

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN SEGUNDA
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. BIGARREN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18 2ª planta - CP/PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxe: 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-16/007371

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2016/0007371

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 59/2017 - F

Atestado nº / Atestatu-zk.: D/3919/16 - A/2692/16

Hecho denunciado / Salatutako egitatea: ESTAFA /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

UPAD Penal - Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-

Gasteiz / Zigor-arloko ZULUP - Gasteizko

Instrukzioko 3 zenbakiko Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua

1305/2016

Contra / Noren aurka:

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA DE LAS

MERCEDES MARCO SAENZ DE ORMIJANA

Abogado/a / Abokatua: PABLO JAVIER

PALOMINOS GARRIGA

en calidad de TESTIG.ACUSACION

Abogado/a / Abokatua: CARMELO PASCUAL LAMAZA

Procurador/a / Prokuradorea: JULIAN SANCHEZ ALAMILLO

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, y Dª Ana Jesús Zulueta Álvarez y Dª Sara Mallén Basterra, Magistrados, ha dictado el día 16 de mayo de dos mil dieciocho la siguiente:

SENTENCIA Nº 165/2018

En el Juicio oral y público correspondiente al Rollo de Sala penal abreviado número **59/17**, Procedimiento abreviado núm. 1305/2016 procedente del Juzgado de Instrucción nº3 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de maltrato habitual previsto en el art. 173.1 C.P., un delito continuado de estafa contra

con NIE , nacida en Marruecos el día 1 de enero de 1973 y vecina de Vitoria-Gasteiz, hija de y sin antecedentes penales , y en libertad por esta causa, dirigido por el letrado Sr. Palominos y representado por la Procuradora Sra. Marco; con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**; y como acusación particular dirigida por el

Letrado Sr. Pascual y representada por el procurador Sr. Sánchez, siendo Ponente la Magistrado D^a Ana Jesús Zulueta Alvarez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Calificación Legal de los Hechos por el Ministerio Fiscal, los hechos relatados son constitutivos de:

Un delito continuado de estafa del art. 248.1 y 2 c), 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP.

Subsidiariamente,

1) Un delito continuado de apropiación indebida del art. 253.1, 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP.

2) Alternativamente, un delito de administración desleal del patrimonio del art. 252.1, 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP.

De los anteriores delitos es responsable en concepto de AUTOR el acusado conforme al artículo 28 del Código Penal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer a la acusada las penas siguientes:

A) Por el delito continuado de estafa de los arts. 248.1 y 2 c), 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP, la pena de 4 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad empresarial y comercial durante el tiempo de condena, y 10 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros y aplicación del art. 53 CP en caso de impago, y al amparo de los arts. 57 y 48 CP la pena de prohibición de acercarse a menos de 200 m de . , de su persona, domicilio o cualquier otro en que se encuentre o frecuente y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, todo ello por periodo de 5 años.

B) Subsidiariamente,

1) Por el delito continuado de apropiación indebida de los arts. 253.1, 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP, la pena de 4 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad empresarial y comercial durante el tiempo de condena, y 10 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros y aplicación del art. 53 CP en caso de impago, y al amparo de los arts. 57 y 48 CP la pena de prohibición de acercarse a menos de 200 m de . , de su persona, domicilio o cualquier otro en que se encuentre o frecuente y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, todo ello por periodo de 5 años.

2) Alternativamente, por el delito de administración desleal del patrimonio del art. 252.1, 250.1.5º y 6º y 74.1 y 2 CP., a pena de 4 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad empresarial y comercial durante el tiempo de condena, y 10 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros y aplicación del art. 53 CP en caso de impago, y al amparo de los arts. 57 y 48 CP la pena de prohibición de acercarse a menos de 200 m de

le su persona, domicilio o cualquier otro en que se encuentre o frecuente y

Concretamente las extracciones realizadas por el Ayuntamiento de Alcañiz en su propio beneficio ascendieron a 47.250 euros, conforme al siguientes desglose:

-Año 2014: Enero: 600 euros, Febrero: 600 euros, Marzo: 1200 euros, Abril 1800 Septiembre: 600 euros, Octubre: 1650 euros y Diciembre: 1.100 euros. Total año 2014: 7550.

-Año 2015: Enero 1700 euros, Febrero 1100, Marzo 3300 euros, Abril 2900, Mayo 1700, Junio 3000, Julio 2400, Agosto 900, Septiembre 1800, Octubre 23000, Noviembre 3000, Diciembre 1800. Total año 2015: 25.900.

-Año 2016: Enero: 2.100 Febrero: 2.400 euros, Marzo: 3000 euros, Abril: 1600, Mayo 2900, Junio: 1800. Total año 2016: 13.800

SEGUNDO.- No ha quedado acreditado que la acusada se apropiara en beneficio propio de las cantidades extraídas en la ventanilla o mostrador de las diferentes sucursales bancarias a las que acudía con .

TERCERO.- En fecha 29/11/16 se dictó auto acordando al amparo del art. 544 bis de la LECRIM como medida cautelar durante la tramitación de la causa imponer a la acusada la prohibición de acercarse a menos de 200 m de de Eribe, su domicilio o lugar que ésta frecuenta así como prohibición de comunicación con ella por cualquier medio.

CUARTO.- La perjudicada reclama la indemnización que por estos hechos pueda corresponderle.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestiones Previas y Proposición de Prueba

De conformidad con el art. 786-2 de la LECRIM se dio traslado a las partes para el planteamiento de cuestiones previas, sin que se suscitara ninguna.

Por el Ministerio Fiscal se efectuaron modificaciones de en su escrito de calificación provisional que se admitieron.

SEGUNDO.- Valoración de Prueba

En el presente caso valorada la prueba practicada en su conjunto y de conformidad con lo establecido en el art. 741 de la LECRIM han quedado acreditados los hechos probados.

En el presente caso contamos con los siguientes elementos probatorios:

- La declaración de
- La declaración de
- El testimonio de
- El testimonio de o
- La testifical de

, trabajadoras de la residencia donde se encontraba ingresada.

- El agente de la Ertzaintza nº 11.042
- El agente de la Ertzaintza nº 11.234
- El análisis de estos elementos probatorios acredita sin ningún género de duda como para aprovechar las débiles circunstancias de para apoderarse de parte de su patrimonio. Por parte de la defensa y de la propia acusada se argumenta que le tenía muchos gastos y que era ella siempre la que ordenaba las extracciones de dinero que se limitaba a efectuar entregando el dinero metálico de forma inmediata. Entre los gastos que supuestamente realizaba hace referencia la acusada a que todos los días se tomaban un café y algo de comer, que utilizaban los servicios de un taxista para desplazarse, que acudían a médicos privados, que compraba AEn muchas medicinas, y que se compraba habitualmente periódicos y revistas. Manifiesta además que

le pagaba por el desempeño de su trabajo, si bien se constatan numerosas contradicciones en cuanto a las cantidades concretas que supuestamente percibía y al modo en que lo hacía, en efectivo o por transferencia. A tal efecto la acusada ha manifestado que le pagaba 1000 euros mensuales y que solía hacerlo parte en efectivo y parte mediante transferencia bancaria. En otro momento ha declarado que cuando la perjudicada estaba ya ingresada en la residencia iba a visitarla solo una hora o dos al día, cuando de le necesitaba o le requería y que entonces le pagaba menos, en función del tiempo trabajado, a razón de 10 euros la hora. Lo cierto es que en los extractos bancarios, de la cuenta de la perjudicada (folios 24 a 27 de las actuaciones) aparecen transferencias en concepto de nómina por importe de 700 euros los meses de enero a julio de 2014, así como un finiquito de 1806,42 euros en septiembre de ese año. Estas transferencias también aparecen reflejadas con el concepto "nómina" en los extractos bancarios de la acusada. A partir de marzo de 2016 comienzan a aparecer en la cuenta de la acusada ingresos por nómina por importe de 150 euros, no obstante estas cantidades se desconoce si provienen de la cuenta de la perjudicada al no constar estos movimientos en los diferentes extractos aportados a la causa. Por lo tanto no puede concluirse cuál era concretamente la cantidad que abonaba a por los servicios prestados entre 2014 y 2016.

- No obstante, el resto del material probatorio ofrece un resultado completamente diferente a la versión exculpatoria ofrecida por la acusada. Se constata por la Sala, en virtud de la inmediación que proporciona la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral, que presenta un estado físico deteriorado, lo cual, aún cuando no se han aportado pruebas médicas al respecto es evidente a simple vista. Se aprecian además limitaciones cognitivas que se pusieron de relieve en el plenario por su forma de expresarse, la dificultad para recordar con claridad determinadas situaciones así como para responder a algunas preguntas formuladas. Este deterioro y los problemas para gestionar su patrimonio la padecía cuando menos desde el año 2014 como se deduce de la propia declaración de la perjudicada siendo éste el motivo por el que se hacía acompañar en todas las salidas que realizaba por y delegaba en ella, en algunas ocasiones, para la extracción de dinero efectivo del cajero automático y para que le acompañara a realizar todo tipo de gestiones. En el mismo sentido cabe destacar la declaración testifical de

—que ha venido prestando servicios como taxista para durante más de 20 años. Y este testimonio, prestado por una de las pocas personas de confianza de — le, a excepción de la propia acusada, ha puesto de relieve que la perjudicada no tenía familia cercana, por lo que incluso él, en alguna ocasión, le ha ayudado a ella y a su marido a gestionar problemas de su vida cotidiana. Ha declarado que — e no tenía conocimiento del valor real del dinero, desde que se efectuó el cambio de moneda de pesetas a euros y que sí que le sorprendía que fuera — así la que manejara el dinero por lo que en alguna ocasión advirtió a —, si bien ella le dijo que tenía plena confianza en la acusada. Ha señalado que en un momento dado, — le comentó que en la sucursal bancaria a la que solía acudir no le dejaban sacar una cantidad que tenía en un plazo fijo por lo que le acompañó a otra donde trabajaba un conocido suyo a fin de solucionar el problema. En cuanto a los gastos devengados por el servicio de taxi ha manifestado que ascenderían a no más de 60 ó 100 euros al mes.

Han depuesto así mismo en calidad de testigos

—e, trabajadoras de la residencia AGURE, lugar donde residía —. Yaiza ha manifestado que — e no tenía demencia pero si limitaciones. Ha declarado que — le visitaba frecuentemente hasta que un día la perjudicada le dijo que no quería ver más a la acusada porque le había robado mucho dinero. — también ha ratificado como es cierto que — acudía frecuentemente a visitar a — e hasta que en un momento dado les dijo que no quería verla más puesto que le había hecho firmar unos papeles que no sabía lo que eran. — en su condición de asistente social de la residencia, ha afirmado que — no era consciente del valor de las cosas y que cuando le llamaron de la Caja Vital comentándole lo extraño de las disposiciones económicas efectuadas lo puso en conocimiento de la Diputación a fin de que intervinieran. También ha señalado que — le comentó que no sabía que papeles había firmado. Estas declaraciones ponen de manifiesto la relación de confianza que existía entre la perjudicada y la acusada, así como las limitaciones físicas y mentales de la víctima que fueron conscientemente aprovechadas por Fatiha Lamtalssi.

Resulta también reveladora la declaración de — I —, quien trabajó como responsable de la sucursal de KUTXABANK sita en la C/Portal de Legutiano. Su testimonio ha puesto de relieve la extrañeza que le produjo que — quisiera hacer efectivo unas cantidades depositadas a plazo fijo, así como lo elevado de las disposiciones mensuales que se hacían en cajeros y ventanilla, atendiendo tanto a la edad de — le, como al hecho de que tenía domiciliados el pago de todos los recibos. Por ello ha señalado que cuando acudió — a la oficina en que trabajaba le negó, en principio, la disposición del efectivo que pretendía y se puso en contacto con la asistente social que atendía a la perjudicada.

Así mismo la declaración del agente de la Ertzaintza nº 11042 ha ratificado el informe elaborado en cuanto a las extracciones efectuadas en la cuenta de

(en el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 14 de julio de 2016) tanto en cajero como en ventanilla y el análisis efectuado de las grabaciones obtenidas en algunos de los cajeros en los que se realizaron las extracciones en el mes de junio 2016. Según ha manifestado en el acto del juicio y consta en las actuaciones

, se observa como los días 13, 14 y 23 de junio, de sola a diferentes cajeros de KUTXABANK y usando una cartilla bancaria extrae efectivo de los mismos. En una de las ocasiones, concretamente el día 13 de junio de 2016, acudió al cajero montada en una bicicleta. Estas extracciones se corresponden con los apuntes de la cuenta de en la que se constata que en los días referidos se reintegraron del cajero 600 euros en cada una de las operaciones grabadas. El agente actuante ha declarado así mismo que en las grabaciones aparece otra operación en la que acuden y conjuntamente a la sucursal bancaria sita en Sansomendi, en la que se observa que e se acerca al mostrador donde tras firmar un documento recibe un sobre por parte de un empleado.

Estas grabaciones desvirtúan el testimonio de n el sentido de que realizaba las extracción siempre por encargo de y cuando ésta le entregaba la cartilla, que ordinariamente tenía guardada en una caja de metal bajo llave en su dormitorio. Los vídeos obtenidos de los cajeros en el mes de junio de 2016 acreditan tres extracciones por importe de 600 euros cada una, que se llevaron a cabo de modo exclusivo por la acusada y en su propio beneficio. En ninguna de las grabaciones aparece ; en contra de lo afirmado por la acusada, resultando revelador que incluso en una de ellas acude al cajero automático en bicicleta. Dadas las limitaciones físicas que en aquel momento ya presentaba , e resulta imposible que se desplazara junto a el día 13 de junio de 2016 utilizando el referido medio de transporte.

En cuanto al total de las extracciones efectuadas a la vista de los extractos bancarios aportados como prueba anticipada (folios 12 a 16 del rollo de sala) se constata que entre enero de 2014 y julio de 2016 se han producido reintegros en efectivo en cajero por importe de 68.350 y retiradas de efectivo en ventanilla por un importe de 48.650 euros.

El análisis de este extracto pone de relieve que se produjeron en un mismo mes extracciones por importes muy elevados utilizando diferentes cajeros, situados en zonas alejadas de la residencia en la que residía habitualmente y próximos al domicilio de que en aquella época vivía en la C/ Burgos. A tal efecto son llamativas algunas secuencias de extracciones, entre otras y únicamente a título de ejemplo, 5 extracciones de 600 euros cada una en cajeros en el mes de junio de 2015 y 4 extracciones de 600 euros en julio de 2015. En el mes de mayo del mismo año se produce una actividad similar, siendo destacable además que dos de las extracciones en cajeros se producen las 19:31 y 20:15 horas, horarios en los que : necesariamente se encontraba en la residencia como se desprende de las declaraciones de las empleadas del geriátrico y la propia

Todos estos elementos conjuntamente valorados evidencian sin ningún género de duda que aprovechando las deficiencias cognitivas, físicas, así como la falta de apoyo social de , consiguió ganarse la confianza plena de ésta, hasta que se apropió de su cartilla bancaria y su clave. La acusada, conociendo las dificultades de de para conocer el valor del dinero, teniendo acceso pleno a sus datos bancarios, realizó más de 100 extracciones en efectivo en un período de dos años y medio. Las cantidades extraídas las integró en su patrimonio utilizándolas para fines propias y en alguna ocasión para simular el pago de la renta de la vivienda que previamente le había alquilado . No ha

quedado sin embargo acreditado que la acusada se apropiara de las cantidades extraídas por ventanilla. A tal efecto se aprecia en el vídeo presentado con el atestado y ratificado en el acto del juicio por el agente de la Ertzaintza nº 11402 como en la extracción efectuada en el interior de la sucursal bancaria el día 30 de junio de 2016, fue la propia [redacted] la que, tras dejar la cartilla a [redacted] para que la pusiera al día en la máquina instalada al efecto, se acercó al mostrador, habló con un empleado, firmó la extracción de dinero y posteriormente recibió un sobre, abandonando posteriormente la entidad. Esta es la mecánica utilizada en todos los casos para la extracción de efectivo en ventanilla, dado que no sólo es conocido por máximas de experiencia, sino que así fue puesto de relieve por el Sr. [redacted]. Este testigo que, en la época de los hechos, desempeñó funciones como responsable de sucursal, ha ratificado que la mecánica de la extracción en ventanilla requiere siempre la presencia física del titular o autorizado de la cuenta así como la firma del formulario correspondiente. Por ello, aún cuando en la grabación del día 30 de junio se observa que con posterioridad a la extracción [redacted] entrega a [redacted] el sobre, que previamente había recibido del empleado de banca, no existe prueba suficiente de que la acusada se apropiara de estas cantidades en su propio beneficio. A este respecto concuerda la declaración tanto de la acusada (en su descargo) como de la perjudicada que ha señalado que delegaba en [redacted] para la gestión del dinero cuando acudían juntas a las diferentes entidades bancarias.

SEGUNDO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.

Los hechos probados constituyen un delito de estafa previsto y penado en el art.248.1 del Código Penal en relación con el art. 249 del mismo texto punitivo de carácter continuado de acuerdo con lo previsto en el art.74 del Cp. En primer lugar y respecto a la legislación aplicable, procede aplicar la norma vigente, tras reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, dado que las penas son idénticas difiriendo únicamente la regulación en la numeración de los apartados del artículo 249.

Como ya señaló esta Sala en un supuesto similar analizado en la sentencia 169/17 de 29 de mayo de 20117 " *el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en sentencia de 09 de julio de 2009, realiza un minucioso análisis del delito que nos ocupa que viene muy bien al caso: "Como hemos dicho en sentencias 132/2007 de 16.2, 37/2007 de 1.2, 1169/2006 de 30.11, 700/2006 de 27.6, 182/2005 de 15.2, 1491/2004 de 22.12, entre otras muchas, la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTs. 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 29.2), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.*

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, ardid o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una

entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS.4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y "la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece" (SSTS. 44/93 de 25.1 , 733/93 de 2.4), y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98 , 2.3.2000 , 26.7.2000). Ahora bien el concepto calificativo de " bastante " que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera " mise en scene " capaz de provocar error a las personas más " avisgadas " , mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello - hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31.12 - que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo. En el caso presente el problema que se plantea es que si se califica de burdo el engaño, puede atribuirse el resultado lesivo (perjuicio patrimonial en este caso), a la víctima de la acción realizada por el acusado recurrente y ese tercero no identificado. A este respecto debemos señalar (STS. 1195/2005 de 9.10, 945/2008 de 10.12) que el

concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador. Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filo-mish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

En el presente caso como se ha señalado anteriormente en el apartado de valoración de la prueba, concurren los antedichos elementos del delito de estafa. A tal efecto ha resultado acreditado como i , aprovechándose de la confianza depositada en ella por , así como de la debilidad que presentaba la víctima obtuvo el desplazamiento patrimonial. Y es que a la vista de la prueba practicada ha quedado probado que le era un persona que se encontraba en una situación de debilidad tanto por su estado físico deteriorado, como por su soledad(ya que al parecer el único familiar con el que contaba era su marido también enfermo), como por sus dificultades para reconocer el valor real del dinero. Todas estas circunstancias fueron aprovechadas dolosamente por para, primero , apropiarse de la libreta bancaria, ya que sabía donde la guardaba la víctima y segundo, para ir extrayendo, cuando no estaba junto a , las cantidades máximas que le permitía la operativa de los cajeros automáticos, en los que podía actuar con total impunidad. A tal efecto consta como mediante las maniobras antes descritas se apropió de 47.250 euros en diferentes cajeros, en

algunas ocasiones próximos a su domicilio y alejados del lugar de residencia de le , y con una frecuencia y por unos importes que no se corresponden con los gastos reales que podía tener la perjudicada. Tan elevados eran los importes extraídos cada mes que llamaron la atención de uno de los empleados de la sucursal en la que frecuentemente operaba dada la magnitud de los mismos y su falta de proporcionalidad con el perfil de la perjudicada máxime cuando la mayoría de sus gastos estaban domiciliados. De esta forma se aprecia como es inverosímil la explicación dada por la acusada en el sentido de que siempre procedía a la entrega del dinero a la perjudicada de forma inmediata. Y ello es así dado que como se ha señalado numerosas extracciones se realizaron en cajeros alejados del geriátrico donde residía la perjudicada y donde no tenía ningún sentido que se desplazara. Menos aun en horarios en los que según las declaraciones de las empleadas de la residencia, de la propia acusada y de la perjudicada ésta ya se encontraba en el geriátrico.

Por lo tanto los hechos serían constitutivos de un delito de estafa del Artículo 248 .1 que castiga a 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.* ” Se han acreditado nítidamente los elementos de la estafa como son el engaño , la disposición patrimonial y el ánimo de lucro por parte de la perjudicada .

Sí cabe entender, sin embargo, que concurre el subtipo agravado del art. 250.1 -6 de comisión de la estafa con abuso de relaciones personales. A este respecto cabe recordar que nuestra jurisprudencia ha señalado reiteradamente la necesidad de aplicar con cautela esta agravación en cuanto en la mayoría de los supuestos el propio engaño típico de la estafa coincide con la regulación del subtipo agravado. Por ello para la aplicación de este último supuesto se exige un elemento de mayor abuso o quiebra de la confianza depositada por la víctima en el autor, pues en caso contrario el engaño quedaría así englobado en el tipo básico de estafa.

En el presente caso, la acusada se aprovechó de las dificultades físicas y psíquicas que presentaba tanto para moverse como para comprender el verdadero valor del dinero. Se aprovechó además de la situación de vulnerabilidad y aislamiento social en que se encontraba siendo la propia acusada, prácticamente, la única persona de su confianza y que se ocupaba de su cuidado, aún cuando luego se ha demostrado que lo hizo de una forma totalmente interesada y egoísta, buscando únicamente su propio beneficio. La acusada conocía que / era un persona con muchas limitaciones, que su única familia era su marido, también enfermo, que no tenía una red social de apoyo y utilizó todas estas circunstancias para poco a poco (con el único límite que era el tope de disposición diario de efectivo en cajeros) pero de forma constante , apropiarse de su patrimonio. La acreditación de la relación de dependencia física y emocional, el aprovechamiento de esta circunstancia por la acusada se evidencia claramente al inicio de las presentes actuaciones. Consta en el atestado, ratificado en el acto del juicio por los agentes actuantes, como , si bien interpone en un primer momento la denuncia señalando claramente que exculpaba a por ser una persona de su entera confianza. Posteriormente, en julio de 2016, llega incluso a comparecer en la comisaria de la Ertzaintza manifestando que no desea continuar con la denuncia ya que le está afectando a su salud y que no desconfiaba de . El 26 de septiembre sin embargo vuelve a expresar su deseo de seguir adelante con la

tramitación de la denuncia. Todas estas circunstancias, evidencian la situación de superioridad en que se encontraba el reo, que por ser la persona de su máxima confianza conocía perfectamente sus debilidades de las que se fue valiendo de forma constante y progresiva para hacerse con una buena parte de su patrimonio.

Por ello consideramos aplicable la agravación prevista en el apartado nº6 del art. 250-1 del CP.

Se trata además de un delito continuado. Respecto a la aplicación del *delito continuado*, no podemos olvidar que éste no aparece definido como "una suma de delitos" sino de "acciones u omisiones" o también infracciones contra bienes jurídicos. A estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva (STS. 918/2007 de 20.11). En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 523/2004 de 24.4, 882/2005 de 5.7, 367/2006 de 22.3), considera que de la definición del art. 74 CP, del delito continuado como aquél supuesto en el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, se desprende que se trata de una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva, siendo sus requisitos los siguientes:

a) Pluralidad de hechos delictivos, y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.

b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos.

c) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.

d) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas.

e) Unidad de sujeto activo.

f) Homogeneidad en el "modus operandi", por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuaciones afines. (SSTS. 1103/2001, 1749/2002, 523/2004, 1253/2004).

Estos elementos concurren en el presente caso, dado que resulta acreditado que se han producido diversas extracciones de dinero por la misma persona, con una concatenación temporal y con idéntico sistema en todas las ocasiones (extracciones de dinero en cajeros automáticos utilizando la libreta de la víctima con la clave ilícitamente obtenida).

No obstante, no ha quedado acreditado que la cuantía de lo defraudado ascienda al importe reclamado por las acusaciones. A tal efecto, cabe destacar que numerosas extracciones de efectivo se realizaron directamente en ventanilla. La

mecánica de estos reintegros requerían la presencia de [redacted] y su firma, tal y como se ha acreditado en la grabación aportada el día 30 de junio de 2016 y por la testifical del empleado de banca que ha depuesto en el acto del juicio. En estos supuestos no existe prueba de cargo que permita acreditar que [redacted] se apropiara de las cantidades que previamente había extraído [redacted] Por ello, aún cuando exista al respecto una duda razonable, dado su elevado importe y la desproporción con los gastos que podía tener [redacted] e, no pueden incluirse las referidas cantidades dentro de la cuantía de lo defraudado. Al detraer de la cantidad reclamada por las acusaciones y concretamente del desglose efectuado por el Ministerio Fiscal, las disposiciones en ventanilla, resulta que el importe cuya extracción se atribuye a [redacted] es inferior a 50.000 euros (concretamente 47.250 euros). Tampoco queda acreditado que se haya dejado a la víctima en una grave situación como consecuencia de los hechos, dado que no se han aportado autos los extractos que acrediten la situación financiera actual de la perjudicada ni el hecho alegado referente a que en la actualidad [redacted] i tenido que abandonar la residencia privada, en la que residía al tiempo de cometerse los hechos, para irse a una de carácter público al no poder hacer frente a los gastos que de ello se derivaban.

Por todo ello, es por lo que se entiende que no concurren los supuestos del apartado 5º que determina la agravación de la pena cuando la cuantía de lo defraudado supere los 50.000 euros, ni del apartado cuarto 4º que se refiere al supuesto de que revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

Los hechos no pueden calificarse como apropiación indebida del artículo 253 del Cp. y ello porque este precepto castiga "al que en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido". En este caso no ha quedado probado que por parte de [redacted] se haya encomendado a [redacted] la custodia de su patrimonio, no habiendo ni siquiera la manifestación de [redacted] en el sentido de que [redacted] e hubiera prestado o donado dinero para atender a sus necesidades.

Lo mismo cabe decir respecto a la calificación alternativa solicitada por las acusaciones respecto a un presunto delito de alzamiento de bienes previsto y penado en el art. 249 del Cp. al castigar "a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado." De la prueba practicada, como ya se ha expuesto antes, no se ha acreditado la concurrencia de los elementos de este tipo penal, al no constar delegación por parte de la víctima en la acusada para la gestión de sus bienes.

SEGUNDO. Personas criminalmente responsables.-

Del citado delito es responsable en concepto de autor la acusada Fatiha Lamtalssi por su participación directa, voluntaria y material en los hechos, conforme a los arts. 27 y 28 del C.P.

TERCERO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO Penalidad. –

En cuanto a la pena, procede imponer la pena de prisión prevista dentro el subtipo agravado (250-1-6 del Cp), esto es de 1 a 6 años de prisión, en su mitad superior por aplicación de la continuidad delictiva del art. 74, por lo que se entiende que es procedente la pena de 3 años, seis meses y un día de prisión y la pena de multa de 9 meses y un día con una cuota diaria de 9 euros. La cuantía de la multa se ha establecido ateniendo a la capacidad económica de la acusada que, según sus propias manifestaciones trabaja como cuidadora de ancianos, y percibe, por otro lado ingresos de Lanbide, como se ha podido verificar por sus extractos bancarios. Por ello teniendo en cuenta el arco penológico previsto en el art. 53 del Cp. que oscila para la cuantía de multa entre dos y doscientos euros por día, se considera adecuada la cuota de 9 euros.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular han solicitado la imposición de la prohibición de comunicación y aproximación de la acusada respecto a .

por un plazo de cinco años. Esta medida está prevista como pena accesoria en los artículos 48 y 57 del Cp. El segundo de estos preceptos permite la aplicación de las medidas del art.48, entre otros delitos, en los supuestos de delitos contra el patrimonio, como el que nos ocupa, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

El artículo 48-2 regula “ La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.” Y en el apartado 3.” La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.”

En el presente caso la medida de prohibición y aproximación, ya se acordó con carácter cautelar por el Juzgado de Instrucción .

Atendidas las circunstancias concurrentes en la víctima y su especial vulnerabilidad, así como la gravedad de los hechos aconsejan su imposición por un plazo de cinco años.

QUINTO. Responsabilidad civil.-

La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga al responsable del mismo a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados (arts. 109.1 y 116.1 del C.P .)

En el presente caso, si bien resulta evidente el perjuicio causado a / por la acción de i, más compleja resulta su concreta cuantificación. Como ya se ha explicado anteriormente, no existe prueba suficiente para demostrar el ánimo defraudatorio de la acusada en las extracciones en metálico efectuadas directamente por . lado que para la realización de las mismas es necesaria su participación con presencia efectiva en la sucursal y firma de los recibos . Por ello estos importes deben excluirse de las reclamaciones efectuadas. El resto de las cantidades por extracciones efectuadas en cajero procede imputarlos a la acción delictiva de i, atendiendo como ya se ha dicho al conjunto de las pruebas practicadas y especialmente, a la conducta desplegada por la acusada que claramente se evidencia en los videos de las operaciones realizadas en el mes de junio de 2016. Ahora bien, atendiendo en este punto al principio de rogación la cantidad correspondiente por este concepto no podría exceder de la solicitada por las acusaciones. La acusación particular solicita por este concepto el importe total de 64.200 euros sin desglosar el mismo. El Ministerio Fiscal solicita 63.750 euros conforme al desglose que consta en su escrito de calificación, corregido en el acto del juicio respecto a la concreta cuantía del mes de julio de 2016. No obstante, aun partiendo del escrito del Ministerio Fiscal que delimita los importes ilícitamente extraídos y correspondientes a cada mes del periodo enjuiciado, procede computar únicamente las cantidades extraídas en cajero, respetando siempre el límite máximo solicitado en cada período. Por ello los importes que se consideran ilícitamente apropiados serían los siguientes:

-Año 2014: Enero: 600 euros, Febrero: 600 euros, Marzo: 1200 euros, Abril 1800 Septiembre: 600 euros, Octubre: 1650 euros y Diciembre: 1.100 euros. Total año 2014: 7550.

-Año 2015: Enero 1700 euros, Febrero 1100, Marzo 3300 euros, Abril 2900, Mayo 1700, Junio 3000, Julio 2400, Agosto 900, Septiembre 1800, Octubre 23000, Noviembre 3000 , Diciembre 1800. Total año 2016: 25.900

-Año 2016: Enero: 2.100 Febrero: 2.400 euros, Marzo: 3000 euros, Abril: 1600, Mayo 2900 ,Junio: 1800 . Total año 2016: 13.800

Por consecuencia la indemnización que i deberá abonar a : asciende, por la suma de las anteriores cantidades ,a 47.250 euros.

SEXTO.-Costas Procesales.- El acusado debe ser condenado también al pago de las costas procesales que se hubieren causado en la tramitación de este procedimiento, de conformidad a lo que establece el art. 123 del C.P .

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que **DEBEMOS CONDENAR, y así lo hacemos,** a
como penalmente responsable en concepto de autora de un delito de **ESTAFA AGRAVADA CONTINUADA**, ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **3 AÑOS , 6 MESES y 1 DIA de prisión**, con la pena accesoria de sufragio pasivo por igual tiempo. Así mismo se impone la pena de multa de **9 MESES y UN DIA** con una cuota diaria de 9 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago.

Procede imponer a la **prohibición de aproximarse** a le , su persona, domicilio o cualquier otro lugar en que se encuentre, a una distancia no inferior a 200 metros ,así como comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de **5 AÑOS** .

En concepto de **responsabilidad civil** **CONDENAMOS** a
a que indemnice a le, **en la suma de 47.250 euros** más los intereses legales el art. 576 de la L.E.C.

Con **condena a la encausada respecto del pago de las costas procesales** incluidas las devengadas por la acusación particular.

Frente a esta resolución cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala segunda del Tribunal supremo, preparándose ante esta Audiencia provincial dentro del plazo de CINCO DÍAS, computados desde el día siguiente al de la notificación de la Sentencia.

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