



Roj: **SAP SO 192/2018 - ECLI: ES:APSO:2018:192**

Id Cendoj: **42173370012018100192**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2018**

Nº de Recurso: **4/2018**

Nº de Resolución: **94/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE MANUEL SANCHEZ SISCART**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SORIA

SENTENCIA: 00094/2018

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000004 /2018

Delito: ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Denunciante/querellante: DENTOESTETIC CENTRO DE SALUD Y ESTETICA DENTAL SL UNIPERSONAL DENTIX, MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/D^a ANGEL MUÑOZ MUÑOZ, Abogado/a: D/D^a ADRIAN DUPUY LOPEZ,

Contra: Rosendo , Yolanda , Santos

Procurador/a: D/D^a SERGIO ESCRIBANO AYLLON, ALICIA FERNANDA MARTINEZ FELIPE , CARMEN MARIA YAÑEZ SANCHEZ

Abogado/a: D/D^a ELOY MARQUES DE BONIFAZ, CARMEN PILAR GASSOL QUILEZ , JESUS GASPAR ALCUBILLA

Procedencia: Jdo. Instrucción nº 1 Soria. Procedimiento: DPA 355/15

SENTENCIA N° 94/18

Tribunal.

D. José Manuel Sánchez Siscart (Presidente).

D. José Luis Rodríguez Greciano.

D^a. María Belén Pérez Flecha Díaz.

En Soria, a cinco de noviembre de dos mil dieciocho.

Se ha sustanciado ante esta Audiencia el Juicio Oral dimanante de Procedimiento Abreviado nº 4/18, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Soria en DPA 355/15 por un presunto delito de apropiación indebida y estafa en el que figuran como acusados el Sr. Rosendo , asistido por el Letrado Sr. Marqués de Bonifaz y representado por el Procurador Sr. Escribano Ayllón; la acusada Sra. Yolanda , asistida por la Letrada Sra. Gassol Quilez y representada por la Procuradora Sra. Martínez Felipa; y el acusado Sr. Santos , asistido por el Letrado Sr. Gaspar Alcubilla y representado por la Procuradora Sra. Yáñez Sánchez; como acusación particular DENTOESTETIC CENTRO DE SALUD Y ESTETICA DENTAL S.L.U. (DENTIX) asistida por el Letrado Sr. Patiño López y representada por el Procurador Sr. Muñoz Muñoz y siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el **Magistrado José Manuel Sánchez Siscart.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En fecha 11 de octubre de 2018 se celebró el acto del juicio, y a su inicio, la defensa de la acusada D^a. Yolanda aportó diversa documental, que previo traslado a las demás partes, se acordó su admisión, sin que las partes hayan suscitado cuestión previa alguna de naturaleza procesal o procedimental.

Acto seguido, se practicó la prueba propuesta y admitida, con el resultado que consta en acta y anexo videográfico.

SEGUNDO.- En fase de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal califica los hechos como constitutivos de:

- un delito continuado de apropiación indebida (artículo 253.1 en relación con artículo 249 y 74 CP), del que responde en concepto de autor el acusado Rosendo , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- un delito de apropiación indebida (artículo 253.1 en relación con artículo 249 CP) del que responde en concepto de autora la acusada Yolanda , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Alternativamente, como autora de un delito de receptación (art. 298.1 CP) del que responde en concepto de autora, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. O alternativamente se le considere partícipe a título lucrativo (art. 122 CP) de la cantidad de 6.000 €.

En materia de responsabilidad civil, solicita que el acusado Rosendo sea condenado a indemnizar al representante legal de la Clínica Dentix de Soria en la cantidad de 10.197,60 €, respondiendo hasta la cantidad 6000 € de forma solidaria con la acusada doña Yolanda , cantidades que se verán incrementadas conforme al interés legal.

Y condena al pago de costas procesales.

Por último retira la acusación frente al acusado Santos .

TERCERO.- En el mismo trámite la acusación particular califica los hechos como constitutivos de:

- un delito continuado de apropiación indebida (artículo 253.1 en relación con artículo 249 y 250.1.6^a y 74 CP) o alternativamente un delito continuado de estafa (art. 248.1 en relación con el art. 250.1.6^a y 74 CP), del que responde en concepto de autor el acusado Rosendo , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de 7 años y 6 meses de prisión y multa de 12 meses, con cuota diaria de 50 euros.

- un delito de apropiación indebida (artículo 253.1 en relación con artículo 249 y 250.1.6^a CP) o alternativamente un delito continuado de estafa (art. 248.1 en relación con el art. 250.1.6^a y 74 CP), del que responde en concepto de autora, cooperadora necesaria, o cómplice, la acusada Yolanda , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de 4 años de prisión y multa de 10 meses, con cuota diaria de 50 euros. Alternativamente, como autora de un delito de receptación (art. 298.1 CP) del que responde en concepto de autora, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de dos años de prisión. O alternativamente se le considere partícipe a título lucrativo (art. 122 CP) del delito de apropiación indebida o estafa respecto de la cantidad de 6.000 €.

En materia de responsabilidad civil, solicita que el acusado Rosendo sea condenado a indemnizar a su representada en la cantidad de 10.197,60 €, respondiendo hasta la cantidad 6000 € de forma solidaria con la acusada doña Yolanda , cantidades que se verán incrementadas conforme al interés legal.

Y condena al pago de costas procesales.

CUARTO.- La defensa de D. Rosendo solicita la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

QUINTO.- La defensa de D^a. Yolanda solicita la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

SEXTO.- La defensa de D. Santos se muestra conforme con la retirada de la acusación efectuada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

SÉPTIMO.- Evacuados los informes, se concedió la última palabra a los acusados, declarando a continuación el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS



El acusado Rosendo , mayor de edad y sin antecedentes penales, ejerció como Director de la Clínica Dental DENTIX, sita en la calle Collado 43, de Soria, entre el 21 de julio de 2014 y el 27 de enero de 2015.

En fecha 29/12/2014, aprovechando la confianza que había adquirido con el cliente de dicha clínica D. Alberto , quien venía recibiendo tratamiento médico en dicha clínica desde varios meses antes, le efectuó llamada telefónica, mientras el acusado se encontraba de vacaciones de esquí en Los Alpes, indicándole la premura de abonar los tratamientos recibidos, proporcionándole conscientemente el número de cuenta bancaria de la entidad Bankia nº , en la que realizar el ingreso urgente, que en realidad no correspondía a ninguna de las cuentas bancarias de la empresa Dentix, sino que corresponde a una cuenta que el acusado gestionaba personalmente, abierta a nombre de su esposa la acusada D^a. Yolanda , mayor de edad y sin antecedentes penales, que en esa fecha presentaba saldo negativo, sin que quede acreditado que la acusada tuviera conocimiento alguno ni participación en los planes de su esposo.

De esta forma, D. Alberto , confiado por la amistad que profesaba con el acusado, y de buena fe, procedió a realizar en fecha 29/12/2014 una transferencia bancaria por importe de 3.000 euros a dicha cuenta, en la creencia de que se trataba de una cuenta de la clínica Dentix, y que el ingreso iba destinado directamente a la misma, dada la urgencia en realizar el ingreso que le transmitió el acusado, indicando en el beneficiario de la orden "Dentix" y como concepto " Alberto tratamiento dental". De dicha cantidad el acusado fue disponiendo libremente para gastos personales o familiares los días posteriores hasta el día 13 de enero de 2015.

D. Alberto efectuó otro ingreso en efectivo el día 13/01/2015 por importe de 3.000 euros en la misma cuenta de Bankia gestionada por el acusado y abierta a nombre de la acusada, consignando como concepto de la operación "tratamiento dental Dentix", en la creencia de que dicha cuenta era propiedad de Dentix.

Ese mismo día o al día siguiente el acusado procedió a la devolución de la cantidad de 6.000 euros, ingresándola en una cuenta bancaria de la empresa Dentix, siendo acompañado en dicho acto de una empleada de Dentix, por orden de la Coordinadora de Zona, tras haber detectado la propia empresa irregularidades en la contabilidad, sin que conste acreditado que la devolución de la cantidad de 6.000 euros responda a otras irregularidades contables distintas de la derivada de los ingresos efectuados en la cuenta del acusado por el cliente D. Alberto .

Por otro lado, la paciente Celsa , cuyo tratamiento dental y presupuesto procedía de otra clínica Dentix en Móstoles, prosigió su tratamiento en Soria, efectuando diversos pagos en metálico. En concreto, dos pagos por importe de 490 euros fueron efectuados en metálico en la recepción de la clínica en fechas 3 y 17 de octubre de 2014, otro pago por importe de 500 euros fue efectuado en mano al acusado, en su condición de Director de la clínica, y otro pago en fecha desconocida por importe de 500 euros, se desconoce a quién fue entregado. De dichos pagos se entregó recibí a la paciente. Dichos pagos no fueron contabilizados en la Clínica de Dentix de Soria, por orden del acusado en su condición de Director de la clínica, al tratarse de un traslado, lo que así comunicó a las recepcionistas de la clínica encargadas de efectuar el listado diario de entregas en efectivo. Se desconoce si dichos pagos han sido finalmente contabilizados en la clínica de Móstoles, sin que quede acreditado que dichas cantidades las haya hecho suyas el acusado, o que hayan sido destinadas a una finalidad distinta, es decir, que no hayan sido efectivamente ingresadas en las cuentas de la empresa en pago del tratamiento dental prestado.

Por último, el paciente D. Felix , solicitó presupuesto de tratamiento dental que le fue entregado en fecha 24/01/2015 por importe de 2217,60 euros, y dado que el acusado dejaba de prestar servicios como Director de la Clínica Dentix el día 27/01/2015, efectuó llamada telefónica a dicho paciente en esa misma fecha indicándole la urgencia de proceder al ingreso de la cantidad presupuestada, lo que así hizo el cliente, abonando en efectivo al propio Director la cantidad de 2.217,60 euros, extendiéndose factura nº 157/2015 de esa misma fecha por idéntica cantidad. Dicha cantidad quedó depositada en la caja fuerte de la entidad, sin que haya quedado acreditado que dicha cantidad no haya sido efectivamente contabilizada, o que no se haya ingresado en las cuentas de la empresa, ni en definitiva que el acusado haya hecho suya dicha cantidad o la haya destinado a una finalidad distinta.

No ha quedado acreditado que la acusada D^a. Yolanda haya tenido conocimiento de los anteriores hechos o haya participado en modo alguno en los mismos.

Respecto al acusado Santos el Ministerio Fiscal y la acusación particular han retirado la acusación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Valoración de la prueba.



La declaración de hechos probados resulta de la valoración de la pluralidad de pruebas practicadas en el acto de juicio, con sometimiento a los principios de inmediación y contradicción.

Previamente a exponer la valoración conjunta de la prueba practicada, consideramos conveniente recordar los requisitos o elementos necesarios para poder apreciar la concurrencia de un delito de apropiación indebida (art. 253.1 en relación con art. 249 CP) que plantean, en primer lugar, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular. Subsidiariamente examinaremos si los hechos, o algunos de ellos, pueden ser considerados como constitutivos de un delito de estafa (art. 248 y 249 CP), como postula únicamente la acusación particular.

El art. 253.1 CP sanciona a los 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.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en esencia, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el iter criminis se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido.

Veremos a continuación que no ha quedado acreditada la concurrencia de tal delito de apropiación indebida.

El relato acusatorio puede desglosarse en tres operaciones comerciales mantenidas por la clínica Dentix de Soria, respectivamente, con la paciente Celsa , el paciente Felix , y finalmente con el paciente Alberto .

No se menciona en el relato acusatorio ninguna otra irregularidad diferente de las apuntadas.

En relación con la paciente Celsa , ha quedado acreditado en el plenario, y no resulta discutido, que dicha paciente procedía de la clínica Dentix de Móstoles, tal y como ha manifestado el propio acusado y asimismo las otras dos testigos Maite y Maribel que trabajaban en aquellas fechas como recepcionistas de la clínica. Al tratarse de un traslado de paciente, el acusado, en su condición de director de la clínica, les indicó que no debía contabilizarse en dicha clínica, sino en la de Móstoles. En la causa constan cuatro recibos de abonos en metálico efectuados por dicha paciente en los folios 137 a 140. El primero de ellos, por importe de 490 euros, aparece fechado el 3/10/2014. El segundo, por igual importe, aparece con fecha de 17/10/2014. El tercero de los recibos, por importe de 500 euros, aparece fechado el 27/11/2017. El último carece de fecha. Para sustentar la tesis acusatoria se han aportado copias de tres hojas Excel (folios 142 a 144, sin firma ni sello alguno, y folios 335 a 337, las mismas copias, pero con firma y sello original tras serle requeridos los originales por parte del Juzgado, lo que demuestra que originalmente carecían de tales sellos y rúbricas). Dichas hojas Excel recogen, al parecer, los ingresos en efectivo o en ventanilla recibidos en dicha clínica en esas mismas fechas. Se desconoce, por tanto, al haberse aportado únicamente esas tres hojas, y no la contabilidad completa de la clínica, si el cuarto recibo aparece o no contabilizado. De los cuatro recibos, las recepcionistas han indicado que dos de ellos los efectuaron ellas mismas en recepción, y que el resto es posible que los confeccionase el acusado, ya que dicha paciente en ocasiones despachaba con el director.

Acreditada la recepción de dichas cantidades, pretende sustentarse la apropiación indebida en la falta de constancia de dichos ingresos en la contabilidad de dicha oficina, para lo cual se aportan tres hojas Excel correspondientes a tres días concretos, desconociéndose si han podido ser contabilizados en otra fecha, y en concreto, el cuarto recibo se desconoce en qué fecha se realizó y por lo tanto si está o no contabilizado. Se desconoce, en cualquier caso, si dichos ingresos en efectivo están contabilizados en la clínica de Móstoles, dado que como se manifiesta por las propias recepcionistas se trataba de un traslado desde la clínica de Móstoles y la operativa era diferente. Al respecto Celsa ha manifestado que cree recordar que al menos uno de los pagos en efectivo lo entregó al Director, y las testigos Maite y Maribel manifiestan que no hicieron ninguna anotación porque era un "traslado" procedente de otra clínica, y no disponían siquiera del presupuesto.

No existe prueba alguna de que el acusado haya hecho suyas dichas cantidades, lo que permanece en la más absoluta incertidumbre, dado que la falta de contabilización en las hojas Excel relativas a los ingresos en efectivo de fecha coincidente con los recibos no acredita por sí misma la apropiación indebida.

Podría incluso existir una irregularidad en la contabilidad, para el caso de que efectivamente tuvieran que haberse contabilizado en la clínica de Soria, aspecto que no podemos afirmar ni descartar, pero incluso ese hipotético error por falta de inclusión en las hojas Excel no demuestra necesariamente una apropiación, esto es, que dichos ingresos no hayan llegado finalmente a las arcas de Dentix, ya que ninguna prueba se ha practicado en este sentido.



No se han aportado los extractos de las cuentas bancarias en las que se efectuaban los ingresos en efectivo ni tampoco los resultados de las auditorías que se afirma que se realizaron, ni ninguna otra prueba pericial que demuestre la falta de ingreso. El binomio recepción de las cantidades en efectivo/falta de constancia contable, no implica necesariamente apropiación de dichas cantidades por parte del director de la oficina, pues dichas cantidades han podido llegar perfectamente a las cuentas bancarias de Dentix, o incluso aparecer contabilizadas en la clínica de Mostoles, como parece ser que era la operativa que se llevaba a cabo en caso de traslado, lo que constituyen hipótesis alternativas, plenamente plausibles, que no han quedado desacreditadas.

En relación con el paciente Felix , queda acreditado que en fecha 27/01/2015 efectuó un abono en efectivo, conforme al presupuesto que se elaboró el día 24/01/2015 (folios 317 y 333), quedando constancia de tal pago mediante la factura nº 157 que obra en folios 316 y 332 de fecha 27/01/2015, debidamente sellada, coincidente en la fecha con el pago, por lo que ni siquiera queda acreditado que dicho abono no haya quedado debidamente contabilizado, es decir, que dicha factura debidamente numerada no figure en la contabilidad de la empresa, de lo que no hay constancia alguna.

Junto a ello no se ha explicado el motivo por el que Dentix emite nueva factura nº 364 (folio 24) de fecha 2/03/2015 por idénticos conceptos.

No se acreditado, por tanto, que dicha factura no tenga reflejo en la contabilidad de la empresa.

En cualquier caso, aunque no estuviera debidamente contabilizado, no se acredita que dicho importe haya sido incorporado por el acusado a su patrimonio. Según la testifical, las cantidades que se abonaban en efectivo se ingresaban al día siguiente en la cuenta bancaria, en concreto, el exceso que existiera en la caja fuerte superior a 1000 €, y no se ha aportado ningún tipo de resguardo de los ingresos bancarios que se hubieran podido realizar al día siguiente. Se trata de un pago realizado sobre las 14 horas del día 27/01/2015, y ese día era el último que el acusado prestaba servicios en la clínica Dentix, por lo que bien pudo quedar el efectivo en la caja fuerte, sin que haya quedado acreditado en modo alguno que al día siguiente no estuviera dicho dinero en efectivo en la caja fuerte, dado que no se aportan resguardos de los ingresos bancarios posteriores en las cuentas de Dentix a consecuencia de tales pagos en efectivo.

Nuevamente se acredita la recepción del dinero, pero no se acredita que, por un lado, exista en defecto de contabilización, y por otro lado, tampoco se acredita el destino de dichas cantidades o que dicho dinero no fuera ingresado finalmente en la caja fuerte o en las cuentas bancarias de Dentix por el acusado o por cualquier otro empleado que le sustituyese al día siguiente, en el que se supone que deberían llevarse al banco los ingresos en efectivo existentes en la caja fuerte por encima de 1.000 euros.

Especial análisis corresponde realizar en relación con el paciente Alberto . Ha quedado acreditado que éste venía recibiendo tratamiento médico durante los meses previos y que en los últimos días de diciembre le llamó el director indicándole que debía realizar urgentemente un ingreso para regularizar su situación, indicándole la cuenta bancaria donde debía efectuar el ingreso, ocultándole que dicha cuenta era en realidad personal del acusado.

Tal y como expone el relato acusatorio, el señor Alberto efectuó de buena fe una transferencia por importe de 3.000 euros a la cuenta personal del acusado (folio 330), pensando que era la correspondiente a la clínica Dental, como así ha manifestado en el plenario, indicando como beneficiario, tal y como aparece en el resguardo bancario, "Dentix" y como concepto " Alberto tratamiento dental". El acusado le facilitó su número de cuenta personal, a sabiendas, dándose la casualidad que esos días el acusado se encontraba en un viaje de esquí en los Alpes, y que su cuenta bancaria se encontraba prácticamente en números rojos desde dos meses antes (según consta en el extracto bancario remitido por Bankia en fecha 4/07/2018, sin foliar, Tomo IV), obteniendo de esta forma, mediante engaño, la liquidez que de otra forma no hubiera tenido, con la que efectuó diversos reintegros y gastos personales que constan en el extracto. Con posterioridad, el día 13 de enero de 2015 el paciente Alberto efectuó un ingreso en efectivo en la misma cuenta por importe de 3000 € (folio 328), indicando en el concepto "tratamiento dental dentix". Finalmente ese mismo día o al día siguiente el acusado reintegró en la cuenta de Dentix, por requerimiento de la coordinadora, y siendo acompañado por la testigo Maribel , la cantidad de 6000 €, reponiendo de esta forma las cantidades indebidamente recibidas.

Queda acreditado de esta forma el engaño que el director urdió, mientras se encontraba de vacaciones en los Alpes, para que el paciente Alberto efectuara con urgencia un desplazamiento patrimonial en perjuicio de Dentix, la cual se vio privada desde el 29 de diciembre hasta el 13 de enero de la disponibilidad de dichas cantidades, obteniendo el acusado dicha disponibilidad con la que efectuó diversos gastos personales, con evidente ánimo de lucro, dado que su cuenta en dichas fechas arrastraba números rojos, quedando consumado el delito de estafa en el momento en que se produjo el desplazamiento patrimonial.



Acreditado el reintegro posterior de la cantidad ilícitamente obtenida, esto es, 6.000 euros, podrá apreciarse la atenuante de reparación del daño, como veremos, pero sin que dicha devolución afecte a la consumación del delito de estafa por el que la acusación particular formula calificación alternativa, sin quiebra del principio acusatorio, dado que estos hechos se encuentran perfectamente descritos en el relato acusatorio.

Aunque en el acto de juicio la testigo Candelaria, coordinadora de varias delegaciones de Dentix, indica que los 6.000 euros que fueron devueltos correspondían a otras irregularidades previas, debemos destacar que tales irregularidades previas por importe de 6000 €, ni siquiera se recogen en el relato acusatorio, de tal forma que no queda acreditado que esos 6000 € que el acusado devolvió respondan a conceptos diferentes de la devolución de los ingresos efectuados por el paciente Alberto.

También debemos indicar que aunque la referida testigo Candelaria afirma que se realizó una auditoría, primero por un auditor, y después cuatro más, en realidad dichas auditorías no se han aportado a la causa, siendo mera testigo de referencia respecto a las irregularidades previas que afirma. Ninguna prueba bancaria se ha aportado ni tampoco el resultado de las auditorías, sino informaciones referenciales inconcretas y vagas que se atribuyen a la "Central", reconociendo expresamente que no fue ella quien lo cotejó [minuto 29.35]. Por tanto, no podemos entender acreditada la comisión de otras posibles apropiaciones que plantean las acusaciones, por carecer de prueba alguna, salvo la manifestación de la coordinadora, quien no aporta conocimiento propio.

Por otro lado, la manifestación de la testigo Maribel de encontrar dentro de la caja fuerte sobres con restos de monedas no significa que las cantidades principales no hubieran sido efectivamente ingresadas. No se han aportado extractos de las cuentas bancarias en la que se efectuaban los ingresos en metálico para poder averiguar si existió irregularidad o distracción alguna. Tampoco ha sido llamado a la causa el subdirector de la oficina por aquel entonces.

En suma, no queda acreditada la existencia de otras irregularidades previas por el importe que se afirma de 6.000 euros, diferente de la que se recoge en el relato acusatorio respecto al señor Alberto.

Por último, debemos rechazar la versión exculpatoria del acusado, en la que afirma que adelantó de su propio bolsillo la cantidad de 3000 € a finales de diciembre, a favor del Señor Alberto, y que le indicó que le hiciera el ingreso para regularizar su ficha, motivo por el que le indicó su cuenta personal porque no sabía el número de cuenta Dentix. En realidad dicha hipótesis resulta ilógica, en la medida en la que ningún director de clínica, en su sano juicio, adelanta de su propio efectivo los pagos de un cliente. No había ninguna necesidad para así hacerlo, por más que hubiera cierta amistad con el cliente. Dicha versión es desmentida por el propio Alberto, quien manifiesta que realizó el ingreso pensando que era la cuenta de Dentix y para el abono de su tratamiento, como así indicó al ordenar la transferencia consignando el beneficiario y el concepto, lo que no deja lugar a dudas.

Resulta ilógica además dicha versión al observar los números rojos que arrastraba su cuenta. Su situación económica, dado que su cuenta se encontraba en negativo, no le permitía hacer favores no solicitados e innecesarios. Precisamente la conexión del saldo negativo de su cuenta y los gastos posteriores al ingreso permiten inferir el necesario ánimo de lucro y la motivación que en realidad guió al acusado.

En suma, a excepción de los hechos relativos al paciente don Alberto, constitutivos de un delito de estafa, como después analizaremos, en relación con los otros dos pacientes doña Celsa y don Felix, no queda acreditado que el acusado haya incorporado a su propio patrimonio los pagos que dichos pacientes realizaron en efectivo, y no pueden entenderse acreditados los hechos, como pretenden las partes acusadoras, aportando tres simples hojas excel de registro de pagos en efectivo. Por último, en relación con la esposa del acusado, a quien el relato acusatorio le atribuye una presunta participación en los hechos a título de autora, cooperadora necesaria o cómplice del delito de apropiación indebida o estafa, o en su caso, de un delito de receptación, o finalmente, como partícipe a título lucrativo, debemos indicar que su imputación se basa exclusivamente en el hecho de aparecer como titular bancaria de la cuenta en la que el acusado recibía su nómina, en la que el acusado recibió sendos ingresos de 3.000 euros que realizó D. Alberto. La mera titularidad bancaria, cuando además la acusada tenía su propia cuenta en la percibía su propia nómina, nada acredita en relación con algún hipotético acto de ejecución -que no se describe en el relato acusatorio- de los hechos presuntamente constitutivos de estafa, no acreditándose que llegase a tener conocimiento de dichos ingresos, quedando así también descartado un posible delito de receptación; y tampoco podemos considerarla partícipe a título lucrativo, dado que en ningún caso se ha llegado a lucrar con dichas cantidades, desde el momento en que el acusado devolvió íntegramente la cantidad de 6000 € el mismo día 13 de enero o al día siguiente.

No ha quedado acreditado, pues, que la acusada tuviera control alguno sobre dicha cuenta ni que tuviera conocimiento de que su marido había propuesto al señor Alberto realizar ingresos derivados de su tratamiento



dental en dicha cuenta que gestionaba el acusado, por lo que únicamente cabe dictar un pronunciamiento absolutorio respecto a ella.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos declarados probados.

Como ya hemos avanzado, en el delito de apropiación indebida el sujeto activo tiene a su disposición la cosa por un título legítimo que le faculta para poseer, sin necesidad del desplazamiento patrimonial que exige la estafa. De ahí una primera diferencia entre ambas figuras de apropiación indebida y estafa. En el delito de apropiación indebida existe un previo estado posesorio del que se aprovecha el poseedor de los bienes para hacerlos suyos, por lo que no se requiere el engaño como elemento determinante e impulsor de la conducta delictiva, sino que la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte.

Esto es, el propietario confía la posesión al apropiante por su libre voluntad y consentimiento no viciado, es decir, legítimamente, aunque después de recibirla éste quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales, convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado, en provecho propio o de otras personas. De ahí que el engaño no constituya un elemento de este delito.

A su vez cabe distinguir el delito de apropiación indebida y el de administración desleal. Se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

Por el contrario, en el delito de estafa, el engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal ya que es el motor del desplazamiento patrimonial, motivando, gracias al error provocado, la voluntad y actuación viciada de la víctima, que entrega voluntariamente un bien, fruto de dicho engaño, con el consiguiente enriquecimiento ilícito para el sujeto activo, a la vez que consiguiente perjuicio patrimonial, que puede recaer directamente en el engañado o en un tercero ("en perjuicio propio o ajeno"), esto es, aun cuando el engañado sea persona distinta del sujeto pasivo.

En concreto, como ha reiterado con frecuencia la jurisprudencia, son elementos configurativos del delito de estafa los siguientes:

- 1) Un engaño precedente o concurrente, que constituye el eje del ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales.
- 2) El engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial.
- 3) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente.
- 4) Un acto de disposición patrimonial.
- 5) El nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido.
- 6) El ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial.

En el presente supuesto concurren los elementos propios del delito de estafa, sin posibilidad de incardinar los hechos en un delito de apropiación indebida, al concurrir un acto de disposición viciado por el engaño precedente. El acusado, mientras se encontraba de vacaciones de esquí en los Alpes, llamó al señor Alberto, cliente de la clínica dental, indicándole que debía abonar con urgencia la cantidad de 3000 € para regularizar su cuenta, proporcionándole el acusado un número de cuenta bancaria que no correspondía a la empresa Dentix, sino que era la suya propia y personal, que gestionaba el propio acusado aunque aparecía aperturada a nombre de su esposa, en la que el acusado percibía su nómina y gestionaba sus fondos. En ese preciso momento dicha cuenta personal del acusado se encontraba en números rojos.

Se deduce con claridad la existencia de un engaño precedente, al indicarle el acusado que debía realizar urgentemente dicho ingreso en una cuenta que en realidad no era de la empresa, y que el cliente efectuó siguiendo sus instrucciones confiando en que dicha cuenta bancaria de destino era de la empresa, al designar en la propia orden de transferencia a la empresa Dentix como beneficiaria, y recogiendo como concepto de dicha orden de pago " *Alberto tratamiento dental*". El mismo error perduraba en el cliente Alberto cuando efectuó otro ingreso por importe de 3.000 euros el día 13 de enero de 2015 en el que consignó como concepto



de la operación "tratamiento dental Dentix", y que realizó en la misma cuenta bancaria personal del acusado, que no correspondía con la empresa Dentix.

Queda acreditado, por tanto, no una previa posesión legítimamente obtenida, sino un desplazamiento patrimonial viciado, a causa del error que sufrió el paciente, provocado directamente por el acusado, apreciando adecuado nexo de causalidad, y asimismo ánimo de lucro, dado que en ese momento la cuenta del acusado se encontraba en números rojos, mientras él se encontraba de vacaciones en los Alpes, disponiendo de dicha cantidad durante los días sucesivos para gastos personales, obteniendo de esta forma liquidez, lo que integra el ánimo de lucro exigido en este delito, resultando perjudicada la empresa Dentix que durante esos días, y hasta que finalmente el acusado repuso las cantidades ilícitamente obtenidas, no pudo disfrutar de las cantidades ya abonadas por el cliente en pago de su tratamiento dental.

El delito quedó consumado desde el momento en el que dicha cantidad se ingresó en la cuenta del acusado, disponiendo a continuación de dicha cantidad, y ello con independencia de que con posterioridad devolviese dichas cantidades, lo que en su caso podrá integrar la circunstancia atenuante de reparación del daño, pero no excluye la consumación del delito.

Queda así descartada la concurrencia de un delito de apropiación indebida, que hubiera requerido una previa posesión legítima de las cantidades, esto es, en el caso de que el cliente Alberto hubiese entregado dichas cantidades al acusado para que éste las ingresara a la empresa, pero no es esto lo que sucedió, pues el propio señor Alberto ha manifestado que siempre actuó en la creencia de que las cuentas de destino correspondían a la entidad Dentix por así habérselo indicado expresamente el acusado, a la vez que la urgencia en realizar dichos ingresos en dicha cuenta.

Subtipo agravado (art. 250.1.6ª CP). No concurre.

Respecto a la circunstancia 6ª (" Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional"), debemos indicar que la jurisprudencia reserva su aplicación a aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, se realiza la acción típica desde la situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva, un "plus" que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza en estos delitos (STS 1169/2006, 30 de noviembre), pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre); o cuando esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse (STS 979/2011, 29 de septiembre). Y se ha dicho que la circunstancia debe ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, 19 de junio).

Por tanto, es preciso especial cuidado en la aplicación restrictiva del art. 250.1.6º CP en los delitos de estafa para exigir "algo más" y soslayar el grave riesgo de incurrir en *bis in idem*. No faltan posiciones dogmáticas que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir "dos" confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comisiva y que representen un mayor desvalor.

En el presente supuesto nos inclinamos por descartar la concurrencia del subtipo agravado, dado que la relación director/cliente, en realidad, es inherente a la dinámica engañosa, sin apreciar un plus de antijuricidad que revele un mayor reproche, incluso aunque hubieran ido a tomar en alguna ocasión alguna cerveza juntos y le hubiera presentado a miembros de la familia, como así afirma el testigo Alberto . No se utilizan artificios para engañar al cliente respecto a las tarifas o a la cantidad realmente adeudada, o cualquier otro ámbito específico de dirección de la empresa, que supere la comisión de una estafa básica.

El engaño fue el mínimo indispensable para lograr el desplazamiento patrimonial, por lo que las cualidades personales del acusado y el cliente resultan en el presente caso inherentes al tipo penal básico.

Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11 ; 785/2005, de 14-6 ; y 9/2008, de 18-1)", lo que no sucede en el presente caso.

TERCERO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.



Aunque ni las partes acusadoras ni tampoco las defensas alegan la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no obstante, procede estimar de oficio la concurrencia de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) dado que el dato del reintegro de la cantidad de 6000 € en el que se basa la estimación de dicha atenuante, ha sido admitido por todas las partes, sin que, por tanto, se ocasione indefensión alguna a las partes acusadoras por el simple hecho de que no haya sido incluida formalmente en la calificación de la defensa elevada a definitiva.

Tal y como apunta la STS nº 575/2008 (ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre) *"no existe, por tanto, la pretendida vulneración del principio de contradicción. Se faltaría precisamente a la lealtad y la buena fe procesales, si se condenara a un inocente como culpable, no siéndolo tan solo porque no lo alegó, y en el mismo sentido, al que la prueba patentiza su ausencia o disminución de responsabilidad por concurrencia de eximentes o circunstancias atenuantes hayan sido o no alegadas por su defensa"*.

En el mismo sentido, la STS nº 1001/2016 establece *"la jurisprudencia de esta Sala ha admitido el examen de oficio de aquellas circunstancias favorables al acusado fruto del resultado de la prueba practicada en el Plenario con independencia de que aquéllas formalmente hayan sido reconducidas por la defensa por medio de una verdadera pretensión"*.

Dicha circunstancia fáctica permitiría ser tomada en cuenta, en cualquier caso, como factor individualizador de la pena, y con los mismos efectos penológicos, rebajando la pena a imponer hasta el límite mínimo, atendiendo a dicha pronta e íntegra restitución de lo ilícitamente obtenido.

CUARTO.- Responsabilidad civil.

En materia de responsabilidad civil no procede realizar pronunciamiento indemnizatorio alguno, dado que en relación con la única infracción que se ha estimado acreditada, el condenado reintegró a la empresa para la que trabajaba las cantidades que había hecho suyas. No habiendo quedado acreditados el resto de hechos por los que se ha formulado acusación en grado de continuidad delictiva, procede reservar, en relación a los mismos, las acciones que, en su caso, correspondan a los perjudicados por dichos hechos.

QUINTO.- Costas. Según establece en el artículo 239 LECr y 123 CP, procede imponer al condenado una tercera parte de las costas causadas incluyendo en el cómputo las causadas a la acusación particular, declarando de oficio las restantes.

VISTOS, los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

SALA ACUERDA:

FALLO LA

- Debemos condenar y condenamos a D. Rosendo como autor de un delito de estafa (artículo 248.1 y 249 CP), con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 CP), a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, absolviéndole del resto de hechos en grado de continuidad delictiva por los que se ha formulado acusación, con reserva de las acciones civiles que correspondan a los perjudicados, imponiéndole la tercera parte de las costas procesales causadas en esta instancia incluyendo en el cómputo las causadas a la acusación particular.

- Debemos absolver y absolvemos a D^a. Yolanda de los delitos de apropiación indebida, o estafa, o receptación de los que venía siendo acusada, así como a D. Santos , en este caso en virtud del principio acusatorio al haberse retirado la acusación frente a él, declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

Notifíquese a las partes la presente resolución, así como a D. Alberto , indicándoles que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

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