



Roj: **SAP A 2065/2013 - ECLI: ES:APA:2013:2065**

Id Cendoj: **03014370032013100226**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **3**

Fecha: **19/04/2013**

Nº de Recurso: **62/2010**

Nº de Resolución: **225/2013**

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

Ponente: **MARIA DOLORES OJEDA DOMINGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCIÓN TERCERA

#### ALICANTE

PLAZA DEL AYUNTAMIENTO Nº4

Tfno: 965.935.967

Fax: 965935980

NIG: 03014-37-1-2010-0003496

*Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 000062/2010- -*

*Dimana del Procedimiento Abreviado Nº 000191/2009*

*Del JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 4 DE ALICANTE*

#### **SENTENCIA Nº 000225/2013**

Ilmos/as. Sres/as.:

#### **Presidente**

D. JOSE DANIEL MIRA PERCEVAL VERDU

#### **Magistrados/as**

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> DOLORES OJEDA DOMINGUEZ

D<sup>a</sup> FRANCISCA BRU AZUAR

En Alicante a diecinueve de abril de dos mil trece

**VISTA** en juicio oral y público, el pasado día 9 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial, Sección Tercera, de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de Instrucción de Alicante nº 4, seguida de oficio, por delito **ESTAFA**, contra los acusados **Arturo**, hijo de Benito y de Mercedes, nacido el NUM000 de 1978, natural de Alicante y vecino de Alicante, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Elvira Pastor Ramos y defendido por la Letrado D<sup>a</sup> Catalina Alcazar Soto y **Fermín**, hijo de Benito de de Mercedes, nacido el NUM001 de 1969, natural de Albacete y vecino de San Vicente del Raspeig, con antecedentes penales no computables a efecto de reincidencia, de ignorada solvencia, en libertad por esta causa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Fernanda Gallego Arias y defendido por el Letrado D. Antonio Sifre Calafat **y como RESPONSABLE CIVIL FBJ Villanueva Garijo Hnos, Inversiones y Seguros S.L.L.**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Fernanda Gallego



Arias y defendido por el Letrado D. Antonio Sifre Calafat; En cuya causa ejerció la **ACUSACIÓN PARTICULAR Pascual**, representado por el Procurador D. José L. Córdoba Almela y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Jara M<sup>a</sup> Fernandez Timory **el MINISTERIO FISCAL**, representado por el Fiscal **D. Jorge Rabasa Dolado**; Actuando como **Ponente** la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> DOLORES OJEDA DOMINGUEZ**, Magistrado de esta Sección Tercera, que expresa el parecer de la Sala.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Desde sus Diligencias Previas núm. 974/2008 el Juzgado de Instrucción núm. cuatro de Alicante instruyó su Procedimiento Abreviado núm. 191/2009, en el que fueron acusados Arturo y Fermín por el delito de Estafa, antes de que dicho procedimiento fuera elevado a esta Audiencia Provincial para continuar la correspondiente tramitación en el presente Rollo de Sala núm. 62/10 de esta Sección Tercera.

**SEGUNDO.-** El **MINISTERIO FISCAL**, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de estafa de los arts 248, 250.1, 5º y 6º, C.Penal, siendo responsables en concepto de autores, arts. 27 y 28 del C.P., sin circunstancias, solicitando que se imponga a cada acusado la pena de 5 años de prisión y multa de 18 meses con una cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art. 53 del C. Penal. Costas. Los acusados deberán indemnizar a Pascual en 105.288 euros, importe de lo obtenido por el préstamo hipotecario sobre la finca NUM002, más 30.048 euros por el sobrante obtenido de la venta de la finca nº NUM003, cantidades de las que responderá como responsable civil subsidiario la mercantil "FBJ **Villanueva Garijo**, S.L.L." así como la suma 14.44360 euros como resto del precio obtenido, y a las que se aplicará el interés legal.

**TERCERO.-** La **ACUSACIÓN PARTICULAR**, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de estafa de los artículos 248 y siguientes del Código Penal, siendo responsables los acusados, en concepto de autores, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, solicitando se imponga a cada uno de los acusados por los delitos de estafa la pena de 8 años, inhabilitación de sufragio pasivo y costas. Debiendo de indemnizar a Pascual en la cantidad que se fije a posterior.

**TERCERO.-** Las **DEFENSAS**, en el mismo trámite, solicitaron la libre absolución de sus defendidos.

## II - HECHOS PROBADOS

Son -y así expresa y terminantemente se declaran- los siguientes:

**PRIMERO.-** En fecha 27 de febrero de 2006, Pascual, quien tenía diagnosticado trastorno de dependencia al alcohol así como una personalidad primaria que no le impide entender el alcance de sus actos ni de las obligaciones que asume, otorgó ante Notario escritura de reconocimiento de deuda, emisión de letra de cambio y constitución de hipoteca a favor de "FBJ **Villanueva Garijo** S.L.L.", representada por el acusado Fermín, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, por la que el primero reconocía adeudar 25.000 euros, constituyendo hipoteca a favor de la mercantil sobre la vivienda propiedad del primero sita en la C/ DIRECCION000 de San Vicente del Raspeig, (finca NUM003 del Registro de la Propiedad nº 5 de Alicante), instrumentando la deuda mediante la emisión de una letra de cambio por importe de 25.000 euros y vencimiento el 27 de mayo de 2006.

El 13 de julio de 2006, ante Notario, Pascual otorgó poderes generales a favor del acusado Arturo, mayor de edad y sin antecedentes penales, para que en relación con la indicada finca pudiese vender, enajenar, gravar y contratar, activa o pasivamente, con las condiciones y por la contraprestación o el precio de contado confesado o aplazado que estimase.

El 9 de noviembre de 2006, ante Notario de Alicante, el acusado Arturo, en nombre y representación de Pascual, vendió a su empleado José, la finca nº NUM003 a que nos venimos refiriendo por el precio de 113.000 euros, con el siguiente detalle: 98.556,40 euros los recibió la parte vendedora de la parte compradora mediante un cheque bancario nominativo a favor de Sergio de 68.508,40 euros de la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha para pago de una hipoteca que gravaba la finca, y otro cheque bancario nominativo a favor de "FBJ **Villanueva Garijo** Hnos Inversiones Seguros S.L." de 30.048 euros de la misma cantidad para pago de la hipoteca a favor de FBJ **Villanueva Garijo** S.L.L. Constituida en la escritura anteriormente referida de 27 de febrero de 2006 por importe de 25.000 euros, y el resto hasta el total precio convenido declaró la parte vendedora, por medio de su apoderado, haberla recibido antes de ese acto y en efectivo corriente a su más plena satisfacción de manos de la parte compradora, a cuyo favor otorgaba la más firme y total carta de pago.



**SEGUNDO.-** El 2 de noviembre de 2006, ante Notario, Pascual otorgó poder a favor de Aquilino, empleado de los acusados, en ignorado paradero, para que en relación con la vivienda de su propiedad sita en San Vicente del Raspeig, en el conjunto entre las calles DIRECCION001 NUM004 - NUM005 y DIRECCION002 (finca NUM002 del Registro de la Propiedad nº 5 de Alicante), pudiese hipotecar y gravar por cualquier concepto el bien descrito, en garantía de obligaciones y préstamos y créditos de cualquier clase, especialmente hipotecas con letras cambiarias, y administrar el bien inmueble descrito.

En base a los anteriores poderes, el 7 de noviembre de 2006, Aquilino compareció ante Notario de Madrid y en representación de Pascual, otorgó escritura de hipoteca a favor de la mercantil "Irisan Gestión Hipotecaria S.L." que no consta connivencia con los acusados, sobre la finca nº NUM002 del Registro de la Propiedad nº 5 de Alicante, por un préstamo de 109.500 euros, entregándose de la siguiente forma: 4.212.00 euros se retuvieron en concepto de intereses pactados, y el resto 105.288.00 euros se entregaron en efectivo, y para asegurar el préstamo concedido se constituyó la referida hipoteca sobre la finca descrita y para facilitar el pago del mismo, sin que ello implicase duplicidad de crédito, se aceptaron tres letras de cambio, una de ellas con vencimiento al día 5 de mayo de 2007 por importe de 19.000 euros y otra con vencimiento al día 6 de mayo de 2007 por importe de 48.000 euros.

Pascual afirma no haber recibido cantidad alguna por tales operaciones.

### III - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En primer lugar hemos de señalar que, pese al esfuerzo del Ministerio Fiscal en seguir una cronología de los hechos en su escrito de calificación, la Sala entiende que resulta de de más fácil comprensión y análisis deslindar los hechos que se refieren a la finca NUM003, de los que atañen a la finca NUM002 ambas propiedad del denunciante en el momento de los hechos, si bien en ambos casos el denunciante habría llevado a cabo una serie de actos de carácter patrimonial que, según la tesis de las acusaciones, estarían condicionadas por su personalidad primaria y dependencia al alcohol aprovechada por los acusados en su propio beneficio y en perjuicio del Sr. Pascual.

Sentado lo anterior, se imputa a los acusados Fermín y Arturo en primer término, haber llevado a cabo una serie de actos que se describen en el escrito de calificación y que podrían concretarse en síntesis en la constitución de una hipoteca sobre la vivienda del denunciante sita en la C/ DIRECCION000 de San Vicente del Raspeig en pago de una deuda de 25.000 euros cuya existencia se niega por las acusaciones, así como la obtención de un poder en relación con dicha finca en favor del acusado Arturo en uso de cuyas facultades éste vendió a una tercera persona la citada vivienda, siendo el precio de venta 113.000 que el denunciante no habría obtenido. Para ello, y este punto es esencial, los acusados se habrían aprovechado de la personalidad del Sr. Pascual, que su psiquiatra califica de primaria y con dependencia del alcohol, lo que sería el punto esencial para concluir que nos hallamos ante un delito de estafa, dado el carácter nuclear en este tipo delictivo del elemento "engaño bastante".

Éste último extremo se erige, por tanto, en una premisa cuya existencia ha de constatarse con carácter previo a todo lo demás, y para ello ha de analizarse la prueba pericial practicada al efecto.

Pues bien, ha comparecido al acto del juicio el Dr. en psiquiatría, que atiende al denunciante, que básicamente se ha ratificado en sus informes sobre la capacidad mental del denunciante (folio 87 y 213), el cual es cierto que padece un trastorno de dependencia de alcohol que ha conducido a su ingreso en la Unidad Antialcohólica Provincial en momentos de intoxicaciones agudas, durante los cuales dicho paciente pierde toda conciencia de la realidad. En tales casos el acusado no sería imputable de sus actos, ni podría acudir a una Notaría a suscribir un documento, tal como manifiesta el perito, pues ni siquiera se le entendería y tal estado sería apreciable a simple vista. Sin embargo, el Dr. Serafin también afirma que el denunciante sí puede conocer, fuera de estos momentos de intoxicación, las obligaciones que contrae o las consecuencias de su incumplimiento. En consecuencia, puede afirmarse que la inteligencia del denunciante, no le priva de capacidad de entender y querer tal como se pretende hacer ver en los escritos de acusación.

Tal afirmación viene además corroborada por las propias declaraciones del Sr. Pascual, y por su conducta en relación con los hechos descritos, que viene plasmada en diversos documentos a los que se irá haciendo mención.

En relación con lo declarado por el denunciante, ni la cuantía de la deuda que tenía en fecha 27 de febrero de 2006, ni el origen de la misma es coincidente en sus distintas declaraciones. Mientras que en la prestada ante el Juzgado de Instrucción (folio 215) debía 1500 euros "por una visa" y una denuncia por malos tratos, en el acto del juicio dice que tenía una deuda de 4000 euros por una condena penal, para cuyo pago suscribió la primera escritura donde consta que había recibido 25.000 euros que nunca le dieron. Solo ante la insistencia



de las partes reconoce que debía dinero a un Sr. de Valencia, aunque dice que le fue pagando poco a poco, y que no era para pago de lo debido a dicho señor para lo que se constituyó el 27 de febrero de 2006 la hipoteca sobre su inmueble. Sin embargo, a preguntas de las defensas ha reconocido finalmente en el acto del juicio que no había pagado el importe de lo debido al vencimiento de la letra en abril de 2006, y que el importe de lo adeudado con intereses y costas lo satisfizo FBJ.

La existencia de dicha deuda hipotecaria para con D. Sergio , contraída el 11 de abril de 2005 y que devengaba altísimos intereses, viene además acreditada por la nota simple informativa del Registro de la Propiedad que se encuentra en el folio 239 de la causa, en el que se refleja incluso la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Vicente del Raspeig en curso.

El propio denunciante reconoce en el juicio que le hacía falta dinero "y se lo sacó" al de Valencia para írselo pagando poco a poco, así como que era consciente cuando firmó el préstamo con el Sr. Sergio de la obligación que contraía. Todas estas declaraciones evidencian que el denunciante no es todo lo persistente ni veraz que se pretende por las acusaciones, y acaba reconociendo que al vencimiento de la primera letra de abril de 2006 FBJ pagó el importe de la misma, por lo que entra dentro de lo posible que los 25.000 euros o al menos parte de dicha suma, de cuya entrega no se hizo recibo pero que admite en la escritura el Sr. Pascual haber recibido, fueran destinados al pago de la citada deuda hipotecaria a la que admite también al final de su declaración en el acto del juicio, no haber hecho frente.

Por otra parte, y siguiendo con dicha prueba testifical, tampoco puede obviarse que, según el relato fáctico del Sr. Pascual , y aunque no puede desconocerse que necesariamente Fermín tuvo que acudir a la Notaría el día 27 de febrero de 2006, el contacto con los acusados habría sido mínimo, por cuanto el testigo reiteradamente en el juicio manifestó que no los reconocía y que con quienes tuvo trato sobre el asunto que nos ocupa fue con dos personas extrañas que vivían en su casa y que le llevaba a las Notarías, si bien dichas personas les manifestaban que las operaciones que se realizaban las había ordenado el "jefe" de FBJ, de lo que el testigo no tiene constancia pues no tuvo ningún contacto con los acusados según afirma.

Siguiendo con el análisis de los hechos imputados a los acusados, ha de hacerse referencia a dos momentos relevantes, a saber el otorgamiento de poder general a favor del acusado Arturo sobre la vivienda a la que nos venimos referencia, y la enajenación de ésta en fecha 9 de noviembre de 2006, en uso de dicho poder, a una tercera persona por un precio de 113.000 euros, de los que el denunciante niega haber percibido cantidad alguna.

El acusado Arturo , que fue el apoderado, manifiesta que no llegó a conocer a su poderdante, y no consta la escritura de apoderamiento, aunque se hace referencia a la misma en la escritura de venta obrante a folio 230 de la causa. Declara también dicho acusado que él no percibió dinero alguno, y que las cantidades entregadas se destinaron a la cancelación de la hipoteca del Sr. Sergio en la cuantía que consta en la escritura (68.508,40 euros), así como otros 30.048 euros a VILLANUEVA Y GARIJO HENOS. a quienes recordemos que reconocía adeudar el denunciante 25.000 euros en escritura anterior y para pago de la hipoteca constituida en garantía de dicho préstamo, y el resto declaró el apoderado haberla percibido, declarando en el juicio ambos acusados que dicho resto lo aplicaron al pago de los gastos de gestoría y los demás que, conforme a la letra D), folio 235 vuelto, los vendedores se obligaban a satisfacer.

El denunciante mantiene que nada obtuvo del precio por el que se enajenó su vivienda, pero al mismo tiempo reconoce, y queda debidamente acreditado, que fue adquiriendo obligaciones a las que no hacía frente, pesando sobre dicha vivienda ya dos hipotecas de una suma elevada, y consta a folio 233 vuelto de la causa, en la escritura de venta de la vivienda, que el día en que se realizó la escritura de venta , las hipotecas fueron canceladas por sendas escrituras de esa misma fecha (9 de noviembre de 2006).

Es cierto que existe un remanente de unos 14.000 euros, que el apoderado reconoce haber percibido a su satisfacción, y cuyo destino no se encuentra suficientemente detallado, al no haberse acreditado ni los gastos de la gestoría ni los impuestos a que se habría aplicado dicha cantidad. Sin embargo, la apropiación de dicha suma por los acusados no constituiría delito de estafa, toda vez que obedecería a alguno de los títulos de producen la obligación de entregarlos o devolverlos al denunciante.

A modo de resumen, ni consta realmente si los acusados directamente tuvieron tratos con el Sr. Pascual , ni si éste pudo de algún modo ser inducido a error de forma fraudulenta, sino que todo apunta a que el denunciante, aun con su personalidad primaria, era capaz de obligarse y entender las obligaciones que asumía y las consecuencias de su incumplimiento, generando una situación patrimonial de deudas impagadas y préstamos con altísimos intereses que, según sus propias palabras en el juicio, ocasionó "una bola" en la que su patrimonio se vio finalmente mermado.



**SEGUNDO** .- En cuanto a los hechos que se imputan a los acusados en relación con el apartado segundo de los hechos probados, si ya resulta difícil establecer una relación directa de los acusados en los hechos del apartado primero, ni siquiera de connivencia entre ambos o con terceras personas intervinientes en dichos hechos, mucho más lo es afirmar que los acusados, que no aparecen en los documentos que se mencionan en el hecho segundo (folio 29 y folio 246), y que además niegan haber tenido nada que ver con tales hechos, tuvieron alguna participación o conocían del otorgamiento de poder a Aquilino y ulterior hipoteca en que este intervino como apoderado sobre la finca NUM002 .

El denunciante manifiesta en todo momento que quienes le traían y llevaban eran dos inquilinos extranjeros a quienes alojaba en su casa, y que decían que actuaban por cuenta de la empresa para la que trabajaban, que era la de los acusados. Sin embargo, Pascual insiste en el juicio en que no reconocía a los acusados como las personas que intervinieron en los hechos, y puesto que éstos niegan cualquier participación y aún conocimiento de los mismos, y dicha participación no se patentiza ni siquiera con la prueba documental, sin entrar en el análisis de las concretas circunstancias de este segundo hecho, no existe base en qué fundar la condena de los hermanos Arturo .

Es más, en la escritura de constitución de hipoteca que consta a folio 246 de la causa, consta que Aquilino comparece en la misma "como Administrador único de la Sociedad IRISAN GESTIÓN HIPOTECARIA S.L.", cuya relación con los acusados no se alcanza a comprender.

En definitiva, no existe prueba de la participación en tales hechos de los acusados.

**TERCERO**.- Según dispone el art. 240 de la Lecrim ., no podrán ser condenados en costas los acusados absueltos.

**VISTOS** , además de los preceptos citados, otros de pertinente aplicación del mismo Código Penal y los artículos 141 , 142 , 239 , 240 , 741 y 742 y demás de general aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **I V - PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS** : Que debemos **ABSOLVER** y absolvemos a los acusados en esta causa **FRANSICO Arturo y Arturo** del delito de estafa que se le imputa, declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- D. JOSE DANIEL MIRA PERCEVAL VERDU, Dª Mª DOLORES OJEDA DOMINGUEZ, Dª FRANCISCA BRU AZUAR.- Rubricado.