de 1992 y 17 de julio de 1995 insistieron en que "... la responsabilidad civil subsidiaria [...] viene siendo objeto de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del CP de 1870", de manera que "...personas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados".

La responsabilidad subsidiaria del Estado se vincula a que el autor de la infracción penal la haya perpetrado con ocasión del servicio público que presta.

Sea por la vía de uno u otro precepto, lo cierto es que, en realidad, el hecho enjuiciado en esta causa fue la consecuencia de un complejo conjunto de circunstancias, en las que, independientemente de lo expuesto hasta el momento, se puede advertir también claramente, al menos, una falta de la diligencia exigible en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los mandos, especialmente de los inferiores, del establecimiento militar en que tuvieron lugar.

Efectivamente, de la prueba testifical practicada en el juicio se puede extraer la consecuencia de que, a excepción del cabo Cornelio , que parecía conocer la irregularidad de lo que estaba sucediendo, pero entendía que debía cumplir órdenes, ni don Hermenegildo , subordinado del acusado y que compartía despacho con él, ni el Sr. Rogelio que era su superior, tenían ningún conocimiento de lo que estaba pasando.

De todas formas, en atención a la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, lo cierto es que nos hallamos en presencia de un delito cometido en las instalaciones del Ejército, en el desarrollo de las funciones del acusado, Sr. Roman , aunque sea, como ha sido, extralimitándose en el ejercicio de las mismas, trayendo su causa de actos referidos al servicio, por lo que el Estado debe responder subsidiariamente de los daños inferidos por el acusado a terceros en las cuantías que han sido señaladas.

Las cantidades anteriores se incrementarán en el interés legal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC .

FALLAMOS



CONDENAMOS a los acusados don Roman y don Luis Enrique como autores responsables de un delito continuado de estafa ya definido, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de 5 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 12 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 años al Sr. Roman y a las penas de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a que se refiere el artículo 53 del CP al Sr. Luis Enrique ; a que indemnicen conjunta y solidariamente a Cooperativas Orensanas SCG en la suma de 99.077,40 euros, a Gallega de Alimentación, SA en la cantidad de 836.424,41 euros, a **Novafrigsa** en la suma de 56.034,37 euros y a Industrias Frigoríficas del Louro en la cantidad de 136.542,98 euros y al abono por mitad de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular.

ABOLVEMOS a ASIPE Asesores Cárnicos, SL, como responsable civil directo.

CONDENAMOS al Estado Español, Ministerio de Defensa, como responsable civil subsidiario.

Y fórmese la pieza de responsabilidad civil para determinar la solvencia de los acusados.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.