



Roj: **SAP BI 183/2017 - ECLI: ES:APBI:2017:183**

Id Cendoj: **48020370012017100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2017**

Nº de Recurso: **32/2016**

Nº de Resolución: **10/2017**

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

Ponente: **JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - CP./PK: 48001

Tel. 94-4016662

Fax/Faxa: 94-4016992

NIG. PV. / IZO EAE: 48.04.1-11/015525

NIG. OGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2011/0015525

Rollo penal abreviado 32/2016-1

Atestado nº./ Atestatu-zk. NUM000

Hecho denunciado / Salatutako egitatea: ESTAFA

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 4 zk.ko Epaitegia

Proced. abreviado / Prozedura laburtua 59/2016

Contra / Noren aurka: Catalina

Procurador/a / Prokuradorea: MARTA ARRUZA DOUEIL

Abogado/a / Abokatua: LUIS SANTAMARÍA ORTIZ

FUNDACIÓN TUTELAR GORABIDE FUTUBIDE en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / Abokatua: SARA PASAMAR URRUTIA

Procurador/a / Prokuradorea: AURORA TORRES AMANN

SENTENCIA N° 10/2017

ILMOS. SRES:

Dª REYES GOENAGA OLAIZOLA

Dº. ALFONSO GONZÁLEZ GUIJA JIMENEZ

D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de marzo de dos mil diecisiete.

Visto el juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial la presente causa seguida por los trámites de Procedimiento Abreviado nº 59/2016 procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao por un delito de estafa contra Catalina , cuyas circunstancias personales obran en autos, representado por la



Procuradora Dña. MARTA ARRUZA y defendida por el Letrado D. LUIS SANTAMARÍA ORTIZ. compareciendo como parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por Dª MARTA ISABEL FERNÁNDEZ, siendo Acusación Particular la FUNDACIÓN TUTELAR GORABIDE (FUTUBIDE), en calidad de Curadores del Perjudicado Gabino , siendo representada por la Procuradora AURORA TORRES AMANN y asistida de la Letrada SARA PASAMAR URRUTIA.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de denuncia presentada ante la Ertzaina de Bilbao, se instruyó por el Juzgado de instrucción nº 4 de Bilbao (Bizkaia) el presente Procedimiento Abreviado, en el que figura como acusada Catalina , y como Acusación Particular la Fundación Tutelar Gorabide en calidad de Curadores del Perjudicado Gabino , cuyos autos fueron remitidos a esta sección de la Ilma. Audiencia Provincial para su enjuiciamiento en fecha cuatro de mayo de 2016.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de Sala, y remitidas las actuaciones oportunas a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se señaló la vista oral el pasado 23 de noviembre de 2016 a las 10 horas.

TERCERO.- En trámite de conclusiones, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de un delito de Estafa previsto y penado en los artículos 248.1 y 250.5 del CP . siendo responsable del delito la acusada en concepto de autora, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y procediendo imponer a la-acusada la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 9 meses a razón de 12 euros de cuota diaria, con la R.P.S. prevista en el artículo 53 en caso de impago, con expresa imposición de las costas procesales, debiendo indemnizar por vía de responsabilidad civil al perjudicado en la cantidad de 90.000 euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC .

CUARTO.- La defensa de la acusada elevaron a definitivas sus conclusiones, informando que los hechos que ejecutó su defendida no constituyen delito alguno, solicitando la libre absolución para su representada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Catalina y Gabino se conocieron, en verano de 2010, a través de una línea erótica de telefonía en la que ella trabajaba y a la que llamó Gabino . Nunca llegaron a conocerse personalmente. Tras mantener diversas conversaciones telefónicas, Catalina se percató de que Gabino padecía algún tipo de retraso mental y aprovechando dicha circunstancia convenció a Gabino para que le enviara e ingresara diversas cantidades de dinero a dos cuentas bancarias y por un total de 29.877 euros. Así en la cuenta nº NUM001 del Banco Popular, actual Targobank, Gabino ingresó, entre agosto y diciembre de 2010, la suma de 20.527 euros. El titular de esta cuenta era la sociedad ACTIVITY COSTA BLANCA S.L. siendo apoderada de esta sociedad Catalina . Y en la cuenta nº NUM002 de Caja del Mediterráneo, actual Banco Sabadell Gabino ingresó, entre las citadas fechas, la suma de 9.350 euros. La titular de esta cuenta en la fecha de los hechos era la hija de Catalina llamada Micaela y menor de edad, siendo persona autorizada en dicha cuenta la madre de Catalina .

Catalina alegando dificultades económicas y añadiendo que en un futuro harían una vida juntos, solicitaba a Gabino el envío de dinero para diversas supuestas necesidades. Catalina le decía a Gabino que se llamaba Felicidad , que vivía en Barakaldo (Vizcaya) cuando en realidad vivía en Alicante y que trabajaba en una farmacia. Gabino , enamorado, y siendo incapaz de comprender el alcance de sus actos debido a su retraso mental, envió el dinero al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

SEGUNDO.- Por Orden Foral de 18 de diciembre de 2000 se dictaminó administrativamente que Gabino sufría una discapacidad síquica en un grado del 68% y un diagnóstico de retraso mental moderado.

La sentencia de fecha 16 de diciembre de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Bilbao declara que Gabino es parcialmente incapaz para los siguientes actos:

- gobernarse por sí mismo
- tomar decisiones trascendentales en relación a su estatus personal
- administrar y disponer de sus bienes (excepto para disponer y manejar una cierta cuantía de dinero cuya cuantía queda a criterio de su curador)
- poder testar



TERCERO.- La minusvalía síquica que presenta Gabino , afecta a sus facultades con intensidad suficiente como para hacerle totalmente vulnerable al engaño.

CUARTO.- Catalina , es mayor de edad, tiene la nacionalidad española y carece de antecedentes penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de continuado de estafa y de la que resulta penalmente responsable la acusada.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo 5085/2015 de 25 de noviembre para que concurra el tipo de estafa son necesarios los siguientes requisitos. "...El tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del acto de disposición que da lugar al desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado ja jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error: y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Se decía en la STS nº 102/2013 que el delito de estafa " reclama la existencia de un artificio, creado por quien tiene interés en hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro que, en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone -en perjuicio propio o de un tercero- de algún bien a favor del primero o de otra persona, que, así, se enriquece ilícitamente. Por tanto, para que emerja la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, que sea el medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos y de ese modo, lo hace en términos que rio se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación ".

En el presente caso se dan todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

En primer lugar decir que los miembros de la Sala pudieron, en el acto del juicio, comprobar como el Sr. Gabino padece un retraso mental evidente. A simple vista, no lo es, pero esto no es lo importante puesto que ellos nunca se vieron, pero una vez que comienza a hablar el Sr. Gabino , es más que evidente que el mismo sufre de algún tipo de minusvalía síquica. La Sala concluyó que es imposible que la acusada no se pudiera haber representado, durante los meses en que mantuvieron conversaciones telefónicas frecuentes, que el Sr. Gabino sufriera algún tipo de retraso mental. La acusada aprovechó dicha circunstancia, para engañarle. Así la víctima relató en el acto del juicio como la acusada solía decirle que se llamaba Felicidad , que vivía en Barakaldo y que trabajaba en una farmacia. Esto queda corroborado ya que en los extractos bancarios se observa como en una de las primeras transferencias, que resulta fallida, se hace a nombre de Felicidad . Además la acusada ocultaba su identidad real a la víctima ya que los ingresos bancarios que efectuaba el Sr. Gabino se hacían en cuentas cuyos titulares eran una sociedad y la hija de la acusada, menor de edad en la fecha de los hechos.

Por otra parte el médico forense fue contundente en el acto del juicio cuando manifestó, ratificándose en su informe de fecha cuatro de junio de 2012 folio 101, que el Sr. Gabino tiene un retraso mental moderado desde la infancia y que no tenía suficiente juicio para el caso concreto que se estaba analizando.

Que se trata de una persona vulnerable al engaño y que confía ciegamente en otra persona, presentando una conducta desinhibida.

Teniendo en cuenta todo lo anterior la Sala no tiene duda alguna de que era fácilmente apreciable por teléfono la discapacidad mental de la víctima.

Las alegaciones de la acusada y la defensa sobre la imposibilidad de conocer la existencia de una minusvalía por teléfono son totalmente rechazables, ya que además de la pericial médico forense, la Sala tuvo la oportunidad de escuchar personalmente a la víctima y como ya hemos dicho antes, no es posible mantener una conversación con el Sr. Gabino y no representarse la existencia de un retraso mental. Que además se ve confirmado con una serie de liberalidades extravagantes a una persona que no conoce personalmente. Las



alegaciones de la defensa relativas a la falta de incapacitación judicial en el momento de los hechos y que fuera titular de cuentas bancarias en nada afectan a lo aquí enjuiciado.

Es obvio que tanto la familia u otras instituciones debieron haber tomado medidas con anterioridad ya que el retraso mental ya existía en la infancia, pero como ya explicó en el acto del juicio la tía de la víctima, 93 años de edad, por una razón u otra la difunta madre del Sr. Gabino no lo hizo. No resultan creíbles las manifestaciones de la acusada, puesto que la Sala escuchó al Sr. Gabino y es ella la que toma una serie de medidas para dificultar su identificación ante él. Se hace llamar Felicidad y las cuentas en las que el Sr. Gabino ingresa el dinero no están a su nombre sino a nombre de una sociedad y a nombre de su hija menor, siendo en el momento de los hechos la única persona autorizada en dicha cuenta la madre de la acusada.

Sobre las contradicciones de los informes médicos forenses emitidos en la presente causa y el emitido en el procedimiento civil de incapacidad, en aquel se concluye retraso mental moderado y en el civil leve, ninguna relevancia tiene a la vista de todo lo anterior. Se trata de simples cuestiones o apreciaciones médicas que no afectan al engaño realizado sobre la víctima.

La víctima no pudo resistirse, debido a su minusvalía, al artificio creado por la acusada causando que la víctima transfiriera cantidades a cuentas controladas por la acusada, la cual hace suyo el dinero enviado por Gabino .

SEGUNDO.- También se alegó por la acusada y su defensa que la cantidad recibida por la acusada no fue de 90.000 euros, tal como se decía por las acusaciones sino bastante menor. Cuestión relevante a los efectos de la calificación penal y responsabilidad civil.

En los escritos de acusación y en las calificaciones definitivas se nos dijo que la acusada se apoderó de aproximadamente 90.000 euros pero lo cierto es que esa alegación fue insuficientemente explicada. Decimos esto puesto que de la documentación obrante en la causa consta que un total de 29.877 euros llegaron a poder de la acusada, ya a través de la cuenta de la sociedad antes mencionada o de la cuenta de su hija, pero nada más. El resto hasta 90.000 parecen deducirlo (realmente no se explicó en el acto del juicio) de los reintegros y transferencias efectuadas en la cuenta de la BBK de la que era titular el Sr. Gabino pero las únicas cantidades que constan entregadas a la acusada son las mencionadas anteriormente. No se hacían entregas en metálico y tampoco constan más cuentas. También han de excluirse las cantidades (cantidades pequeñas) enviadas a la acusada en el año 2011 puesto que según los escritos de acusación y calificaciones definitivas los hechos enjuiciados quedaron circunscritos entre agosto y diciembre de 2010. Otro dato más de la discapacidad del Sr. Gabino ya que incluso siguió enviando dinero a la acusada una vez interpuesta la denuncia.

En los folios (127 a 171) constan los ingresos efectuados en la cuenta de la sociedad ACTIVITY COSTA BLANCA, S.L. y constan ingresados 20.527 euros. En los folios 202 y siguientes de la causa aparece la información remitida por el actual Banco Sabadell y según se informa por dicho Banco las cantidades ingresadas en la cuenta de la hija de la acusada asciende a 9.350 euros. Todo ello hace un total de 29.877 euros.

Lo anterior hace que los hechos no puedan calificarse como de una estafa agravada prevista en el número 5 del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal, sino que estaríamos ante una estafa simple prevista en el artículo 248 del Código Penal. La estafa es continuada ya que se sucede en el tiempo y aprovechando idéntica ocasión y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249, 74 y 66 del Código Penal se fija una pena de 18 meses de prisión, teniendo en cuenta la importante cantidad estafada y el aprovechamiento de una minusvalía síquica añadiendo desvalor a la acción de la acusada, sin poder olvidar que la estafa se terminó y fue descubierta porque el Sr. Gabino se quedó prácticamente sin dinero alguno.

TERCERO.- En concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal Catalina indemnizará a Gabino en la cantidad de 29.877 euros.

CUARTO.- Procede la condena en costas de la acusada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, incluidas las costas de la acusación particular.

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

FALLAMOS

Que condenamos a Catalina como autora de un delito continuado de estafa a la pena de dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Catalina indemnizará a Gabino en la cantidad de 29.887 euros en concepto de responsabilidad civil más los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se le condena asimismo al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.



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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as, Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ