

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: XXXXXXXX

XXXXXX

NIG: XXXXXXXXXXXX

Procedimiento Recurso de Apelación 169/2020

Materia: Estafa

Apelante: D./Dña. MARÍA ANGUSTIAS R. G.

PROCURADOR D./Dña. MARIA LEOCADIA GARCIA CORNEJO

Apelado: D./Dña. DAVID P. O.

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER MARTIN SANTACRUZ

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 214/2020

EXCMO SR. PRESIDENTE

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil veinte.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, el presente rollo de apelación nº 132/2020 (ASUNTO PENAL 169/2020), correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1177/2019, procedente de la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo parte apelante la procuradora D.^a MARÍA LEOCADIA GARCÍA CORNEJO, en nombre y representación de MARÍA ANGUSTIAS R. G., asistido por la letrada D.^a MONTSERRAT PARAMIO PADRÓS y como partes apeladas el MINISTERIO FISCAL y el procurador D. FRANCISCO JAVIER MARTÍN-SANTACRUZ, en nombre y representación de D. DAVID P. O., que ejerce su propia defensa técnica.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el parecer del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- SE ACEPTAN los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Por la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid se dictó sentencia de fecha 30 de enero de 2020, en autos PA nº 1177/2019, con el siguiente fallo: “**QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada D^a MARÍA ANGUSTIAS R. G.** como autora de un delito de estafa del artículo 248 CP, antes definido, a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, a que indemnice a D. DAVID P. O. en SETECIENTOS EUROS (700 €) más intereses del artículo 576 LECiv desde la fecha de esta sentencia y al pago de una tercera parte de las costas incluidas las de la acusación particular.

SE ABSUELVE a la acusada de dos delitos de estafa del artículo 250.1.6º CP por los que venía asimismo acusada.

SE DECLARAN DE OFICIO el resto de las costas.”

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la procuradora D.^a MARÍA LEOCADIA GARCÍA CORNEJO, en nombre y representación de MARÍA ANGUSTIAS R. G., con base en las alegaciones que estimó oportunas e interesando se dicte sentencia por la que estimando el recurso, se absuelva a esta parte del delito de estafa por el que se le ha condenado.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal, que evacuó el trámite haciendo las que estimó oportunas y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

Asimismo, por el procurador D. FRANCISCO JAVIER MARTÍN-SANTACRUZ, en nombre y representación de D. DAVID P. O., en el mismo

trámite, se evacuó el mismo, solicitando, con base en las alegaciones que estimó oportunas, la confirmación de la sentencia, con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se formó el oportuno rollo de apelación, con el nº 132/2020 (ASUNTO PENAL 169/2020) y tras los trámites legales vigentes, se señaló para deliberación y resolución.

SEXTO.- SE ACEPTAN LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS de la sentencia de instancia, que son del siguiente tenor:

“De la valoración de la prueba practicada, resulta probado y así se declara que la acusada D^a MARÍA ANGUSTIAS R. G., mayor de edad, nacida el 10/11/1940, con DNI, sin antecedentes penales, era vecina del matrimonio formado por D^a Adoración O. G. y de D. David P. H., con domicilio en Madrid, y venía ocupándose a título gratuito del cuidado y atención de los mismos. Por ello, el día 20 de abril de 2015 D^a Adoración O. G. y D. David P. H. otorgaron ante el Notario de Madrid D. José B. L., poder en favor de la acusada, en relación exclusiva con los siguientes bienes: 1/ Una casa habitación sita en C/ de San Juan, núm., de Coca (Segovia), para su venta; 2/ El piso sito en C/ San León, 2º Izda. de Madrid, para administrarlo y arrendarlo, entre otras facultades; 3/ la cuenta corriente núm. abierta en la sucursal de Banco Santander de C/ Villamanín ... de Madrid, para seguirla, ingresar y retirar cantidades de la misma e incluso ordenar transferencias y pagos con cargo a la citada cuenta, que era de la exclusiva titularidad de D^a Adoración O. G. En esta cuenta el matrimonio tenía domiciliados los pagos de los consumos e impuestos de sus inmuebles y las pensiones que ambos cobraban.

El día 8 de enero de 2016 D^a Adoración O. ingresó en el Hospital Fundación Jiménez Díaz de Madrid y ante la eventualidad de que falleciera y como quiera que el matrimonio tenía en esa cuenta parte de sus ahorros además de las pensiones, para evitar que D. David P. H. se quedara sin dinero, de conformidad con éste, la acusada procedió a transferir de la cuenta del Banco de Santander núm. a D. David P. Herrero la cantidad de 8.800 €

El día 11 de enero de 2016 falleció D^a Adoración O., lo que fue conocido por la acusada, quien el día 30 de marzo de 2016, con la intención

de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se personó en el Banco Santander y omitiendo el fallecimiento de D.^a Adoración O. y por tanto la extinción del poder, realizó un reintegro de 700 € de la cuenta de la titularidad de ésta, que la entidad bancaria le facilitó en la confianza del poder.

La acusada no ha justificado que ese dinero lo empleara para pagar los gastos de D. David P. H..

El 29 de noviembre de 2016 D. David P. otorgó un nuevo testamento ante la Notaria D^a Eva M. y G., en el que legó a la acusada, en pleno dominio y con cargo al tercio de libre disposición de su herencia, la mitad (50%) del dinero que pudiera tener depositado el testador al tiempo de su fallecimiento en cuentas corrientes, libretas a plazos o de ahorro, fondo de inversión o cualquiera otra modalidad, instituyendo heredero universal a su hijo D.DAVID P. O., sin perjuicio y respetando el legado anterior.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, a los efectos de integrar los de la presente resolución.

SEGUNDO.- Por la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid se dicta sentencia de fecha 30 de enero de 2020, por la que se condena a María Angustias R. G., como autora de un delito de estafa, previsto y penado en los arts. 248 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de un año y tres meses de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A que indemnice a D. David P. O. en la suma de 700 euros, en concepto de responsabilidad civil, con intereses legales del art. 576 L.E.C. y, asimismo, se le impone el pago de una tercera parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación particular.

Por otra parte la absuelve de otros dos delitos de estafa, previstos y penados en el art. 250.1.6º C. Penal, por los que venía también acusada.

Frente a dicha resolución se interpone por la defensa de la acusada, recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia y que se le absuelva del delito de estafa por el que viene condenada.

Examinadas las alegaciones de la parte apelante, del Ministerio Fiscal, y de la Acusación particular, así como la prueba practicada, procede desestimar el recurso formulado, al no desvirtuar los fundamentos de la sentencia impugnada.

TERCERO.- A) Como primer motivo del recurso se alega VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA,

Considera la parte recurrente que no se ha practicado en el plenario, prueba de cargo bastante para acreditar la culpabilidad de la misma.

Se reconoce en el motivo que la acusada retiró 700 euros, pero no hizo uso de los mismos en su beneficio personal ni lo integró en su patrimonio, respecto de lo que no hay prueba en los autos. El dinero retirado se gastó en objetos personales que necesitaba D. David [P. H.], así como otros gastos, de lo que hay justificación en las actuaciones.

La cuenta bancaria de la que retiró el dinero, no era una cuenta de exclusiva titularidad de D.^a Adoración, puesto que el matrimonio estaba casado en régimen de gananciales y el único que percibía ingresos, como pensionista, era D. David. Lo importante, en relación a la cuenta, es el origen de los fondos que la integraban, aunque figurara a nombre de D.^a Adoración. La cuenta era ganancial. Por otra parte, la acusada actuó en todo momento con el consentimiento de D. David.

Concluye el motivo señalando que, lo único que se ha probado es que la acusada dispuso de 700 euros de la cuenta de D.^a Adoración O. , cuando ésta había fallecido. No se ha podido probar que realizara dicha disposición para obtener un enriquecimiento injusto, así como tampoco se ha probado el engaño, ya que actuó en uso legítimo de sus facultades, que le confería el poder otorgado por el matrimonio, que seguía vigente, ya que D. David P. H. jamás lo revocó.

a) Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, de la que es exponente, entre otras la STS 6-2-2020, en relación a la alegación del principio de presunción de inocencia, tiene señalado que: “el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los

principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (*STS. 299/2004 de 4.3*). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (*STS. 1030/2006 de 25.10*).

Doctrina esta que ha sido recogida en la *STC. 123/2006 de 24.4*, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE*, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (*STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5*).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho

a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).

2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.

3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.

5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente

6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda esta Sala al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (*STS 28- 12-2005*).”

La citada doctrina acerca del examen del cumplimiento de las exigencias del principio de presunción de inocencia, son perfectamente trasladables al ámbito del recurso de apelación, conforme al alcance revisor que actualmente tiene el mismo.

Por otra parte y, retomando la mencionada sentencia de nuestro Alto Tribunal, “y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (*SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo*).”

En definitiva, cabe señalar, a los efectos de las exigencias del principio de presunción de inocencia, que su desvirtuación requiere que se aporte a la causa prueba de cargo, regularmente traída a la misma, con aptitud para servir a tal fin y sujeta a los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad, lo que ocurre en el caso presente.

La prueba de cargo principal, en el juicio que examinamos, está constituida por las testificales presentadas por las acusaciones y periciales, así como la documental obrante en la causa. Por otra parte, el Tribunal a quo ha valorado, asimismo, la declaración de la acusada, testificales de la defensa y la documental aportada a los autos.

Dicha prueba se ha practicado y valorado en el plenario, con sujeción a los principios ya señalados. Existe, por tanto, prueba de cargo, regularmente traída al procedimiento y apta, en principio, para servir de sustento para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

El tribunal a quo ha plasmado en su sentencia, de manera razonada y razonable la valoración de la prueba practicada, desde la inmediación que privilegiadamente le alcanza, mediante una motivación suficiente para su comprensión por las partes de la convicción que alcanza y que traslada a un fallo de tenor condenatorio.

b) Cuestión distinta es si dicha prueba de cargo puesta en relación con la de descargo, es suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia o si ha sido errónea o arbitrariamente valorada por la Sala de instancia, a lo que provee el siguiente motivo de apelación.

En relación con el motivo de apelación planteado, y a los efectos de la valoración de la prueba practicada, hay que referirse al alcance del recurso de apelación en esta instancia.

Tiene señalado esta Sala, en sentencia de fecha 17 de enero de 2018 el siguiente criterio: “Como ha tenido esta Sala ocasión de decir en múltiples ocasiones, la capacidad de esta Sala de apelación para valorar, con las debidas garantías, las pruebas practicadas en la primera instancia no abarcan el reexamen de esas pruebas para extraer sus propias conclusiones. El control que le corresponde en esta alzada se limita necesariamente, al no contar con la debida inmediación derivada de haber presenciado la práctica de las pruebas, a analizar la regularidad en la obtención de las pruebas, en su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y en la racionalidad de la motivación contenida en la sentencia apelada.

Es esto lo que reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo mientras ejercía las funciones de control de la aplicación del derecho constitucional a la presunción de inocencia como tribunal de casación hasta que se instauró el recurso de apelación ante esta Sala. Como sentencias más representativas y recientes cabe citar al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1899/2017- ECLI:ES:TS:2017:1899): La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su

contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril; 328/2016, también, de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero; 137/2016, de 24 de febrero; o 78/2016, de 10 de febrero ; por citar sólo resoluciones del años del curso). No basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo: sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; y 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3); [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que 'entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos' (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13)...'' (SSTC 13/2014 a 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 6, y 23/2014, de 30 de enero, FJ 5). En definitiva, es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantarse la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el

Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.”

En similares términos, la sentencia del mismo Tribunal del 17 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1978/2017- ECLI:ES:TS:2017:1978) dice: Las alegaciones... sobre la presunción de inocencia obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención de la acusada en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).”

En este sentido también nuestras sentencias STSJ de Madrid de 26 de junio, 2 de julio, 8 y 9 de octubre, todas de 2019, 27 de diciembre de 2019, 29 de noviembre de 2019, 4 de febrero de 2020, 8 de enero de 2020, 15 de abril de 2020.

c) El examen por esta Sala de la prueba practicada, con el visionado del DVD del juicio oral, nos lleva a compartir la valoración y conclusiones que alcanza la Sala de instancia.

c’) La declaración de la acusada y esto se reproduce en el recurso, admite que efectuó un reintegro de la cuenta corriente, de la que era titular, en exclusiva, D.^a Adoración O., por importe de 700 euros, el día 30 de marzo de 2016. Para ello utilizó el poder que le habían otorgado, conjuntamente, la citada Adoración y D. David P. H..

Dicho reintegro se produjo una vez que ya había fallecido la mencionada poderdante, deceso ocurrido el 11 de enero de 2016, de lo que era consciente la acusada.

En su declaración reconoce que tan solo de palabra y de “pasada”, comentó, a los dos o tres días del fallecimiento con alguien del banco tal evento, sin que lo hiciera, cabe deducir, al empleado con el que hizo la gestión del reintegro, que actuó en la confianza de estar vigente el poder, otras veces utilizado por la acusada.

Por otra parte, justifica el hecho como una confusión, ya que llevaba tres cartillas, una, incluso, suya, y otra del D. David y que podía haber sacado el dinero de cualquiera. Entra, sin embargo en contradicción cuando, a preguntas de la defensa, manifiesta que el dinero lo sacó por encargo de D. David.

Esta justificación resulta insuficiente, en primer lugar porque debía de ser consciente de que no podía utilizar la cartilla de la cuenta de la que era titular exclusiva D.^a Adoración, ya fallecida, por lo que ninguna razón había para que la llevara. Y tampoco hay razón para pensar que, con todo, no se diera cuenta –al margen de que el documento de la operación deja bien claro de quien era la cuenta—de que la extracción errónea se había hecho de la cuenta impropia y no procediera a reintegrar el dinero. Y, por otra parte, es contradictorio, como hemos puesto de relieve, con lo que más adelante manifiesta en la vista, de que fue un acto consciente, pues así se lo había pedido D. David.

Pese a la tesis de la defensa, de que, en cualquier caso, el poder estaba vigente pues, aun cuando fallecido uno de los poderdantes, seguía vivo el otro, dicha tesis no es correcta.

El poder otorgado, no es un poder general, sino específico para tres actuaciones: Una relativa para la venta de una vivienda, otra para administrar otra vivienda y finalmente la tercera para, en relación a la cuenta corriente núm. abierta en la sucursal de Banco Santander de C/ Villamanín 48 de Madrid, “seguirla, ingresar y retirar cantidades de la misma e incluso ordenar transferencias y pagos con cargo a la citada cuenta.”

Respecto de las dos primeras actuaciones o facultades, dado el carácter ganancial de la sociedad matrimonial que, al parecer –lo que no se discute—tenía la formada constante matrimonio por D.^a Adoración O. G. y D. David P. H., cabe pensar que el poder que debía otorgarse debía venir dado por ambos cónyuges –ex arts. 1.375, 1.377 y 1.378 C. Civil--. No así para ejercer las facultades respecto de la cuenta corriente, dado que ésta es de la exclusiva titularidad de D.^a Adoración. Y ello es así hasta el punto de que, por más que

en la misma se ingresara la pensión de D. David –al parecer única fuente de ingresos del matrimonio -- y que dicho dinero fuera ganancial –ex art. 1.347.1º C. Civil--, ni siquiera éste podía sacar dinero de la cuenta sin la previa autorización de su titular.

Fallecida D.^a Adoración, el poder queda extinguido –ex art. 1.732.3º C. Civil--, y ello, aunque no tenga relevancia con lo que es objeto del recurso y de la condena, tanto respecto de las dos primera facultades o actuaciones, en el caso de que no se hubieran realizado ya, puesto que el cónyuge supérstite, no puede disponer –y hasta ahí alcanza su apoderamiento—de lo que no es suyo, ya que al disolverse la sociedad económico matrimonial, como consecuencia, del fallecimiento de la esposa, la parte de los gananciales que correspondería a D.^a Adoración, previa liquidación, corresponderá a los herederos de ésta, sin perjuicio de que el cónyuge supérstite tenga algún derecho de usufructo.

El poder queda extinguido respecto de las facultades otorgadas para el manejo de una cuenta de la titularidad exclusiva de D.^a Adoración. Ello sin perjuicio de que el dinero depositado en dicha cuenta sea ganancial y se le aplique lo que ya hemos expuesto.

Y que ello es así y que lo sabía la acusada, es muestra el que el 8 de enero de 2016, en previsión de que falleciera D.^a Adoración – lo que ocurre a los tres días—la acusada procediera a retirar 8.800 euros para que pudiera disponer de ellos D. David, lo que no habría sido necesario de ser suficiente el poder otorgado por D. David.

Por lo tanto, su actuación, al hacer uso de un poder que ya no estaba vigente, ocultando a la entidad bancaria que había fallecido la titular de la cuenta corriente en la que estaba apoderada, configura, como correctamente establece la sentencia de instancia, el elemento típico del engaño, en este tipo de casos, conforme a la jurisprudencia que cita y aplica la Sala de instancia.

Los testigos que declararon a favor de la acusada, en cuanto a que fue una confusión, en definitiva, entran en contradicción con lo que la propia acusada reconoció.

Por otra parte, el que D. David no le exigiera justificación o rendición de cuentas, no empece al uso torticero del poder otorgado, como se desprende de los arts. 1.718 y 1.719 del C. Civil, pues debe actuar conforme a las instrucciones del mandante y, en cualquier caso, de buena fe, concretamente como lo haría un buen padre de familia. La actuación dolosa –máxime si es

penal—hace responsable de los daños y perjuicios al apoderado frente al mandante y en su caso, herederos del mismo. (art. 1.726 C. Civil)

Concurre, asimismo, el elemento típico del desplazamiento patrimonial, en perjuicio del sujeto pasivo y en favor propio del sujeto activo o de terceros.

No se ha acreditado el destino dado a los 700 euros.

La acusada en la vista, con apreciable memoria, pese a su edad, mantiene que era para comprar a D. David maquinillas de afeitar, productos de aseo y ropa y que esto lo ha justificado.

Sin embargo, como destaca la sentencia de instancia, en su declaración en instrucción dio otra justificación para el empleo de dicha cantidad. Desde luego la documentación aportada, justificando otros gastos, no sirve para el uso dado a los 700 euros, pues o se recogen otros conceptos o son de fechas anteriores a la extracción o muy posteriores.

Resulta, por otra parte, sugestiva la consideración que hace la Sala de instancia, en el sentido de que no parece razonable que para cubrir los gastos de unas maquinillas de afeitar, productos de aseo y ropa, tenga que retirar 700 euros, cuando menos de tres meses le había ingresado a D. David 8.800 euros, no acreditándose que se hubieran utilizado en otros fines.

En definitiva, la valoración de la prueba que realiza la Sala de Instancia es coherente con el resultado de la misma, apreciada desde la inmediación que privilegiadamente le alcanza y su plasmación en su resolución permite comprobar la convicción que alcanza sobre la culpabilidad de la recurrente, no habiendo manifestado tener dudas al respecto, por lo que existe una motivación comprensiva y suficiente, por lo que debe mantenerse la sentencia recurrida en esta alzada.

B) Como segundo motivo del recurso se alega INFRACCIÓN DE LEY POR APLICACIÓN DEL ART. 248 DEL CP.

La vía de impugnación elegida en este motivo, como establece una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, debe partir del escrupuloso respeto al relato de hechos probados, dado que dicha vía debe quedar reservada para el examen del cuestionamiento por la parte recurrente de la correcta aplicación por el tribunal a quo de la ley, es decir, de si se han aplicado o no correctamente los preceptos sustantivos penales y su subsunción a los

hechos declarados probados, o la procedente interpretación de la norma aplicada.

En el caso presente, a la vista del relato de hechos probados que se fija en la sentencia impugnada, la subsunción de los mismos en el delito de estafa por el que viene condenado (art. 248.1 y art. 249, párrafo 1º C. Penal) es totalmente ajustada a derecho y debe mantenerse.

Por lo que se refiere al delito por el que finalmente ha sido condenada la recurrente, el relato de hechos probados establece lo siguiente: “El día 11 de enero de 2016 falleció D^a Adoración O., lo que fue conocido por la acusada, quien el día 30 de marzo de 2016, con la intención de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, se personó en el Banco Santander y omitiendo el fallecimiento de D.^a Adoración O. y por tanto la extinción del poder, realizó un reintegro de 700 € de la cuenta de la titularidad de ésta, que la entidad bancaria le facilitó en la confianza del poder.

La acusada no ha justificado que ese dinero lo empleara para pagar los gastos de D. David P. H.”

La sentencia de instancia analiza correcta y adecuadamente la figura de la estafa, en supuestos como el enjuiciado, en el que el sujeto activo se vale de un poder ya inexistente, por fallecimiento del poderdante, circunstancia conocida, para extraer dinero de una cuenta bancaria, omitiendo el dato del fallecimiento del titular de la cuenta a quien, en la entidad bancaria, le realiza el reintegro, conforme a la jurisprudencia que cita y es aplicable, y que damos por reproducida.

Se insiste en que la acusada hizo uso de un poder válido, pues no fue revocado, disponiendo del dinero de D. David, premisa que ya hemos analizado y no es correcta, la igual que hizo dicho reintegro con conocimiento de D. David y en su beneficio, lo que, igualmente, hemos analizado y no resulta probado.

En definitiva, los hechos declarados probados contienen los elementos típicos del delito de estafa por el que viene condenada la acusada.

Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo.

c) Como último motivo se alega INFRACCIÓN LEGAL.

El motivo se aduce con carácter subsidiario, concretando la infracción en la indebida aplicación del art. 248 C. Penal y la indebida inaplicación del

art. 249, párrafo segundo del C. Penal.

Nuevamente hemos de hacer la anterior consideración relativa a la escrupulosa observancia del relato de hechos probados.

Por otra parte, y como premisa técnica, debe señalarse que no cabe considerar que por el tribunal a quo se haya infringido, por indebida aplicación, el art. 248 del C. Penal. Tanto la figura del delito de estafa básico, como el leve, como las figuras agravadas, deben partir del art. 248, ya que es el que define la estafa y sirve de referencia a las demás figuras.

En otro orden de cosas, conforme al relato de hechos probados, la cantidad de la que se apoderó la acusada son 700 euros, lo que aleja dicha cifra del umbral del delito leve.

La alegación de que, en su caso, dado el carácter subsidiario con que se plantea el motivo, solo sustrajo 350 euros, no deja de ser una especie de juego de prestidigitación, al querer obviar que de lo que se apoderó realmente es de 700 euros y que la cuenta que hace, para que le salgan los 350 euros, es sobre la base de distinguir dos mitades de los 700 euros, realizando una atribución, a modo de liquidación del caudal ganancial, que no le corresponde hacer a la acusada, falta de toda legitimación para ello.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo y el recurso.

CUARTO.- No procede hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLO.

QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.^a MARÍA LEOCADIA GARCÍA CORNEJO, en nombre y representación de MARÍA ANGUSTIAS R. G., frente a la sentencia de fecha 30 de enero de 2020, dictada por la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 1177/2019, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la citada resolución, y sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Líbrese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr).

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

PUBLICACIÓN. - Dada y pronunciada fue la Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Excmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Admon. Judicial, doy fe.

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil veinte .

LA LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA

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.