

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2023**

Nº de Recurso: **74/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Código Seguro de Verificación NUM000 Puede verificar este documento en <https://www.administraciondejusticia.gob.es>

241/20 AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION PRIMERA BURGOS

ROLLO NUM. 74/21

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUM. 1183/18 JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUM. 2 DE BURGOS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES

D.ª MARÍA DOLORES FRESCO RODRÍGUEZ D.ª MARÍA LUISA QUIRÓS HIDALGO

SENTENCIA NUM. 241/2023

En Burgos, a veintidós de septiembre de dos mil veintitrés.

Vista en juicio oral y público ,ante esta Audiencia Provincial ,la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Burgos de seguida por delito de estafa y/o apropiación indebida, contra Amparo, hija de Aurelio y de Magdalena, nacida en Marruecos el NUM001 de 1985, con NIE nº NUM002 y vecina de Burgos, CALLE000 nº NUM003, , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, en la que han sido partes el Ministerio Fiscal, dicha acusada, defendida por el Letrado don Hilal Tarkou Lahlimi y representado por la Procuradora doña Elena de Guzmán Pisón, y como Acusación Particular Tomasa, Penélope y María Esther, representadas por el Procurador don Andrés Jalón Pereda y asistidas por el Letrado don José Fernando Marín Lázaro, siendo Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Roger Redondo Argüelles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En las Diligencias Previas nº 1183/18 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Burgos se abrió juicio oral respecto de Amparo y una vez concluida la causa y tramitada conforme a la Ley se celebró ante esta Audiencia juicio oral el día 19 de septiembre de 2023.

SEGUNDO. Los hechos han sido calificados por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas como un delito de estafa del art

248, 249, 250.1 5º (valor de la defraudación) y 6º (abuso de relaciones personales) o alternativamente de un delito de apropiación indebida del art. 253 en relación al art 248, 249, 250.1 5º y 6º del Código Penal.

Solicitando la imposición a la acusada por el delito de estafa o alternativamente de apropiación indebida, la pena de 3 años y 6 meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art 56.1,2º) y 9 meses de multa, a razón de 8 € diarios con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art 53 del C.P. Además deberá indemnizar a la comunidad hereditaria derivada del fallecimiento de Ezequiel en 58.935,00 €, cantidad que devengará el correspondiente interés legal según art. 576 LEC Costas (arts. 239 y 240.2 LECrim).

La acusación particular calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa agravado del art. 250.1 5º y 6º en relación con el art. 247 del Código Penal, siendo autora Amparo solicitando la imposición por el delito de estafa, la pena de 4 años de prisión y 10 meses de multa, a razón de 9 € diarios, e indemnización a las hijas de D. Ezequiel en la suma de 58.935,00 €, en que se cuantifica el daño causado.

TERCERO. La Defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su patrocinada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. Se considera probado y expresamente se declara, tras apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el Plenario y con el unánime criterio de la Sala:

Que la acusada Amparo mayor de edad y sin antecedentes penales desde el 2007 al 2017, aproximadamente, realizó trabajos por horas de limpieza y cuidado del ya fallecido Ezequiel, en la CALLE001 n° NUM004, piso de Burgos, y en el mes de febrero del año 2016 comenzó a trabajar siete horas diarias, con un salario de 748 € mensuales, lo cual estuvo motivado por las patologías que padecía Ezequiel, habiendo finalizado sus servicios el 13 de febrero de 2018, fecha de su fallecimiento.

Que Sara también prestó sus servicios en el domicilio de Ezequiel desde el mes de enero de 2017, en condición de empleada interna, debido a que aquél sufría patologías que precisaban su constante atención y cuidado.

Que Ezequiel tenía reconocida una incapacidad por la TGSS del 82 %, sin embargo ello no afectaba a sus facultades mentales, las cuales conservaba plenamente.

Que en el 16 de junio de 2016 Ezequiel realizó un contrato de préstamo en favor de Amparo por importe de 60.000 €, para la adquisición de una vivienda, la cual se obligaba a su devolución en el plazo de 12 años, en cuotas mensuales de 400 €.

Que dicho contrato fue confeccionado en la Gestoría de Javier, el cual había realizado otras gestiones al Sr. Ezequiel, habiendo sido firmado en su presencia por ambas partes. Que la acusada abonó dicha cuota durante siete meses, haciendo un total de 2800 €.

Que en el mes de enero de 2017 el Sr. Ezequiel acudió a la gestoría del Sr. Javier y le manifestó que deseaba cancelar el contrato de préstamo, que con la prestataria estaba arreglado y no le debía nada, por ello se redactó por aquel el documento de cancelación, y se lo entregó posteriormente a la acusada, sin embargo le dijo que no podía acudir Ezequiel en persona y se lo llevó firmado al día siguiente.

Que no ha resultado acreditado que la firma que consta en el documento de cancelación del préstamo de Ezequiel haya sido realizada por el mismo, la acusada, o un tercero.

Que tampoco ha resultado acreditado que la acusada engañase a Ezequiel para que la prestase la citada cantidad y posteriormente para cancelar la deuda y condonar la misma.

Que tras el fallecimiento de Ezequiel, sus tres hijas, Sras. TomasaPenélopeMaría Esther tras comprobar la carencia de fondos en las cuentas bancarias y averiguar el destino requirieron mediante buro- fax a la acusada para la devolución del importe del préstamo, lo cual no fue realizado por la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los anteriores hechos no son constitutivos de los delitos por los que se formula acusación.

Que por la Defensa como cuestión previa se planteó la nulidad del proceso, alegando que era una cuestión de carácter civil y no penal, la cual se desestima por no versar sobre ninguna infracción procesal, puesto que constituye la cuestión de fondo, no prevista en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO. Entendemos que las pruebas practicadas no han sido bastantes para destruir el derecho a la presunción de inocencia de la que goza la acusada.

El derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto nuclear de todas las demás garantías del proceso. (STS 29-dic-1997, 23-mar y 22-abr-1999 y 28-feb-2000, entre otras).

Como recuerda el TC en su Sta. 111/1999, el derecho a la presunción de inocencia sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura constituyendo uno de los principios cardinales del derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estado de desarrollo del proceso. Entre otros contenidos este derecho no permite una condena sin pruebas, lo que hace referencia a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el estado ejerce el *ius puniendi* a través del proceso,

debe de estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que quien ha sido acusado ha cometido

realmente el delito que se le atribuía con el fin de evitar toda sospecha de una arbitraria actuación.

TERCERO. El delito de **estafa** por el que se formula acusación requiere la presencia de los siguientes elementos, conforme a la Doctrina Jurisprudencial: un desplazamiento patrimonial, generalmente en dinero, provocado, con voluntad de la víctima en virtud de una ficción, apariencia, falacia o mendacidad, que vicia su consentimiento, engaño que produce un perjuicio económico, en íntima conexión con él y todo ello presidido por un ánimo de lucro o de enriquecimiento en el sujeto activo.

La aproximación de determinadas estafas a supuestos de ilícitos civiles, ha obligado a la doctrina legal a distinguir los ilícitos de una y otra clase. En el ilícito penal de la estafa el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos.

De este modo para que se dé la estafa se exige, ciertamente, que exista engaño idóneo para producir error en el sujeto pasivo; disposición patrimonial del sujeto pasivo basada en el error padecido; perjuicio procedente de la disposición patrimonial; y ánimo de lucro.

Conforme a tal doctrina, el primer requisito consiste en la existencia de un engaño idóneo, es decir, adecuado y bastante para producir el error e inducir el acto de disposición. Además ha de darse, a consecuencia del engaño, el error del sujeto pasivo. Ha de existir disposición patrimonial. Se ha de producir perjuicio, que normalmente acontece simultáneamente a la disposición, de tal modo que el pago posterior carece de relevancia para excluir el delito, produciendo únicamente efectos para excluir o aminorar la responsabilidad civil.

Además, desde el punto de vista subjetivo ha de concurrir dolo y ánimo de lucro. En cuanto al primero basta que concurra la conciencia de la necesidad o de la probabilidad de la realización del tipo.

Por lo que se refiere al segundo, el ánimo ha de entenderse como el afán de obtener una ventaja patrimonial injustificada. Y la ventaja ha de ser el motivo determinante de toda la conducta del autor. Intención específica que se revela a través del comportamiento engañoso del

sujeto agente. Finalmente, tiene que haber nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el dolo *subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate.

En forma alternativa también se califican los hechos como de **apropiación indebida**, para la cual se precisa:

1)

Haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregarla o devolverla, en una fórmula que ha venido interpretándose jurisprudencialmente de una forma amplia, sin ceñirse a los que nominalmente recoge el citado art.

1)

La acción delictiva aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro.

Hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, constituyendo la acción típica de esta infracción penal, entre otros supuesto, cualquier acción que encierre un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye TS S 17 Jul. 2001).

1)

Es preciso que la apropiación o distracción se haga en perjuicio de tercero, lo que supone la incorporación de lo entregado al propio patrimonio con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, y

Ánimo de lucro que puede consistir en cualquier ventaja, utilidad o beneficio.

CUARTO. Partiendo de las anteriores premisas debemos hacer las siguientes consideraciones, tras analizar las pruebas practicadas.

La acusada Amparo admitió el hecho de haber realizado un contrato de préstamo por cuantía de 60.000 € con la persona que cuidaba, Ezequiel, los cuales empleó para la adquisición de una vivienda, habiéndose comprometido a su devolución en un plazo de 12 años, en cuotas mensuales, habiéndose probado documentalmente que satisfizo 7 mensualidades por cuantía de 400 € cada una, lo cual no se pone en duda por ninguna de las partes.

En principio de ello no puede colegirse la existencia de un engaño previo, ni la voluntad de la acusada de no devolver el préstamo, puesto que el mismo fue cancelado por el prestamista en el mes de enero de 2017.

La acusada manifiesta que esto se hizo por agradecimiento a los servicios prestados, sin embargo por las acusaciones se alega que no concurrió una real voluntad de Ezequiel para cancelar el préstamo, primero por no ser suya la firma que figura en el documento, y por no encontrarse en plenas facultades mentales.

A estos efectos resulta fundamental el testimonio prestado por el gestor Sr. Javier, el cual confeccionó tanto el contrato de préstamo (que se firmó en su presencia) como el de cancelación, que se le devolvió ya firmado. Respecto a este último manifestó que Ezequiel acudió a su gestoría y le manifestó la voluntad de cancelar el préstamo, diciéndole que estaba todo pagado, y en consecuencia redactó el documento que fue entregado a la acusada, por no poder desplazarse Ezequiel y entregado por ella ya firmado. Por la Presidencia se interrogó a dicho testigo sobre si había comunicado a sus hijas tanto el préstamo como su cancelación, puesto que podría afectar a sus intereses hereditarios, manifestando aquel que no se lo había contado a aquéllas.

La acusación se sustentaba en el hecho de que el perito calígrafo judicial en su informe había concluido que el documento de cancelación no había sido firmado por Ezequiel, ni tampoco por la acusada. Sin embargo en el Plenario se realizó pericial caligráfica a instancia de la Defensa la cual llegó a la conclusión de que el documento de cancelación había sido firmado por Ezequiel. La perito Noelia dio explicaciones bastantes sobre los documentos que había examinado, el método utilizado y los motivos por los que había llegado a dicha conclusión. Ante ello por esta Sala no se pone en duda su

profesionalidad ni imparcialidad, aunque somos conscientes de que si no hubiera sido favorable para la acusada no se habría presentado.

Por ello este Tribunal, ante dos pruebas periciales, razonadas y parcialmente coincidentes, carece de elementos para otorgar a cualquiera de ellas mayor seguridad, y por ello en aplicación del principio "in dubio pro reo" no podemos declarar probado quien ha sido el autor de la firma que consta en el documento de cancelación, si fue estampada por Ezequiel o por tercera persona, descartándose que la acusada fuese su autora.

La Acusación Particular, que formulaba acusación provisional por un delito de falsedad documental, a la vista del resultado de las pruebas, retiró la misma en sus conclusiones definitivas, lo cual resulta congruente con la duda expuesta "ut supra".

Que la testigo Sara, la cual fue contratada en el mes de enero de 2017 como interna, para el cuidado de Ezequiel al finalizar su estancia hospitalaria, manifestó que este último deseaba que volviese Amparo, y que le había prestado una cantidad de la cual le adeudaba 8000 € y así con su trabajo podría ir devolviéndosela. Amparo fue contratada de nuevo en el mes de agosto para cuidar a Ezequiel.

Entendemos que ante la versión ofrecida por el gestor Sr. Javier, y lo manifestado por esta última, debe prevalecer la de aquél, puesto que está documentada, y sin embargo se desconocen los acuerdos internos que pudieran haber existido entre Ezequiel y Amparo, así como los motivos que tuvo aquél para decírselo a Sara, si era porque prefería a Amparo u otro motivo, y en todo caso habida cuenta de los pagos realizados por esta hasta el mes de enero de 2017 la cantidad que le adeudaría, si no hubiera cancelado el préstamo sería mucho mayor. En todo caso pudiéramos encontrarnos ante un simple incumplimiento de las obligaciones contraídas por Amparo, de llegar a acreditarse con plena seguridad, y ello carecería de relevancia penal.

Por otro lado no puede ponerse en duda la capacidad mental de Ezequiel, al menos cuando realizó el contrato de préstamo y su cancelación, a pesar de su grado de incapacidad, que podría derivarse de sus patologías físicas, en este sentido todos los testigos que depusieron, incluida su hija María Esther, afirmaron que mentalmente estaba en plenas condiciones y por ello no puede ponerse

en duda la falta de consciencia y voluntad en dichas actuaciones, habiendo realizado otras con posterioridad como extracciones de dinero en cajero bancario, tal y como lo atestiguan Sara, y su amigo Ildelfonso.

QUINTO. En consecuencia y ante la falta de pruebas de cargo bastantes, al no resultar acreditados los elementos fácticos del delito de estafa, ni del de apropiación indebida, procederá dictar sentencia absolutoria de la acusada, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder a las denunciadas.

SEXTO. Se declaran de oficio las costas procesales en aplicación del artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Amparo de los delitos de estafa y alternativamente de apropiación indebida, así como de la responsabilidad civil, por los que venía siendo acusada, declarando de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia personalmente al acusado y a las demás partes, con el apercibimiento de que la misma no es firme, cabiendo interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en virtud de lo previsto en el artículo 846, ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio que resolverán las apelaciones en sentencia en la forma dispuesta en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley).

Así por esta Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. ROGER REDONDO ARGÜELLES Ponente que ha sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.