



Roj: **SAP M 8977/2021 - ECLI:ES:APM:2021:8977**

Id Cendoj: **28079370072021100304**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **28/06/2021**

Nº de Recurso: **1599/2019**

Nº de Resolución: **304/2021**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN BAUTISTA DELGADO CANOVAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid

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

Teléfono: 914934580,914933800

Fax: 914934579

JUS_SECCION7@madrid.org

37051530

N.I.G.: 28.005.00.1-2013/0041828

Procedimiento Abreviado 1599/2019

Delito: Apropiación indebida

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 04 de Alcalá de Henares

Procedimiento Origen: Diligencias Previas Proc. Abreviado 4412/2013

SENTENCIA N° 304/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 7ª

Dña. Caridad Hernández García.

D. Jacobo Vigil Levi.

D. Juan Bautista Delgado Cánovas (Ponente).

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

VISTO en juicio oral y público ante la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial el Rollo de Sala con referencia de procedimiento abreviado 1599/2019, seguido por un DELITO DE ESTAFA, en el que aparece como acusados Darío , mayor de edad, nacido en Sama-Langreo el NUM000 de 1950, con DNI nº NUM001 , con antecedentes penales, representado por el Procurador de los Tribunales D. Pelayo Alejandro del Valle Alonso y defendido por la Letrada Dña. **Leticia Mena Mateos** y Eliseo , mayor de edad, nacido en Bogotá (Colombia) el NUM002 de 1987, con número de pasaporte NUM003 , representado por el Procurador D. Hernán Kozak Cino y defendido por la Letrada Dña. Yamila Pardo Candela.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, habiendo ejercido la acusación particular la mercantil "Jesaoil, S.L.", representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Marta Baena Najarro y defendida por el Letrado D. Alberto Fernández Ruidíaz.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Bautista Delgado Cánovas, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La presente causa fue instruida por el Juzgado de Instrucción número 4 de Alcalá de Henares, que practicó las diligencias de investigación que estimó pertinentes.

Alcanzada la fase intermedia, el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

En igual trámite, la acusación particular calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en el artículo 250.6 del Código Penal y considerando autor a Darío , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, solicitó la imposición de las penas de 6 años de prisión y multa de 12 meses. Asimismo, considerando cooperador necesario de los hechos y del citado delito a Eliseo , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, solicitó la imposición de las penas de 6 años de prisión y multa de 12 meses. Finalmente, estimando responsable penal en virtud de los artículos 31 bis y 251 bis del Código Penal a la mercantil "Tilde Logística, S.L.", solicitó la imposición de la pena de multa en la cuantía del quintuple de la cantidad defraudada y, en concepto de responsabilidad civil, la condena a todos los acusados al pago solidariamente de la cantidad de 30.792,36 euros incrementada con los intereses legales.

En dicho trámite, la defensa del acusado Darío manifestó su disconformidad con el escrito de acusación de la acusación particular, solicitando la libre absolución del acusado.

En igual trámite, la defensa del acusado Eliseo , expresó asimismo su disconformidad con el escrito de acusación de la acusación particular, solicitando la libre absolución del acusado.

SEGUNDO. Señalada la vista oral para el día 16 de junio de 2021, se celebró con asistencia todas las partes.

Tras la práctica de la prueba, el Ministerio Fiscal y las defensas elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, quedando el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

UNICO. Mediante escritura notarial de fecha 5 de octubre de 2012, se elevó a público el contrato por el cual el acusado Darío , mayor de edad y con antecedentes penales, adquiría la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil "Jesaoil, S.L.", contrato que fue resuelto por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Sevilla de fecha 18 de mayo de 2016.

El 19 de noviembre de 2012, por razones que se desconocen, la mercantil "Jesaoil, S.L." realizó una transferencia por valor de 30.792,36 euros a la cuenta corriente con IBAN NUM004 de la entidad "Cajamar", cuyo titular era el acusado Eliseo , figurando como autorizado Íñigo . En dicha transferencia aparecía como beneficiario la sociedad "Tilde Logística, S.L.", de la que era administrador el acusado Darío . Seguidamente, el 20 de noviembre de 2012, por motivos que tampoco han quedado esclarecidos, se produjo un reintegro de 25.000 euros en dicha cuenta por parte de Íñigo en concepto de traspaso a la cuenta de "Tilde Logística, S.L.", cantidad que se ingresó en la cuenta de esta última con IBAN NUM005 desconociéndose asimismo su causa.

No ha resultado acreditado que el acusado Darío realizase indicaciones a Nazario , administrador de "Jesaoil, S.L.", para la compra de combustible a "Tilde Logística, S.L.", ni que ésta se hubiese producido, ni que Darío hubiese actuado concertadamente con el también acusado Eliseo para que éste recibiese la transferencia de 30.792,36 euros en su cuenta corriente y remitiese parte de dicha cantidad a la de "Tilde Logística, S.L."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestiones previas.

Por la defensa de Eliseo se planteó como cuestión previa la legitimación de la mercantil "Jesaoil, S.L." para ejercer la acusación. Al respecto se adujo que la totalidad de las participaciones de dicha sociedad fueron vendidas al acusado Darío con anterioridad a suceder los hechos objeto de autos y a la presentación de la denuncia que dio origen a las actuaciones, por lo que en ese momento la empresa era del adquirente.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS 797/2015, de 24 de noviembre) ha establecido que el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *"otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil"*, así como que *"El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima*



directa como a los terceros (art 113 CP)" (En similar sentido, SSTs 137/2020, de 8 de mayo y 64/2019, de 6 de febrero).

En el presente caso, las actuaciones se inician por denuncia presentada el 30 de octubre de 2013 por Nazario , actuando en representación de la mercantil "Jesaoil, S.L.", contra Darío por su presunta comisión de un delito de estafa o de administración desleal, delitos de carácter público, designando abogado y procurador, y si bien consta que el acusado Darío adquirió el 5 de octubre de 2012 la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil "Jesaoil, S.L.", en su declaración en fase de instrucción dicho acusado se refiere al denunciante como administrador de "Jesaoil, S.L.", indicando que continuaba figurando como tal en el Registro Mercantil. Amén de ello, obra en la causa certificación del Registro Mercantil de Málaga de fecha 23 de julio de 2013 en la que el denunciante aparece como administrador único de "Jesaoil, S.L." y sentencia con referencia 94/16 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Sevilla el 18 de mayo de 2016 en la que se declara resuelto el contrato de compraventa de participaciones sociales de 5 de octubre de 2012 por el que Nazario , dueño con carácter privativo de la totalidad de las participaciones sociales de "Jesaoil, S.L.", las vendió a Darío .

De lo expuesto se infiere la capacidad de Nazario para presentar la denuncia en nombre de "Jesaoil, S.L.", sin que conste que en el lapso temporal existente entre ese momento y la resolución del contrato de compraventa de participaciones por parte del acusado Darío , con independencia de su eventual virtualidad a tenor del contenido de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Sevilla, se efectuase diligencia alguna por parte de dicho acusado dirigida a dejar sin efecto el ejercicio de la acción penal por parte de la mercantil y, por ende, se cuestionase la voluntad de la misma en tal sentido, derivándose su condición de ofendida de la afectación al patrimonio social que supondría la acreditación de los hechos denunciados. En consecuencia, este Tribunal acordó desestimar la cuestión previa planteada, formulándose protesta por la defensa de Eliseo .

A su vez, por la defensa de Darío se plantearon dos cuestiones previas. La primera consistente en la aportación de 6 documentos respecto a los cuales se acordó su incorporación a la causa sin perjuicio de su ulterior valoración, formulándose protesta por la acusación particular. En la segunda solicitó la nulidad del auto de apertura de juicio oral respecto a la mercantil "Tilde Logística, S.L." al incluir a ésta como persona jurídica pese a no figurar como tal en el auto por el que se acordaba la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

Al respecto, analizado el contenido de las actuaciones se constata que la denuncia presentada por "Jesaoil, S.L." se dirige contra Darío como representante legal de "Tilde Logística, S.L.", que no consta que se procediera en fase de instrucción de conformidad con lo establecido en el artículo 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en el auto de fecha 26 de mayo de 2016 por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado lo es respecto de aquél y que en el escrito de acusación de la acusación particular de fecha 4 de octubre de 2017 se dirige la acción contra Darío como persona física y contra "Tilde Logística, S.L." como responsable civil. Sin embargo, posteriormente, al ser requerida la acusación particular para que concretase el delito y la pena solicitada a la parte denunciada, en escrito de fecha 21 de febrero de 2018, introduce sorpresivamente la acusación contra la mercantil "Tilde Logística, S.L." como responsable penal en virtud de los artículos 31 bis y 251 bis del Código Penal, solicitando para la misma la imposición de la pena de multa del quintuple de la cantidad defraudada, pese a lo cual se abre juicio oral contra dicha mercantil por un delito de estafa.

Partiendo de dichas premisas, considera este Tribunal que la acusación contra la citada mercantil se efectúa en el marco de un trámite de aclaración desbordándose el alcance del mismo e introduciendo de tal forma la acusación frente a una persona contra la cual no se había dirigido el procedimiento hasta ese momento, lo que debió acarrear que no figurase en el auto de apertura de juicio oral, pese a lo cual ocurrió lo contrario. En tal contexto, si bien la nulidad solicitada por la defensa de Darío encontraría su fundamento en el apartado 3º del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ello supondría añadir una dilación en la tramitación de una causa incoada el 5 de noviembre de 2013, optando este Tribunal como solución con similar resultado y en evitación de dichas demoras dejar sin efecto la acusación dirigida contra la persona jurídica en tanto su mantenimiento supondría una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías, formulándose protesta frente a dicha decisión por la acusación particular.

SEGUNDO. Delito objeto de acusación y resultado de la prueba practicada.

Se plantea acusación contra Darío y Eliseo por su presunta comisión de un delito de estafa, el primero en condición de autor y el segundo de cooperador necesario.

El artículo 248.1 del Código Penal indica que *"Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno"*.



Con relación al delito de estafa, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha establecido que los elementos que lo estructuran son los siguientes: "1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva)" (SSTS 442/2019, de 2 de octubre y 407/2016, de 12 de mayo).

A su vez, en la sentencia con referencia 528/2019, de 31 de octubre, con referencia a la STS 971/2009, de 15 de octubre, establece que "El delito de estafa en la modalidad denominada doctrinalmente de negocio jurídico criminalizado, se caracteriza porque el engaño, como elemento esencial del delito de estafa, se enmascara bajo un negocio jurídico aparente y formalmente válido. Su nota característica definitoria es que el autor, desde un principio, tiene la intención de no cumplir, -o cumplir sólo parcialmente, como parte de la actuación defraudatoria- con las obligaciones legales adquiridas, beneficiándose de las contraprestaciones del perjudicado".

Aplicando dichos parámetros al presente caso, el resultado de la prueba practicada impide estimar acreditada la comisión por los acusados Darío y Eliseo del citado delito, como sostiene la acusación particular, por las razones que se expondrán seguidamente.

TERCERO. Valoración de la prueba.

El contenido de los hechos probados deriva de los siguientes medios de prueba, practicados con pleno respeto a la garantía que supone la aplicación y observancia de los principios de inmediación, oralidad, concentración, publicidad y contradicción: a) la declaración del acusado Darío ; b) la declaración del acusado Eliseo ; c) la declaración del testigo Nazario ; c) la declaración testifical de Zaida ; d) la declaración testifical de Antonieta ; e) la declaración testifical de Aurora ; f) la declaración testifical de Zaida ; g) la declaración testifical de Ángel Jesús ; h) la documental obrante en las actuaciones.

Previamente a valorar el resultado de la prueba, procede delimitar la conducta que se atribuye a los acusados en la extensa descripción de los hechos que se efectúa en el escrito de acusación. Esta consiste en síntesis, por un lado, en haber efectuado indicaciones el acusado Darío , tras haber adquirido el 5 de octubre de 2012 la totalidad de las participaciones de "Jesaoil, S.L.", a Nazario para que gestionase la compra de combustible con la empresa "Tilde Logística, S.L.", administrada por dicho acusado, por valor de 30.792,36 euros, habiéndose efectuado el pago de dicha cantidad mediante transferencia a la cuenta con número NUM005 el 19 de noviembre de 2012, sin que se materializase el pedido ni se entregase la mercancía. Por otra, en haber actuado el acusado Darío en connivencia con Íñigo , constando en las actuaciones como fallecido en el año 2015, para que este último y el acusado Eliseo , una vez recibieran el dinero en la citada cuenta corriente, en la que figuraban respectivamente como titular y autorizado, realizaran de forma automática una transferencia de casi la totalidad de la suma recibida a la cuenta corriente de "Tilde Logística, S.L." con número NUM006 . A lo anterior se añade que el engaño vendría generado por el marco de negociación y buena apariencia generado en el proceso de adquisición por el acusado Darío de las participaciones de "Jesaoil, S.L.", presentando a "Tilde Logística, S.L." como operador de carburantes.

En consecuencia, pese a la carencias de sistemática que presenta, del mismo se desprende que la conducta que se atribuye a los acusados Darío y Eliseo es la de haber actuado concertadamente mediante un reparto de roles en el que Darío habría indicado a Nazario la adquisición por "Jesaoil, S.L." de combustible a "Tilde Logística, S.L." aprovechándose de la confianza derivada de las negociaciones de adquisición por Darío de las participaciones de "Jesaoil, S.L." y provocando de tal forma un desplazamiento patrimonial por parte "Jesaoil, S.L." a favor de "Tilde Logística, S.L." por la cantidad de 30.792,36 euros mediante su transferencia a una cuenta corriente que no era titular esta última sino el acusado Eliseo y desde la que se transfirió la suma de 25.000 euros a la cuenta de "Tilde Logística, S.L.", sin que se llegase a entregar el pedido ni devuelto el dinero transferido.

Con relación a dichos hechos, la documental obrante en la causa y las declaraciones testifical de Nazario y del acusado Darío permiten estimar acreditado que el 5 de octubre de 2012 se otorgó escritura notarial por la que Nazario , Aurora y Nazario vendían al acusado Darío la totalidad de las participaciones sociales de "Jesaoil, S.L.". Asimismo, la testifical de Nazario y la documental que figura en las actuaciones prueba que



el 19 de noviembre de 2012, "Jesaoil, S.L." realizó una transferencia por valor de 30.792,36 euros en la que figura como beneficiario "Tilde Logística, S.L.", derivándose de la documental y de la declaración del acusado Eliseo que la cuenta a la que se efectúa la transferencia es la que figura en la entidad "Cajamar" con número de IBAN NUM004 de la entidad "Cajamar", cuyo titular era el acusado Eliseo y en la que figuraba como autorizado Íñigo, constando como beneficiario en dicha transferencia la mercantil "Tilde Logística, S.L.". Con relación a esta última, el acusado Darío declaró ser su administrador cuando adquirió las participaciones de "Jesaoil, S.L.", condición que corrobora la información del Registro Mercantil de Madrid que ha sido incorporada como documental. Además de ello, obra como tal extracto de adeudo en caja mediante reintegro en la cuenta NUM004 por valor de 25.000 euros efectuado por Íñigo el 20 de noviembre de 2012 en concepto de traspaso a la cuenta de Tilde Logística.

Sin embargo, se constata un déficit probatorio con relación a aspectos nucleares del relato fáctico de la acusación que sustentan la comisión por los acusados de unos hechos constitutivos de un delito de estafa.

En lo atinente a la realización de indicaciones por el acusado Darío a Nazario para que efectuase un pedido de adquisición de combustible a "Tilde Logística, S.L.", existen versiones contradictorias entre ambos, sin que la prueba practicada corrobore la tesis acusatoria, constatándose a su vez una insuficiencia probatoria respecto a la propia operación de compraventa de combustible por parte de "Jesaoil, S.L." a "Tilde Logística, S.L." objeto de autos.

En este orden de ideas, se observó ausencia de taxatividad en las manifestaciones del testigo Nazario ya que relató no recordar cuándo se habría adquirido combustible al acusado Darío, así como falta de homogeneidad cuando, al ser preguntado sobre la compra, afirmó que se inició una relación con Zaida que les dio un precio y un número de cuenta y se produjo el ingreso para adquirir el producto y, posteriormente, que no recordaba si fue el acusado Darío o Zaida quien le dio el citado número, así como tampoco quién efectuó la transferencia, si él o alguien de su oficina.

En esta línea argumental, los correos electrónicos y documentos que acompañan a la denuncia revelan una falta de literosuficiencia o entidad probatoria ya que lo que acreditan es la solicitud de realización de gestiones a "Cajamar" con relación a la transferencia de 30.792,36 euros. Por otro, en cuanto a los correos electrónicos obrantes a los folios 358 y 359, intercambiados entre Antonieta, empleada de "Jesaoil, S.L." y Zaida, quien manifestó tener una empresa que trabaja para "Galp", su contenido tampoco muestra vínculo específico alguno con dicha operación de compraventa. Amén de ello, sobre los mismos, la testigo Antonieta declaró en el plenario que, si bien la dirección de correo electrónico era suya, no los recordaba, que a la cuenta podía acceder cualquier persona, que desconocía totalmente la transferencia de 30.792,36 euros y que no era el procedimiento habitual en una compraventa de combustible aportar todos los datos que allí figuraban. Por su parte, la testigo Zaida relató que desconocía las relaciones entre "Jesaoil, S.L." y el acusado Darío, que si bien la dirección de correo electrónico era suya, ella no había realizado venta alguna a dicha mercantil, no habiendo trabajado nunca para "Tilde Logística, S.L." ni recordando haberles realizado venta alguna.

A su vez, con relación a los correos electrónicos que aparecen a los folios 358 y 359, se observa que se no adjuntaron a la denuncia que dio inicio a las actuaciones sino que se aportan a las actuaciones mediante escrito de 27 de octubre de 2016, esto es, casi 3 años después de presentarse la denuncia que dio origen a la causa debido al requerimiento efectuado por el Juzgado de Instrucción a petición del Ministerio Fiscal para que se recabase documentación sobre el contrato de compraventa de combustible entre "Jesaoil, S.L." y "Tilde Logística, S.L.". Por otra parte, si bien por parte de los testigos Zaida y Nazario se sostuvo que no era inusual que dichas operaciones no se formalizasen mediante contratos, se observa una carencia de elementos fácticos que acrediten las características de la que es objeto de este procedimiento, concretamente sobre el tipo de combustible, sobre el precio, contabilización o cualquier otro dato que la identifique, ni siquiera sobre quién puso en conocimiento de "Jesaoil, S.L." el número de cuenta al que realizar la transferencia ni cómo lo habría hecho, siendo éste un elemento esencial a la hora de determinar la existencia y la autoría del engaño.

Dicho lo anterior, la propia dinámica de la transferencia de 30.792,36 euros efectuada por "Jesaoil, S.L." que resulta de la prueba practicada, tampoco contribuye a corroborar la tesis acusatoria. Ello se debe a que, como se indicó, el testigo Nazario, quien se infiere de aquella que ejercía la administración de hecho de la mercantil denunciante, afirma no recordar quién la efectuó; la trabajadora de la empresa Antonieta manifestó desconocerla; el acusado Eliseo, titular de la cuenta a la que se remite, niega tener vinculación alguna con la misma más allá de haber firmado la documentación para su apertura y atribuyendo el dominio real sobre la misma a Íñigo, quien consta documentalmente acreditado que efectuó un reintegro de 25.000 euros en concepto de traspaso a la cuenta de Tilde Logística, pero no se dispuso de su declaración en el plenario para indicar su causa ni corroborar o desmentir la versión del acusado Darío de que correspondía a extornos de compañías aseguradoras, a lo que se ha de añadir que el propio Nazario tenía una participación en "Tilde Logística, S.L." que estimó alcanzaba un 15 por ciento.



A todo ello se ha de añadir que no ha quedado acreditado que los acusados Darío y Eliseo se conociesen o que este último supiera que se había efectuado la transferencia de 30.792,36 euros a su cuenta o tuviese participación alguna en el posterior reintegro efectuado por Íñigo . A mayor abundamiento se constata la existencia de una mala relación entre Nazario y el acusado Darío como se infiere de la denuncia presentada por Darío contra Nazario ante la Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de Málaga y ante la Fiscalía Provincial de Málaga, así como la demanda planteada por Nazario contra Darío que dio lugar al procedimiento que dio lugar al dictado de la sentencia con referencia 94/16 por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Sevilla el 18 de mayo de 2016.

Ante dicho contexto probatorio, este Tribunal, si bien estima acreditada la adquisición por el acusado Darío de las participaciones de "Jesaoil, S.L." y la realización de las transferencias que describen los hechos probados de esta resolución, ha formado indubitadamente su convicción sobre la ausencia de prueba suficiente para acreditar las causas de las mismas y, por ende, que se debieran a la operación de compraventa de combustible que sostiene la acusación particular en el marco de una maquinación fraudulenta constitutiva de un delito de estafa. En este orden de ideas, las manifestaciones al respecto de Nazario se consideran carentes de taxatividad y de corroboración objetiva, al tiempo que concurren motivos fundados para deducir la existencia de motivos que menoscaban su entidad acreditativa.

Por dichas razones, en virtud del derecho a la presunción de inocencia que asiste a los acusados Darío y Eliseo , se les ha de absolver del delito de estafa por el que venían acusados.

CUARTO. Costas procesales.

En materia de costas procesales, si bien por la defensa de Darío se solicitó su imposición a la acusación particular, la solicitud se efectuó en fase de informe, lo que impide entrar siquiera a conocer de lo fundado o no de su petición habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en primer lugar, el momento oportuno para plantearse son las conclusiones provisionales y posteriormente las definitivas; en segundo lugar, porque como establece el artículo 737 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los informes de las partes se han de acomodar al contenido de sus conclusiones definitivas, no resultado por tanto posible introducir nuevas conclusiones en los informes y, finalmente, porque lo contrario implicaría que las partes que ya han intervenido carezcan no solo de la posibilidad de proponer prueba al respecto y de rebatir la pretensión de la parte (SSTS 442/2018, de 9 de octubre y 168/2018 de 11 abril). En consecuencia, de conformidad a lo previsto en el artículo 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, sensu contrario, en el artículo 123 del Código Penal, procede declarar las costas de oficio.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Darío y Eliseo del delito de estafa del que han sido acusados en este procedimiento, declarándose de oficio las costas del juicio.

Procédase a dejar sin efecto cuantas medidas cautelares se encontrasen vigentes frente a los acusados en la presente causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de 5 días a partir de la última notificación.

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