

**Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914933800

Fax: 914934539

jus\_seccion2@madrid.org

GRUPO DE TRABAJO: MJ

37051530

N.I.G.: 28.080.41.1-2011/0501862

**Procedimiento Abreviado** [REDACTED] 2020

**Delito:** Estafa

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 05 de Majadahonda

**Procedimiento Origen:** Procedimiento Abreviado [REDACTED] /2011

**SENTENCIA Nº 347/2021**

**Señorías Ilustrísimas:**

Dña. GEMMA GALLEGO SANCHEZ

Dº. EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Dña. TANIA GARCIA SEDANO ( Ponente )

En Madrid, a tres de junio de dos mil veintiuno.

**VISTA** en juicio oral y público, ante esta Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la *causa instruida con el ním.DP580/2011, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ním. 5 de Majadahonda* y seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado, por un delito de estafa contra D. [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] S.L

Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y la acusación particular representada por el Letrado D. [REDACTED].

Ha actuado como ponente la Magistrada Dña. Tania García Sedano.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal, en el acto del juicio, calificó definitivamente los hechos enjuiciados como legalmente constitutivos de un delito de Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado [REDACTED] /2020

estafa tipificado en los artículos 248, 249 y 250.1-5º del CP.

Por su parte el Letrado de la acusación particular calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248.1, 249 y 250.1-6 del Código penal.

**SEGUNDO.-** La Defensa del acusado solicitó la libre absolución de su defendido respecto de los hechos que se les imputaban.

### **HECHOS PROBADOS**

**ÚNICO.-** Dº. [REDACTED] ya fue condenado por estos hechos en Procedimiento Abreviado n.º 65/2013 de la Sala de lo penal, Sección 3ª, de la Audiencia Nacional que concluyó por Sentencia de fecha 24 de mayo de 2016, nº 20/2016.

Del conjunto de lo practicado se declara probado que [REDACTED], en el año 2010 era Administrador de la agencia de viajes [REDACTED], S.L que operaba en el mercado con el nombre de [REDACTED] Viaje S.L con domicilio en C/ [REDACTED] de Las Rozas, Madrid, y en la C/ [REDACTED]. De Madrid. Guiado por un evidente propósito de obtener un lucro ilícito, con ocasión de la final del Mundial de Fútbol que jugarían las selecciones de España y Holanda en Johannesburgo (Sudáfrica) el 11 de julio de 2010, ideó sacar a la venta a través de su agencia de viajes, unos paquetes en los que ofrecía el viaje de ida y vuelta a Johannesburgo, en una compañía chárter, traslado desde el aeropuerto hasta el estadio, y la entrada para el partido de fútbol, traslado del estado de fútbol al aeropuerto y vuelo de regreso Johannesburgo a Madrid.

[REDACTED] además de ofertar los paquetes a los clientes de su agencia lo hizo también a otras agencias de viaje minoristas, en concreto [REDACTED] S.L de Terrassa (Barcelona) que adquirió 29 paquetes por 68.737, 25 euros.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El letrado de la defensa al comienzo de la sesión del juicio oral planteo como cuestión previa la existencia de cosa juzgada material en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24 de mayo de 2016.

Siguiendo lo fundamentado en la STS 659/2017 : "El derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos, principio "non bis in idem" o excepción de cosa juzgada, ha sido reconocido, como se refleja en el auto recurrido, en diversos textos internacionales: art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966); art. 4 del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950); art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985). En la Constitución Española no tiene reconocimiento expreso pero se ha considerado comprendido en el principio de legalidad proclamado en el art. 25.

Respecto a la determinación de los elementos configuradores de la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la garantía consagrada en el art. 4 del Protocolo nº 7 de la Convención entra en juego cuando los hechos de los dos procedimientos son idénticos o son en sustancia los mismos ( SSTEDH. 17 de febrero de 2015, caso Boman contra Finlandia ; 23 de julio de 2015, caso Butnaru y Beja-Piser contra Rumania ).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( STJUE 18 de julio de 2007, caso Kraaijenbrink ) ha manifestado que "el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas" (26); "el artículo 54 del CAAS sólo podrá aplicarse si el tribunal que conoce del segundo procedimiento penal comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus vínculos en el tiempo y en el espacio así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble" (28); "En cambio, si los hechos no forman tal conjunto, la mera circunstancia de que el tribunal que conoce del segundo procedimiento compruebe que el presunto autor de tales hechos ha actuado con una misma intención criminal no es suficiente para afirmar que existe un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que esté comprendido en el concepto de "los mismos hechos" a efectos del artículo 54 del CAAS" (29).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre el principio "ne bis in idem", incluido en el ámbito protector del art. 25.1 CE ( SSTC. 139/2012, 2 de julio ; 112/2015, 8 de junio ; 23/2016, 15 de febrero ). Se ha destacado la necesidad de una identidad fáctica, no siendo apreciable la vulneración aunque el segundo hecho

hubiera podido quedar comprendido en el delito continuado del primero ( STC. 126/2011, 18 de julio).

El Tribunal Supremo, por su parte, ha mantenido el mismo criterio ( SSTS. 1677/2002, 21 de noviembre ; 309/2015, 22 de mayo ). En la STS. 18/2016, 26 de enero , reproducida extensamente en el auto recurrido, tras examinar las doctrinas jurisprudenciales en el ámbito nacional e internacional, se decía que "no impide que el Estado que procede al enjuiciamiento en segundo lugar considere, en el uso de su competencia, que no existe identidad fáctica, por concurrir en una conducta compleja que conlleva una sucesión de acciones diferentes, determinados elementos fácticos que no han sido incluidos en los hechos enjuiciados por el Estado que ha actuado en primer lugar".

Además los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en materia penal, la identidad del hecho y de la persona inculpada. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las sentencias 1606/2002, de 3 de octubre, la de 29 de abril de 1993 y la de 23 diciembre 1992, cuando afirman que han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a su vez, los límites de su aplicación. Tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó -o absolvió- en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado en el segundo proceso. A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción -sujeto activo-, ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación. Y la sentencia 111/1998 de 3 de febrero declara que para que opere la cosa juzgada es preciso que haya: a) Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso; b) Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas; y c) Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes.

Y como recuerda la STS 1333/2003, de 13 de octubre, la excepción de cosa juzgada, específicamente contemplada en el proceso penal como uno de los artículos de previo pronunciamiento, el previsto en el nº 2º del art. 666 de la LECrim, que constituye una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, en relación con el art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el que nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país."

Dicho esto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos activos, de personas sentenciadas y acusadas. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

En definitiva y como ha dicho la muy reciente STS nº 104/2021, de 10-2, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

Viniendo el hecho, fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó - como aquí sucede- o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.



**SEGUNDO.-** De conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, en el presente supuesto cabe apreciar la concurrencia de cosa juzgada material, ante la concurrencia de sus presupuestos. Así, existe identidad de sujeto activo del delito en la persona de [REDACTED] [REDACTED] quien declaró que en el año 2010 era Administrador de [REDACTED] [REDACTED] A.L, de los sujetos pasivos, en el Procedimiento Abreviado n.º 65/2013 de la Sala de lo penal, Sección 3ª, de la Audiencia Nacional.

Así mismo media identidad en el objeto del enjuiciamiento. En este procedimiento los hechos objeto de este procedimiento, fijados por la querella son: “Acusado [REDACTED] [REDACTED] Administrador de [REDACTED] S.L (...) II.- Que mi mandante [REDACTED] (...) y [REDACTED] S.L a través de su administrador, contactó con mi mandante al objeto de ofrecer un paquete de viaje más entradas para el final de la copa mundial de fútbol celebrada el pasado 11 de julio de 2010 en la ciudad de Johannesburgo. (...) Que acordaron la reserva de 87 paquetes para viajar a presenciar el referido acontecimiento, que incluía viaje en avión más entradas al estadio (...) El día 9 de julio de 2010 mi mandante procedió a abonar por adelantado 29 paquetes a través de transferencia bancaria (...) Que una vez allí, se pudo comprobar que la querellada no disponía de entradas para todos, comunicando dicha circunstancia al acompañante designado por mi mandante (...) Que el Sr. [REDACTED] contactó en Sudáfrica con la empresa [REDACTED], que le ofreció la venta de 20 entradas, proporcionadas por la Federación Española de Fútbol. El Sr. [REDACTED] las adquirió y las entregó al representante de [REDACTED], S.L. y tuvieron un coste de 20.500 euros.(...) Que el representante de [REDACTED] S.L procedió al reparto de las entradas comprobándose que eran falsas. (...) Que se quiere poner de manifiesto, que esta parte atribuye un delito de estafa al querellado ya que no sólo proporcionó 60 entradas que a la postre resultaron ser falsas, sino que vendió 87 paquetes a mi mandante y otros 140 paquetes más, sin ni siquiera disponer de las entradas necesarias para todos ellos”.

En ese sentido también existe identidad subjetiva, es subrayable que la querellante no sólo no determina en su escrito de querella, donde fija su pretensión, el importe de las cantidades devueltas ni a que clientes se efectuaron sino que tampoco aporta un solo documento que pruebe esos pagos. En ese sentido, folio 4 de las actuaciones, puntos X y XI:” Que mi mandante ha procedido a realizar la devolución del dinero a casi la totalidad de los viajeros que le habían contratado el viaje, mediante devolución de los

cargos de la tarjeta de crédito o mediante transferencia. Que los pocos viajeros a los que no se ha podido realizar la devolución se les hará en breve”.

Preguntado el acusado por las personas a las que indemnizó, todos los viajeros están siendo indemnizados en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24 de mayo de 2016.

Por lo que se refiere a la acción, el título por el que se le acusó o el precepto penal en el que se fundó la acusación también se aprecia identidad.

Al respecto, en el procedimiento sustanciado ante la Audiencia Nacional, Antecedente de Hecho 3º, se establece: “Por el Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación, tras un relato de los hechos consideraba al autor de: a) Un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 74.1 y 2, 248.1, 249 y 250.1.5º (...)” y continúa Antecedente de Hecho 4º: “ Las acusaciones particulares, formularon sus respectivos escritos, calificando los hechos igual que el Ministerio Fiscal (...)”. Por su parte, la querrela que da lugar a estas actuaciones se establece: “CUARTO.- Que la conducta llevada a cabo por el Administrador de la sociedad Sr. D. [REDACTED], a través de la mercantil [REDACTED], S.L, entiende esta parte que puede subsumirse (...) en un delito de estafa, establecido y penado en el artículo 248 del Código Penal”.

La querellante en este procedimiento ejercitó la acción penal en el procedimiento abreviado 65/2013 que se sustanció ante la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En ese sentido, en el procedimiento sustanciado ante la Audiencia Nacional, Antecedente de Hecho 4º: “Las acusaciones particulares, formularon sus respectivos escritos, calificando los hechos igual que el Ministerio Fiscal (...) respecto de la agencia de viajes [REDACTED] S.L de Terrassa y su aseguradora, no traída a este proceso, respecto del paquete de [REDACTED] y [REDACTED]”.

En esa dirección, los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional declaran: “[REDACTED] además de ofertar los paquetes a los clientes de su agencia de viajes lo hizo a otras agencias de viaje minoristas. En concreto, le adquirieron varios paquetes las siguientes agencias: [REDACTED] S.L de Terrassa (Barcelona) adquirió 29 paquetes por 68.737,25 euros”.

Por todo ello, la excepción de cosa juzgada material debe ser estimada.

**TERCERO.**-Procede declarar de oficio las costas procesales causadas, y ello a tenor de lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal en relación con el 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y considerándose como persona inculpada, aquella contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con quien aparece encausado en el segundo proceso

### **FALLAMOS**

Que debemos absolver y absolvemos a D. Sr. D. [REDACTED] como autor responsable de un delito de estafa por el que venía siendo acusado apreciando que se ha producido el efecto de la cosa juzgada respecto de los hechos de la querrela que da lugar al presente procedimiento, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas de esta instancia.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación. /

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.