



Roj: **SAP M 3608/2018 - ECLI: ES:APM:2018:3608**

Id Cendoj: **28079370302018100145**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **1426/2016**

Nº de Resolución: **104/2018**

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

Ponente: **MARIA PILAR OLIVAN LACASTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION TREINTA

MADRID

PAB 1426/2016

PAB 1938/2012

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE COSLADA

SENTENCIA Nº 104/2018

MAGISTRADOS:

MARIA DEL PILAR OLIVAN LACASTA (PONENTE)

CARLOS MARTÍN MEIZOSO

IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO

En Madrid, a 20 de Febrero de 2018.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Treinta de esta Audiencia Provincial la causa nº 1938/2012, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Coslada, Rollo de Sala nº 1426/2016, seguida de oficio por delito de apropiación indebida contra Simón con DNI NUM000 , nacido el NUM001 -1953 en Santurce, hijo de Juan María y de Fátima , y en libertad por esta causa; y contra la entidad mercantil IDAPI S.A. Han sido partes el Ministerio Fiscal representado por D^a Carmen Luciañez Sánchez; la acusación particular de Santander Consumer Renting S.L. representado por el procurador D. Jacobo García García y defendida por el letrado D. Rafael Hoces de la Guardia Bermejo, y el acusado y la entidad mercantil mencionada, representados por la procuradora D^a Alicia Grueso Robledano y defendidos por el letrado D. Xabier Aguirre Etxarri.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La acusación particular en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como un delito continuado de apropiación indebida, comprendido en los arts. 252 en relación con los arts. 250.5º y 74 del CP ., y reputando responsable criminalmente del mismo a la entidad IDAPI S.A. en la persona de su administrador único, Simón , solicitó la imposición de una pena de 6 años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses con una cuota diaria de 2000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa, pago de costas, incluidas las de la acusación particular y abono en concepto de indemnización de 20.733.445,91 €, más los gastos de guarda, custodia, almacenamiento y transporte de los vehículos.

2.- El Ministerio Fiscal y la defensa de los acusados, interesaron su libre absolución.



HECHOS PROBADOS

1) El 24-2-2011, la entidad Santander Consumer Renting S.L. como arrendadora suscribió un contrato con la mercantil IDAPI S.A., en calidad de arrendataria "Contrato Marco de Arrendamiento nº CEMAPR 2011-0001", que tenía por objeto el arrendamiento de vehículos con un límite máximo de 395. De acuerdo con tal regulación se formalizan individualmente **351** contratos específicos de arrendamiento a largo plazo y su correspondiente solicitud de Renting. A través de los referidos contratos se cedía el uso en arrendamiento de los vehículos por un periodo de 12 meses, y en ellos se especificaba la marca, modelo, número de chasis, vencimiento y su importe.

A la vez, se suscribió entre las partes un convenio de compra, en virtud del cual, al finalizar el plazo de duración del contrato, la arrendadora podía requerir la compra de todos o de algunos de los indicados vehículos a la arrendataria, obligándose IDAPI a la compra del vehículo o vehículos respecto a los cuales se había efectuado el requerimiento.

Transcurrido el periodo de vigencia del contrato, las partes realizaron gestiones amistosas para negociar la posible compra de los vehículos, lo que no dio resultado positivo al presentar el arrendatario una oferta a la baja, que fue rechazada.

Con fecha 11-6-2012, la entidad Santander Consumer Renting requirió a IDAPI para que devolviera los vehículos. Con fecha 12-6-2012 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Coslada la denuncia que ha dado lugar al presente procedimiento, y por la que se reclama la devolución de **340** vehículos .

2) Por la acusación particular, mediante escrito presentado en el Juzgado el 4 de Julio de 2014, comunicó que en el mes de Junio de 2013 fueron entregados y puestos a disposición de la arrendadora 53 vehículos, y que figuraban como retenidos otros 20 más, por lo que los vehículos pendientes de restitución quedaban reducidos a 268.

Los días 12 y 13 de Enero de 2015, se pusieron a disposición de la arrendadora, otros 204 automóviles.

Por último, los días 29 y 30 de Mayo de 2017, se retiraron de un Depósito Municipal de la Línea de la Concepción otros 25 vehículos.

3) La mercantil IDAPI S.A. se constituyó el 4 de Mayo de 1990. Con fecha 3-5-2006, se nombró administrador general único, por un plazo de cinco años, a Eulalio , aunque en esa misma fecha otorgó poderes de la mercantil a favor de Simón . Dicho administrador único, el 14 de Julio de 2011, fue reelegido por un nuevo periodo de cinco años. Eulalio fue cesado en dicho cargo en Junta celebrada el 27-6-2013, en la que se volvió a nombrar como administrador único al acusado, Simón .

La persona que intervino en nombre de la mercantil IDAPI S.A. en el contrato marco de 24-2-2011, nº CMAPR 2011-0001, y los contratos específicos en desarrollo del mismo, fue el entonces administrador único Eulalio .

4) La evolución de las principales magnitudes financieras a lo largo de los ejercicios 2009 y 2013 de la mercantil IDAPI S.A., fueron:

Ventas

2009 34.181.642,53 €

2010 37.560.715,98 €

2011 32.079.845,96 €

2012 7.019.579,69 €

2013 535.828.05 €

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados no son legalmente constitutivos del delito continuado de apropiación indebida, comprendido en los arts. 252, en relación con el art. 250.5 º y art. 74 del CP . Delito, del que por cierto, nunca podría apreciarse la continuidad delictiva desde el momento en que no consta que alguno de los vehículos supuestamente apropiados superaran el límite de los 50.000 € que establece el art. 250.5º.

En cualquier caso, y por las razones que a continuación se expondrán, tampoco puede considerarse suficientemente acreditado la comisión de un delito del tipo básico de la apropiación indebida, previsto en el art. 252 del CP vigente en la fecha de comisión de los hechos.



Como se refleja en la STS de 1-7-2017 , FD 2 el delito de apropiación indebida *requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada. (STS 286/2014, de 8 de abril , entre otras muchas).*

Asimismo, hemos dicho que el artículo 252 vigente al tiempo de comisión de los hechos (es decir, en la redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre), comprende dos modalidades de apropiación indebida, de un lado la apropiación indebida propia mediante actos de apoderamiento; y, de otro lado, la denominada gestión desleal mediante distracción de dinero "que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, siendo esencial que el perjuicio patrimonial del administrado se produzca como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, esto es, como consecuencia de una gestión en la que aquél ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status" (STS 448/2012, de 30 de mayo , entre otras y con mención de otras) y, asimismo, hemos dicho que "el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero", a cuando éste sea el objeto del delito" (STS 1 65/2016, de 2 de marzo , entre otras y con mención de otras)>>.

Los contratos, cuyo incumplimiento pretenden dar lugar al mencionado ilícito, son lo suficientemente complejos como para rechazar la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, el dolo de querer incorporar los bienes al patrimonio de la mercantil denunciada de forma ilegítima, concurriendo cuando menos el principio in dubio pro reo.

Es verdad que todo contrato de arrendamiento, por esencia, puede dar lugar a un delito de apropiación, pues al arrendatario se le transmite el uso de un bien, que no la propiedad, de manera que cuando se extingue el contrato debe ser restituido.

En el presente caso, la propia arrendadora en el escrito de denuncia reconoce que, finalizado el periodo de disfrute de los contratos específicos de Renting, las partes entraron en conversaciones, "y realizado gestiones amistosas para negociar la posible compra-venta de los vehículos anteriormente reseñados en lote conjunto, o que bien se procediera a restituir voluntariamente los mismos de forma inmediata, sin que hayan dado resultado ni pudieran fructificar al presentar los interesados una contraoferta a la baja rechazada de plano por mi representada por no reunir las condiciones perfiladas en la propuesta previamente ofrecida" (F.5 párrafo último).

Con ello surge la duda de si la denunciante entró en conversaciones o negociaciones con la mercantil cuando ésta ya se había apoderado de los vehículos, entendiéndose que la apropiación indebida se produjo automáticamente al final del plazo del arrendamiento, o por el contrario siguió reconociéndole una posesión legítima nacida de esas negociaciones o de la tácita reconducción.

Se insiste en el escrito de acusación, en que según el convenio compra, que identifica como Anexo, y que se suscribió entre las mismas partes, era potestativo para la entidad Santander Consumer Renting la venta de los vehículos, es decir, que la arrendadora podía exigir (a su libre elección y previo requerimiento) de IDAPI, la compra de todos o algunos de los vehículos, por lo que transcurrido el periodo de un año sin que se hubiera recibido ningún requerimiento a efectos de obtener la propiedad de alguno o algunos de los vehículos, IDAPI debería haberlos restituido.

Sin embargo, y aunque en la exposición III del Anexo, que regula la posible compra de los vehículos, se describe una opción de venta para el arrendador, que no de compra para el arrendatario: "IDAPI se obliga a comprar los vehículos referidos en Expositivo I y Anexo anterior al finalizar el plazo de duración de los contratos nº1 al finalizar el plazo de duración de contrato de arrendamiento, si así le fuese requerido por SC IBER RENT. SC IBER RENT. podrá requerir la compra de todos o alguno de los indicados vehículos, obligándose IDAPI a la compra del vehículo o vehículos respecto de el/los cual/es se hubiera efectuado el indicado requerimiento" (sic). Examinados en su conjunto las cláusulas de ese contrato, lo que subyace es una clara voluntad de ejercitar esa acción de venta. Entre otras razones:

a) porque si no se tuviera esa voluntad carece de sentido obligar expresamente a la compra.



b) por la exhaustiva regulación del proceso, la forma de entrega, consecuencias de la pérdida de la cosa, intereses de demora, etc.

Si esa opción de venta fuera una *excepción*, no se regularía en tales términos la consecución de la misma, transporte, daños del vehículo, pérdida del mismo, plazos de pago, etc.

Llama especial atención la cláusula quinta (f.23 vto.) que regula el precio, y que obliga a IDAPI a abonarlo, incluso en caso de extravío, sustracción o destrucción de los vehículos, con lo que viene a reconocer a la otra parte unas cualidades que exceden de las del simple arrendatario, al atribuirle responsabilidades propias del dueño, que es quien, en definitiva sufre la pérdida de la cosa, (*res perit domino*).

Por otra parte, la cláusula segunda ha de calificarse de, cuando menos incompleta, "una vez finalizado el plazo de duración del arrendamiento de que se trata SC.IBER RENT, a su libre opción, podrá exigir a IDAPI la compra de todos o de alguno de los vehículos arrendados, mediante notificación/es dirigida/s a IDAPI en el domicilio fijado a efectos de correspondencia y notificaciones" (sic).

Habla expresamente de una opción, pero solo concreta una de las variantes, es decir, no especifica qué es lo que ocurre si no se propone la compra.

Todo lo cual nos conduce a rechazar que el fracaso de las negociaciones por falta de acuerdo en el precio, que se reconoce en la denuncia, sea suficiente para que el incumplimiento contractual se convierta en una acción típica.

Por otra parte, la tesis que ha venido sosteniendo la defensa, consistente en que la operación de compra debería haberse materializado en todo caso, ha venido implícitamente a reconocerlo el propio representante legal de la entidad arrendadora en el acto del juicio oral, Ignacio Juan María Alguacil Prieto, pues al relatar los hechos, hizo mención a que cuando llegó el momento en que la arrendadora tenía que pagar el valor residual, ésta dijo que no podía, que necesitaba más plazos, luego se barajaba claramente la compra de los vehículos, lo que se contradice con el escrito de acusación, que sostiene que no se propuso esa opción por parte de la propiedad.

Esa tesis defensiva, viene corroborada por el hecho de que todo apunta a que la acusación particular autorizó la venta de algunos vehículos, al margen de los que reseñan como vendidos por IDAPI en su escrito de acusación (f.1405 vto.).

En efecto, en el escrito de defensa y, con anterioridad, en el de interposición del recurso de apelación contra el auto de Transformación a Procedimiento Abreviado (f.833 y sgs, y f.1464 y sgs.) se reseñan una serie de vehículos, 11 en total, que no se incluyen entre los que son objeto de denuncia. En ésta se remite al acuerdo Marco nº CEMAPR 2011- 0001, a los contratos específicos de arrendamiento a largo plazo de vehículos y la correspondiente solicitud de Renting, cuando resulta que en este último documento se refiere a **351** vehículos (f.26 vto.) frente a los **340** a que se contrae la denuncia.

Por otra parte, también los contratos específicos suscritos en desarrollo de ese contrato, incorporados a los folios 40 y sgs., coinciden con la lista de solicitud de Renting mencionada, (a excepción del 57 vto. en el que el importe de la cuota no se corresponde con la partida de 398,02 del f. 26 vto.) al igual que las matrículas 5520 HBN, 5524HBN, 5525 HBN, 5528 HBN, 5530 HBN, 5539 HBN, 5550 HBN, 5551 HBN, 5553 HBN, 5555 HBN, 5556 HBN, figuran inscritas en el Registro Mercantil de Bienes Muebles de Bizkaia (f. 91 y 91 vto.).

Además, respecto a esas ventas, se han aportado unos justificantes por fotocopia, en los que figura como beneficiaria la entidad denunciante, y en los que en la partida de observaciones se hace constar la matrícula de alguno de ellos, en concreto: vehículo 5539 HBN (f.1483); vehículo 5530 HBN de fecha 11-4-2012 (f.1484); vehículo 5528 HBN de fecha 18-5-2012 (f. 1485). Se aportan otras dos fotocopias de transferencias, en las que no son legibles las matrículas de los vehículos, aunque de forma manuscrita si se refleja el pago de los siguientes: 5525 HBN, 5550 HBN, 5551 HBN y 5555 HBN. Asimismo, se aportan rescisiones de contratos referidos a alguno de esos 11 vehículos 5520 HBN, 5524 HBN, 5553 HBN y 5556 HBN, todos ellos fechados el 20-12-2012.

En otro orden de cosas, no puede dejar de ponerse de relieve que la acusación particular (única parte acusadora) no menciona en el relato de hechos, que denomina "Determinación de los Hechos Punibles" (f.1403 vto. y 1404) ni una sola vez de forma directa al acusado Simón, y de modo indirecto se limita a decir que el representante legal de IDAPI, en el momento de la declaración reconoce no haber devuelto los vehículos y haber vendido parte de los mismos.

Pues bien, a partir de esa mera referencia, sorprendentemente, afirma que de los hechos calificados de apropiación indebida resulta ser "criminalmente responsable" la sociedad mercantil IDAPI S.A para a continuación solicitar: "procede imponer a IDAPI, S.A. en la persona de su administrador único Simón, la pena



de seis (6) años de prisión y multa de.....) es decir, identifica como criminalmente responsable a una persona jurídica, pero pide la condena de una persona física, su representante legal(a quien no atribuye ninguno de los hechos) por una suerte de subrogación en la responsabilidad criminal, lo cual es inadmisibile en derecho penal.

Asimismo, debe ponerse de manifiesto que como se desprende de la certificación del Registro Mercantil sobre la entidad IDAPI, obrante a los folios 1124 y sgs, si bien el acusado Simón fue nombrado administrador único el 22-12-2004 (inscripción 4ª), fue cesado en dicho cargo el 3 de Mayo de 2006, siendo sustituido por Eulalio (f.1141), aunque en esa misma junta se confirieron poderes a favor del cesado, Simón . Pues bien, sr. Eulalio se mantuvo en el cargo de administrador único hasta el 27-6-2013, fecha en que de nuevo fue nombrado para tal cometido el acusado Simón (f.426 y 427, y 1473 y sgs.).

Si a ello se añade que los contratos cuestionados fueron todos suscritos por Eulalio fluye con evidencia la escasísima consistencia de la acusación dirigida contra Simón .

Por las razones expuestas, solo cabe acordar la libre absolució, sin que a ello puedan oponerse las resoluciones dictadas en otros órdenes jurisdiccionales, entre otras en concurso voluntario de IDAPI 3/2014 seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, y en especial la sentencia de fecha 29-10-2014 que resuelve el incidente promovido por la denunciante haciendo valer el Derecho de Separación respecto a 269 vehículos, que entonces estaban pendientes de devolución (f.354 y sgs. del Rollo de Sala), a la que se allanaron los demandados IDAPI S.A. y la Administración Concursal según la sentencia obrante a los folios 365 y 366 del mismo Rollo de Sala, aunque en el trámite de contestación a la demanda, IDAPI S.A. (f.788 y ss.), si bien no se opuso a la pretensión de fondo, aclaró que los contratos, pese a su denominación, no contemplaban una operación de Renting, sino un contrato de compraventa aplazada, y que el grueso de la flota quedó paralizado en sus instalaciones de Málaga, hasta tanto se pudiera alcanzar una solución del problema, lo que no se consiguió ante el sobreseimiento general de los pagos y posterior declaración concursal. Situación, además, que no puede negarse que coincide con la época de mayor incidencia de la crisis en el sector del automóvil, lo que se evidencia también de las claras diferencias de ventas entre los años 2009 a 2013.

SEGUNDO.- Al acordarse la libre absolució procede declarar de oficio las costas de este procedimiento, por no poder imponerse a los acusados absueltos.

FALLO

ABSOLVEMOS al acusado Simón y a la entidad **IDAPI S.A.** , del delito de apropiación indebida del que vienen acusados por la acusación particular.

Se declaran de oficio las costas del procedimiento.

Déjense sin efecto las medidas cautelares adoptadas contra las personas y bienes de los acusados, por razón de esta causa.

Conclúyase la pieza de responsabilidad civil.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la sala segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Sra. Dª MARIA DEL PILAR OLIVAN LACASTA, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.