



Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Jesús Alaña.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ernesto Sagüillo Tejerina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La presente causa se inició por denuncia/atestado de la Policía Nacional habiendo sido seguida la tramitación ante el Juzgado de Instrucción número Uno de Santander. Practicadas las diligencias oportunas, por Auto de 28 de mayo de 2014 se acordó seguir el procedimiento abreviado, abriéndose juicio oral por Auto de 4 de noviembre de 2014. Evacuada por la defensa trámite de calificación, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en que se señaló para la celebración de juicio, tras el cual ha quedado la causa vista para sentencia.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa continuada de los artículos 248 y 249 así como el 250.1.5 y 6 y el 74, todos ellos del Código Penal y considerando autor responsable del mismo al acusado, sin concurrir circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal y solicitó que se le impusieran las penas de cinco años de prisión, multa de doce meses a razón de seis euros de cuota diaria con aplicación del artículo 53 del Código Penal en caso de impago debiendo además indemnizar a los perjudicados en las cantidades señaladas en el escrito de acusación y pago de costas.

TERCERO: La acusación particular de Uña calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa continuada de los artículos 248 y 249 así como el 250.1.5 y 6 y el 74, todos ellos del Código Penal y considerando autor responsable del mismo al acusado, concurriendo agravante de abuso de confianza y solicitó que se le impusieran las penas de seis años de prisión, multa de dieciocho meses a razón de diez euros de



cuota diaria con aplicación del artículo 53 del Código Penal en caso de impago debiendo además indemnizar a la acusadora en el importe de 1.849 euros más intereses y costas.

CUARTO: La defensa solicitó la libre absolución.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, era desde marzo de 2012 socio y administrador único de la con domicilio en la calle de Santander, destinada a la explotación de una clínica dental ubicada en dicha dirección. Sus funciones incluían la llevanza comercial y financiera de la misma, si bien no actuaba cumpliendo las obligaciones de un probo comerciante, sin que existiese una contabilidad transparente del flujo de ingresos efectivos, llevanza de libros y registro de depósitos, cumplimiento de obligaciones fiscales y pago de cuotas sociales. Asimismo, desde el inicio de su gestión, conocía la pendencia de un embargo por parte de la Seguridad Social por impago de cuotas a dicho organismo, en el que había decretado un embargo que podía ser ejecutado sobre bienes y enseres muebles radicados en la consulta y cuya ejecución afectaría al normal desarrollo de los tratamientos contratados con los clientes. Con la finalidad de obtener una liquidez inmediata, se servía de ofertar un descuento sobre el importe del tratamiento global si el pago se efectuaba por adelantado, percibiendo de este modo toda la cantidad antes de dar inicio al mismo.

Con conocimiento de la dificultad de concluir los tratamientos ya iniciados, jamás advirtió a los clientes de dicha circunstancia ni negoció posibles rebajas en la facturación o derivaciones hacia otros profesionales. Siguió contratando la práctica de servicios y percibiendo las cantidades íntegras en fechas inmediatamente anteriores al 4 de febrero de 2013 en

que se produjo la ejecución del embargo mediante la remoción del depósito, haciendo suyas las cantidades entregadas de las que dispuso en su propio beneficio.

Una vez conoció la ejecución de la remoción del depósito, se desentendió absolutamente de la sociedad y se desplazó a Barcelona, donde residía una hija suya, y desde allí, a México, donde permaneció hasta que, tras orden de extradición cursada por las autoridades españolas, fue detenido en octubre de 2013 y trasladado a España.

La relación de perjudicados de los que percibió las cantidades por el tratamiento sin que concluyese el mismo son:, quien abonó un importe de 8.892 euros;, quien abonó 6.062 euros y a quien se dejaron trabajos pendientes por importe de 2.650 euros;, quien abonó 2.760 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 1.375 euros;, 2.070 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 1.345 euros;, quien abonó un importe de 3.000 euros;, quien abonó un importe de 1.255 euros;, quien abonó un importe de 682 euros;, quien abonó 5.412 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 4.302 euros;, quien abonó un importe de 2.407 euros;, quien abonó 697 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 220 euros;, quien abonó 1.336 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 848 euros;, quien abonó 11.220 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 2.450 euros;, quien abonó 2.200 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 850 euros;, quien abonó un importe de 1.037 euros;, quien abonó 501 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 432 euros;, quien abonó un importe de 2.614 euros; , quien abonó un importe de 1.000 euros;

, quien abonó un importe de 3.127 euros; , quien abonó un importe de 910 euros; , quien abonó un importe de 55 euros; , quien abonó 778 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 480 euros; , quien abonó 1.131 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 300 euros; , quien abonó un importe de 100 euros; , quien abonó un importe de 1.000 euros; F, quien abonó un importe de 6.490 euros; , quien abonó un importe de 170 euros, quien abonó un importe de 1.650 euros; , quien abonó 4.030 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 1.700 euros; , quien abonó un importe de 4.030 euros; , quien abonó un importe de 1.081 euros; , quien abonó 396 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 364 euros; quien abonó 3.290 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 1.975 euros; , quien abonó 14.751 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 11.500 euros; quien abonó 1.068 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 332 euros; , quien abonó un importe de 1.365 euros; , quien abonó un importe de 803 euros; , quien abonó un importe de 977 euros; , quien abonó un importe de 1.100 euros, quien abonó 1.692 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 1.500 euros; , quien abonó un importe de 1.849 euros; , quien abonó un importe de 1.184 euros; , quien abonó un importe de 1.337 euros; , quien abonó un importe de 235 euros; , quien abonó 551 euros y a quien se dejaron pendientes trabajos por 271 euros; , quien abonó un importe de 3.208 euros. En aquellos perjudicados en que no se indica lo contrario, o bien no se realizó ningún trabajo o bien resultaba irrelevante para el cumplimiento del tratamiento pactado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA.

La defensa reprodujo al inicio de la vista oral la petición de la prueba denegada por medio de auto de 27 de marzo de 2015. Lógicamente este tribunal no puede sino dar por reproducidos los razonamientos que expuso en el auto referido. En particular, en cuanto a la reiterada referencia a que el aquí acusado tendría su contabilidad en un ordenador portátil o en un USB que se encontraría en México y habría sido incautado por la Interpol, ninguna constancia existe de que se produjese tal incautación; según se desprende de lo actuado, fue detenido como consecuencia de una orden de extradición y no se dirigía dicha orden a la incautación de objeto o efecto alguno por lo que no existe ningún indicio de que la misma se pudiera producir y, en caso de haberse producido, su única finalidad habría sido su aportación a la presente causa pues no consta que contra el mismo se siga ninguna otra, sin que tal aportación se haya producido, lo que abunda en que ninguna incautación se produjo.

Sobre la posible indefensión por el escaso tiempo que tuvo la defensa para examinar las cuentas aportadas en DVD, a la vista del contenido del mismo y de la cuestión tratada en la presente causa, se considera que fue suficiente para haberlo podido examinar antes de la finalización del juicio.

SEGUNDO.- ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

En cuanto a la contratación e incumplimiento de las obligaciones de la clínica dental, resulta de la declaración de los distintos testigos que han comparecido en la vista oral así como de la abundante documental unida a las actuaciones y de cuya autenticidad no existen motivos para dudar puesto que se vienen a corresponder todas las versiones que narran la misma forma de actuar de la clínica, que incluía la captación de dinero líquido, lo que se incentivaba mediante el ofrecimiento de un descuento en

el caso de adelantar el total del importe del tratamiento antes del comienzo del mismo. Tampoco se discute que a la sociedad del acusado le fue derivada la exigencia de una deuda que traía de la sociedad anterior a la que había sustituido en cuanto no era sino continuación de la misma, que había dado lugar a un embargo por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y que todo ello era conocido por el acusado. Por último, también resulta de lo actuado la marcha de Santander en cuanto supo de la remoción del embargo sufrido por la empresa y posteriormente, de España y así como la extradición del acusado desde México a España. Por el contrario, ninguna prueba existe de la supuesta intención del acusado de volver voluntariamente a España cuando fue detenido para su extradición.

TERCERO.- Los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal y ello en la modalidad conocida como negocio jurídico criminalizado, en relación con el artículo 74 del Código Penal y la causa 5ª del artículo 250.

En primer lugar, deben concurrir los requisitos generales del delito de estafa: engaño precedente o concurrente, que sea bastante para la consecución del fin propuesto, que origine un error esencial en el sujeto pasivo, un acto de disposición patrimonial con el correlativo perjuicio para el disponente, ánimo de lucro y nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado (por todas, STS 561/2001 de 3 de abril). Cuando se trata del negocio jurídico criminalizado, se castiga el engaño consistente en desplegar una conducta dirigida a la consecución de un contrato a fin de obtener una prestación a favor del autor cuando este tiene conocimiento de que no va a poder cumplir aquello a lo que se obliga. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -STS 1045/1994, de 13 mayo-. La criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio es anterior o

coetáneo al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual -SSTS por todas, de 16 septiembre 1991, 24 marzo 1992, 5 marzo 1993, 526/1993 y 993/1994 y 550/1996, de 16 de julio-. La STS de 16 de abril de 2014 recuerda que, en estos negocios jurídicos o contratos criminalizados, la estafa aparece cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS de 12 de mayo de 1998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2000, entre otras).

En el presente caso, desde el nacimiento de la sociedad “”, se demuestra que se trataba de una entidad con problemas económicos –con conocimiento de que sobre ella pendía un embargo de equipos por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social- y que no adoptó durante su periodo de vida ninguna actuación tendente a superar dichos problemas sino que continuó con la mala marcha económica si bien ello no afectaba al nivel de vida de su responsable único sino a los trabajadores y, por lo que aquí interesa, a los clientes de la misma. Si bien el aquí acusado ha intentado ampararse en su desconocimiento de la situación de la empresa “.” cuando la adquirió, ello no resulta creíble puesto que, como el mismo declaró, se trataba de una persona conocedora del mundo de la empresa y con experiencia en el campo económico y financiero por lo que los posibles

problemas económicos, las deudas o embargos que aquella tuviera no le podían resultar desconocidos; es más, en varios de los documentos aportados consta la actuación de en nombre de la empresa “.” (por ejemplo, documentos bancarios en f.

108 y 109), y es que desde noviembre de 2011 era administrador único también de dicha empresa, f. 122, por lo que difícilmente puede ampararse en que desconocía la situación de aquella sociedad cuando constituye “” en marzo de 2012, que es continuación de aquella. A partir del comienzo de la breve vida activa de la sociedad “”, no consta que existieran cuentas llevadas en forma, pues nadie las pudo comprobar y así algunos testigos –como - dijeron que lo único que veían eran hojas manuscritas con números y otra testigo manifestó que ella hacía el control y arqueo diario pero que luego le entregaba las cantidades a y ya no sabía más. También resulta acreditado que tomaba del metálico que había en caja cantidades para usos particulares de las que no daba cuenta a nadie ni figuraban en contabilidad alguna. Que él seguía llevando un alto nivel de vida mientras no pagaba a alguno de sus empleados y a suministradores, tal como fue detallado por algunos testigos, singularmente por ; igualmente a los f. 431 y

432 figuran cantidades adeudadas a varios empleados. También que era perfectamente conocedor del embargo decretado por la Seguridad Social, sin que conste que, a salvo de las gestiones que llevó a cabo la testigo , él intentase evitar el mismo mediante pagos parciales, ofrecimiento de aplazamientos o constitución de otras garantías. En esa dinámica de empeoramiento económico de una situación que ya era mala, continuó contratando y ofreciendo descuentos –incluso él personalmente, negociando descuentos superiores a los que había indicado a la comercial que podía hacer, tal como narró la testigo - por adelantar cantidades, importes que no aparece que fuesen a satisfacer deudas de cualquier clase de las que pendían sobre la empresa.

En esta situación, llegado el día 4 de febrero de 2013, se produjo la remoción del embargo de dos equipos de la clínica dental. Según se desprende de lo actuado, la clínica obtenía ingresos cuantiosos que le hubieran permitido buscar fórmulas para continuar con la actividad; la diligencia de un ordenado comerciante le hubiera exigido una liquidación ordenada, instando un concurso de acreedores (como se desprende del conjunto de lo actuado y fue apuntado por la testigo); en lugar de ello, tomó el dinero líquido que pudo y se marchó de la ciudad, dejando absolutamente abandonados tanto a sus empleados como a clientes con tratamiento pendiente, huida que le dirigió en un primer momento a Barcelona y posteriormente a México (donde habría llegado, según sus manifestaciones, el 9 de febrero siguiente), demostrando con ello una voluntad evidente de ignorar y eludir todas las obligaciones y responsabilidades que había contraído su empresa, y sólo regresando a España tras haber sido extraditado después de su detención en México, tiempo después de su huida. A partir de lo expuesto, se concluye que , conocedor de los problemas económicos de la empresa, y sin hacer nada por solucionarlos, así como de la situación de empleados y clientes, no sólo dejó consciente y voluntariamente de satisfacer las obligaciones con estos sino que cuando las contrató ya sabía que no iba a poder cumplirlas.

En cuanto al delito continuado del artículo 74 del Código Penal, se entiende aplicable por cuanto existen numerosos afectados por el mismo hecho, se trata de una actuación que ha causado un semejante perjuicio en todos ellos derivado de una misma conducta consistente en la contratación y en el tratamiento a sabiendas de que no se iba a culminar. Igualmente resulta de aplicación la circunstancia 5ª del artículo 250 en cuanto el importe defraudado por esta conducta supera ampliamente los 50.000 euros.

Aunque se ha citado la circunstancia 6ª del mismo precepto, ni se ha razonado su concurrencia ni se deriva de lo actuado que haya existido un particular aprovechamiento de las relaciones personales o de una credibilidad empresarial.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La acusación particular se ha referido al abuso de confianza, lo cual enlazaría con la circunstancia 6ª que se acaba de referir. La fundamentación de tal agravante, según señaló la propia acusación, sería la previa relación de la víctima con un empleado de la clínica, lo cual pone de manifiesto la nula intervención del acusado en tal contratación y, consecuentemente, la inaplicabilidad de citada agravante.

QUINTO.- Respecto de la pena, la concurrencia del delito continuado y de la circunstancia 5ª del artículo 250 del Código Penal hace de aplicación la doctrina del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30-10-2007, en cuanto dice que la regla 1ª del art 74.1º queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, excluyéndose la subida forzosa del art 74.1 con arreglo al principio de proporcionalidad (STS 10/12/2013). Esto es, dado que individualmente consideradas ninguna de las conductas supera los 50.000 euros, vulneraría el principio de doble valoración agravar primero la conducta por la circunstancia 5ª y luego por el artículo 74.1.1ª. Resulta, ante ello, de preferente aplicación el artículo 250 del Código Penal; dentro de él, el perjuicio total causado –que supera en mucho los 50.000 euros-, el número de personas afectadas, algunas de las cuales quedaron con parte del tratamiento efectuado (por ejemplo, uno de los testigos relató que tenía puntos de sutura en la boca y cuando se los fue a quitar se encontró con la clínica cerrada), así como el ámbito profesional en que se perpetraron los hechos, el de la salud de las personas, que generalmente goza de singular protección, lleva a imponer la pena en la mitad del total posible, en una duración de tres años y seis meses de prisión. La multa se impone en igual

proporción con una cuota de cuatro euros al día, al no constar bienes o derechos de contenido económico de los que sea titular, si bien se descarta una situación extrema de indigencia o necesidad que impusiese una cuota inferior.

SEXTO.- Deberá indemnizar a los perjudicados en el importe de los tratamientos no efectuados, según se ha hecho constar en los hechos probados. Si bien el total de la estafa giraría por el importe completo contratado, tal como sostuvo el Fiscal, la responsabilidad civil que evite un enriquecimiento injusto debe extenderse al perjuicio económico efectivamente causado por su acción y en el que no se puede incluir aquella parte de los tratamientos que sí fue efectuada; se ha impugnado la cantidad reclamada respecto de clientes concretos, como; sin embargo, este ha comparecido en la vista oral y ha sostenido no haber recibido el tratamiento acordado, sino otro distinto, sin que este tribunal encuentre razones para negar credibilidad a dicho testigo. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad.

SÉPTIMO.- Se imponen al condenado las costas causadas.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a , como autor de un delito ya definido de los artículos 248, 249, 250.5º y 74.1.1ª del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión, multa de NUEVE MESES con cuota diaria de CUATRO EUROS –con responsabilidad personal subsidiaria en los términos del artículo 53 del Código Penal-, al pago de las costas causadas así como al pago de las siguientes indemnizaciones:



A , 8.892 euros; , 2.650 euros;, 1.375 euros;, 1.345 euros; , 3.000 euros;, 1.255 euros;, 682 euros;, 4.302 euros;, 2.407 euros;, 220 euros;, 848 euros;, 2.450 euros; , 850 euros;
1.037 euros;, 432 euros;,
2.614 euros;, 1.000 euros;, 3.127 euros;, 910 euros;, 55 euros;, 480 euros; ,
300 euros;, 100 euros;, 1.000 euros; , 6.490 euros; ,
170 euros;, 1.650 euros; , 1.700 euros; , 4.030 euros; , 1.081 euros; ,
364 euros; 1.975 euros; , 11.500 euros; 332 euros; , 1.365 euros; , 803 euros; , 977 euros; ,
1.100 euros, 1.500 euros; , 1.849 euros;
, 1.184 euros; 235 euros; , 271 euros; , 3.208 euros.

Del abono de la responsabilidad civil responderá de manera subsidiaria "D.U. Odontológica, S.L.U."

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación que deberá resolver el Tribunal Supremo y deberá ser interpuesto en el tiempo y forma previstos en la LECriminal.



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