



Roj: **SAP CR 790/2018 - ECLI: ES:APCR:2018:790**

Id Cendoj: **13034370022018100397**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **2**

Fecha: **10/09/2018**

Nº de Recurso: **25/2017**

Nº de Resolución: **20/2018**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA ALMUDENA BUZON CERVANTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

### **CIUDAD REAL**

SENTENCIA: 00020/2018

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº2

TOMELLOSO

ROLLO DE SALA Nº25/17

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº74/15

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTE**

**D. FULGENCIO V. VELÁZQUEZ DE CASTRO PUERTA.**

**MAGISTRADOS**

**D. JOSÉ Mª TAPIA CHINCHÓN.**

**Dª ALMUDENA BUZÓN CERVANTES**

**SENTENCIA Nº 20.**

En Ciudad Real a diez de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos en juicio oral y público por la Sección Segunda de esta Audiencia, la causa seguida por el Juzgado de Instrucción de anterior referencia, por un posible delito continuado de apropiación indebida contra Carlos Antonio mayor de edad y cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones representado por la procuradora Dª Ana Josefa Jiménez López y en su defensa el letrado D. Víctor M. Carrazoni Masipica; y contra "Banco de Santander SA" representado por el procurador D. Luis Ginés Sainz Pardo Ballesta y defendido por el letrado D. Manuel Fermín Agudo Serrano.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la acción pública y "Ramarsan SL", Juan Antonio, Socorro y los herederos de Juan Enrique como acusación particular representados por el procurador D. Rafael Alba López y asistidos por el letrado D. Vicente J. Martínez Onsurbe; y ponente la Ilustrísima Sra. Dª ALMUDENA BUZÓN CERVANTES que expresa el parecer de los Ilustrísimos Sres. componentes de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, que al margen se relacionan, en los siguientes términos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El presente procedimiento se inició mediante querrela interpuesta por Juan Antonio, Socorro, Andrés y la mercantil "Ramarsan SL" que fue turnada al Juzgado de Instrucción Nº2 de Tomelloso donde se incoaron Diligencias previas Nº 1693/13 que dieron lugar al Procedimiento Abreviado Nº74/15 en el que



se confirió traslado a las partes, formulando el Ministerio Fiscal y la acusación particular sendos escritos de acusación; una vez cumplido este trámite decretó la apertura del juicio oral y se dio traslado a las defensas que también evacuaron el de calificación y seguidamente, el Juzgado ordenó la remisión de lo actuado a esta Audiencia por estimar que era de su competencia el enjuiciamiento del asunto.

**SEGUNDO:** Recibidas las actuaciones por este Tribunal, se resolvió sobre las pruebas propuestas por las partes y se señaló para la vista del juicio el día con asistencia del Ministerio Fiscal y demás partes.

**TERCERO:** El Ministerio Fiscal en el acto del juicio una vez practicadas las pruebas, modificó sus conclusiones provisionales solicitando la absolución del acusado Carlos Antonio por haber prescrito el delito de apropiación indebida por el que había sido acusado, retirando por ello la acusación respecto al mismo.

La acusación particular por su parte elevó a definitivas sus conclusiones provisionales solicitando la condena de los acusados como autores de un delito continuado de apropiación indebida de los Arts. 250.1.6º y 7º CP con perjuicio patrimonial de 46.044,72 euros y de 75.290,33 euros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, interesando la imposición a Carlos Antonio de una pena de tres años de prisión y multa de ocho meses a razón de diez euros diarios y a "Banco de Santander SA" de una multa equivalente a la cantidad defraudada, esto es, de 46.044,72 euros y de 75.290,33 dólares USA; costas para ambos acusados y a que como responsables civiles indemnicen, conjunta y solidariamente, a "Ramarsan SL" en la cantidad de 8.498,64 euros más los intereses procedentes desde el 26/12/2008 fecha en que se celebra el contrato de leasing, además de en la cantidad de 8141,65 euros por los intereses indebidamente generados en la cuenta NUM000, total 9313,29 euros. Igual y solidariamente, lo acusados indemnizarán a Juan Antonio y a Camila (herederos de Juan Enrique) en las siguientes cantidades: 75.290,33 dólares USA y en 29.404,43 euros.

**CUARTO:** Las defensas de los acusados solicitaron la libre absolución de sus defendidos con toda clase de pronunciamientos favorables, interesando la defensa de Carlos Antonio, con carácter subsidiario, la apreciación de la atenuante por dilaciones indebidas del Art. 21.6 CP como muy cualificada.

**QUINTO:** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Por la apreciación conjunta de las pruebas practicadas se declaran los siguientes

## HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que Juan Antonio, su esposa Socorro, la mercantil "Ramarsan SL" de la que el primero es administrador único y Juan Enrique ya fallecido, eran en los años 2008 y 2009 clientes de la entidad "Banesto", oficina de Tomelloso, en la que trabajaba el acusado Carlos Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, que se encargaba de gestionar dichas cuentas y demás productos bancarios que los mencionados tenían contratados en dicha entidad, habiéndose producido los siguientes hechos:

A) Interesados Juan Antonio y su esposa Socorro en la adquisición de una "soldadora monoblock", compra que efectivamente se efectuó a la mercantil "Raelma SL", el pago del precio, 8.017,92 euros, se abonó a la compradora mediante transferencia ordenada por "Banesto" a nombre de Juan Antonio con cargo a la cuenta NUM001 de la que los cónyuges citados eran titulares, con fecha 29/10/2008.

Posteriormente, en diciembre por tanto dos meses después, el acusado propuso a los compradores por entender más conveniente a sus intereses, que la soldadora la adquirieran mediante un leasing, con opción de compra, al banco y a nombre de la mercantil "Ramarsan SL", lo que pareciendo bien a Juan Antonio y a Socorro, dio lugar a que el 26/12/2008 se firmara el correspondiente contrato de leasing a veinticuatro cuotas que fueron oportunamente abonadas ejerciendo además "Ramarsan SL" al término del arrendamiento la opción de compra correspondiente. "Banesto" abonó el precio de la soldadora, 8.017,92 euros, a "Raelma SL" el 16/07/2010 y "Ramarsan SL" no ha sufrido perjuicio alguno por esta operación.

Juan Antonio e Socorro fueron conscientes de esta operativa pero no tuvieron inconveniente en concertar el leasing pues el acusado les aseguró que el banco les devolvería los 8.017,92 euros transferidos a "Raelma SL", devolución que ellos creían se había producido al figurar en la misma cuenta y con igual fecha que la de la transferencia, 29/10/2008, un ingreso de igual cantidad, 8.017,92 euros, por el concepto "Regularización adeudo-transferencia", comprobando poco después de concertar el leasing que dicho traspaso no era una devolución ordenada por el banco y con cargo al mismo sino que el dinero procedía de otra cuenta correspondiente a una imposición a plazo de su titularidad, la NUM002, en la que con la misma fecha 29/10/2008 se hizo una disposición anticipada de 8.017,92 euros que fueron los ingresados ese mismo día en la otra cuenta y por el concepto ya dicho de "Regularización adeudo-transferencia", sin que hasta la fecha hayan sido reintegrados de dicha cantidad.



B) El 3/11/2008 Juan Enrique, ya fallecido, realizó una imposición a plazo fijo (imposición IPF 0000001) de 37.643,11 dólares USA en la cuenta NUM001, constando en la misma una disposición con fecha 1/12/2009 de 37.646,59 dólares USA, precedida de una anotación contable consistente en una imposición IPF NUM003 de 37.646,59 euros (arrojando esta operación meramente contable un saldo total en el momento de practicarse de 75.290,33 dólares USA), obedeciendo la disposición mencionada a la renovación del plazo fijo contratado.

Juan Enrique era también titular de una libreta a plazo vinculada a la cuenta NUM002, en la que con fecha 20/10/2009 se hizo una disposición de 29.404,43 euros con los que se constituyó el mismo día 20/10/2009 un fondo de inversión "Banesto Renta Fija 75-25" a favor del Sr. Juan Enrique.

C) Finalmente, el 14/11/2008 "Ramarsan SL" abrió una cuenta corriente, la NUM000, en la que con fecha 24/12/2009 se ingresaron unos cheques por importe de 3.809,77 euros, ingreso que por causas que no han quedado determinadas, se retrocede el día 29/12/2009 presentando en dicha fecha la cuenta un saldo negativo de 3809,77 euros y, en esta situación, los titulares ordenaron al acusado verbalmente la cancelación de dicha cuenta lo que no se llevó a cabo realizándose en esta cuenta diferentes operaciones, debiendo abonar de los correspondientes intereses por descubierto y comisiones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Planteada por las defensas la prescripción del delito por el que se ha formulado acusación, petición a la que la postre se adhirió el Ministerio Fiscal, se hace preciso en primer lugar entrar a valorar el fondo de la cuestión puesto que resulta imprescindible, por ser diferente el plazo de prescripción a tomar en consideración (tres, cinco ó diez años como sostiene la acusación particular), determinar si nos encontramos, en su caso, ante un único delito de apropiación indebida, ó ante un delito continuado ó si la apropiación indebida está cualificada de conformidad con lo prevenido en el Art. 250.1. 6º y 7º CP como pretende la acusación particular en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas, en lo que entendemos es un error por referirse el ordinal 6º al abuso de confianza y el 7º a la estafa procesal (de la que no hay rastro en nuestro caso) tanto en su actual redacción como en la inmediatamente anterior en vigor desde el 23/12/2010. Solo en la redacción del texto original el ordinal 6º se refería a la especial gravedad de los hechos atendido el valor de la defraudación y el 7º al abuso de confianza, pero poco sentido tiene que la acusación particular que entiende que los hechos no han prescrito porque se han venido produciendo hasta el año 2011 y que interesa la condena del "Banco de Santander SA" a pesar de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se introduce en el Código Penal hasta la reforma publicada el 23/06/2010, en vigor como hemos dicho desde el 23/12, califique los hechos de conformidad con el Art. 250 en su redacción original y por tanto anterior a la reforma del año 2010. En todo caso, se trata de una cuestión a la que no se refirió la acusación particular y que por tanto no ha quedado suficientemente aclarada.

Pues bien, a los efectos que nos interesan no podemos perder de vista que la acusación particular, y el Ministerio Fiscal así lo entendió también en su escrito de conclusiones provisionales, ha venido considerando que los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito de apropiación indebida del Art. 252 CP que según redacción publicada el 26/11/03 (en vigor a partir del 1/10/2004), sancionaba "...con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros", no siendo posible aplicar a nuestros hechos el vigente Art. 252 CP, referido a la administración desleal como parece pretender la acusación particular, entre otras, porque su actual redacción tiene origen en la LO 1/2015 y los hechos por los que se acusa son anteriores a dicha fecha.

**SEGUNDO:** El TS, Sala Segunda, en su sentencia de 06/04/2017 establece: "Con carácter previo es necesario recordar la doctrina de esta Sala (por todas SSTS 737/2016 de 5 octubre y 86/2017 de 16 febrero) que para solventar el problema de la inclusión del dinero o cosas fungibles, la jurisprudencia de esta Sala vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTS. 9.5.2014 y 2.3.2016, recordamos que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19 de junio, 218/2012 de 28 de marzo ó 664/2012 de 12 de julio, entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencial de este delito proclamando que el art. 252 de 1995,



sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y la distracción de dinero o cosas fungibles cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de esta Sala (entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre) que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, 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, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida ( STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del Art. 253 CP, y por mucho que el Preámbulo de la LO 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015 sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el Art. 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015 de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015 de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015 de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015 de 16 de julio, (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015 de 5 de octubre, (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015 de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015 de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015 de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016 de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016 de 10 de febrero (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016 de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015 de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015 el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera



que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253".

**TERCERO:** Descartada por tanto la consideración de los hechos enjuiciados desde la perspectiva de la administración desleal del vigente Art. 252 CP, la cuestión es determinar si los mismos merecen ser considerados como constitutivos de un delito de apropiación indebida, en la modalidad de distracción de dinero del anterior artículo 252, actual 253, CP, y siendo ello así, si es posible apreciar la continuidad delictiva a la que se refiere la acusación particular y (ó) alguna de las circunstancias que justificarían la apreciación del subtipo agravado del Art. 250 CP, y a tal efecto y para mayor claridad expositiva examinaremos, en primer lugar, los hechos que se describen en los apartados B) y C) del apartado correspondiente a los hechos probados.

Desde luego no se ha producido distracción alguna en relación a los dólares USA depositados en un plazo fijo vinculado a la cuenta NUM001 .

El querellante Juan Antonio declaró que su padre, Juan Enrique ya fallecido y titular de la cuenta, compró dólares porque le pareció una buena inversión, resultando que con esos dólares se constituyó un depósito a plazo fijo vinculado a la cuenta citada cuyo saldo inicial, el 03/11/2008, era de 37.643,11 dólares USA (IPF 0000001 según resulta al folio 7). Pues bien, consta por los movimientos reflejados en la libreta aportada con la misma querrela que, además de realizarse una disposición anticipada del plazo fijo el 6/11/09 por un importe de 309 dólares que dejó un saldo de 37.643,78 dólares USA, el día 01/12 se efectuó en la IPF NUM003 , una imposición de 37.646,59 dólares USA y ese mismo día, en la IPF 0000001, una disposición de 37.643,74 dólares USA quedando en la cuenta un saldo de 37.646,59 dólares USA, respondiendo tales operaciones, las realizadas el 1/12/2009, a la renovación tácita del plazo fijo y con efectos meramente contables tal y como explica "Banco de Santander", anteriormente "Banesto", al folio 356 de las actuaciones y se comprende por obedecer a la dinámica ordinaria y propia de la renovación de dicho tipo de productos bancarios. Por tanto nunca, más allá de la mera anotación contable, se ingresaron en el plazo fijo al que nos venimos refiriendo 37.546,59 dólares USA el 1/12/09, ni ese mismo día se hizo una disposición de 37.643,74 dólares USA en los términos pretendidos por los querellantes, siendo lo cierto que tras la renovación tácita del plazo fijo quedaron en la cuenta 37.646,59 dólares USA.

No hay distracción de dinero, no hay apropiación indebida en relación a estos hechos y no se comprende por qué los querellantes solicitan la condena de los querellados a que por el concepto de responsabilidad civil les entreguen no solo los 37.646,59 dólares USA que había en la cuenta el 1/12/09, sino también los 37.643,74 de los que se dispuso contablemente para la tan mencionada renovación del plazo fijo.

Tampoco hay apropiación indebida respecto de la disposición de 29.404,43 euros de la imposición a plazo fijo NUM002 , titularidad también de Juan Enrique , porque con dicho importe se constituyó a nombre del mismo titular un fondo de inversión "Banesto Renta Fija 75-25" (folio 262), actuando como entidad depositaria "Santander Investment SA" y como entidad gestora "Santander Asset Management SA" (folios 356 y 359).

En ninguna de estas dos operaciones examinadas (que se han declarado probadas en el apartado B) de los Hechos probados), ni en la imposición a plazo fijo de dólares USA ni en esta última, se ha producido distracción típica a los efectos de poder satisfacer las exigencias del Art. 252 CP, actual 253, por más que la acusación particular sostenga que el titular de los plazos fijos, Juan Enrique , no diera autorización para realizar los movimientos y disposiciones que reflejan las respectivas cuentas, pues ello excede del contenido propio del delito por el que se ha formulado acusación de conformidad con lo razonado en el anterior Fundamento.

Por las mismas razones tampoco tienen relevancia penal las actuaciones llevadas a cabo en relación a la cuenta corriente NUM000 de la que era titular "Ramarsan" a las que se refiere el apartado C) de los Hechos Probados. En este caso lo que viene sosteniendo la acusación particular es que dieron la orden verbalmente al acusado Carlos Antonio para que la cancelara pero que éste desatendió dicha orden por lo que la cuenta continuó funcionando, sin su conocimiento y siendo su convicción que estaba cancelada al punto que se refieren a ella como la "cuenta fantasma", refiriéndose en su querrela a una gestión desleal por parte de este acusado, gestión desleal que, insistimos, por lo ya razonado no tiene cabida en la apropiación indebida por la que se ha formulado acusación atendida la fecha de los hechos que nos ocupan. Téngase en cuenta que, además del hecho notorio de que en la práctica bancaria ordinaria la cancelación de cuentas corrientes no se realiza verbalmente; de que, y así lo reconoció Juan Antonio , desde los servicios del banco en Madrid se les avisó con reiteración de que la cuenta estaba operativa y de que debían regularizarla acudiendo a su oficina en Tomelloso; y de que a la fecha en que ellos pidieron la cancelación la cuenta ya tenía un descubierto, por causas que no han quedado suficientemente acreditadas y que por tanto no pueden atribuirse al acusado mencionado, de en torno a los 3.000 euros, según declaró el perito Sra. Sonia todos los pagos e ingresos que se fueron cargando en la cuenta que sus clientes consideraban cancelada tenían luego reflejo, si bien con cierto



retraso, en otras cuentas de "Ramarsan" operativas y con las que se contaba para operar, por lo que todos esos cargos, pagos e ingresos se fueron atendiendo no causándose por ello más perjuicio que el derivado de haberse generado una serie de intereses consecuencia de la falta de ejecución de la orden meramente verbal de cancelación de la cuenta, lo que como venimos diciendo no supone distracción de dinero a los efectos de integrar la apropiación indebida por la que se ha formulado acusación y ello, dejando al margen la sugerida falsedad del documento obrante al folio 12 por el que el acusado Carlos Antonio comunica a sus clientes el 28/12/2010 que la cuenta está cancelada y que su saldo es 0 euros a pesar de no ser cierto, porque ni tal hecho es objeto de expresa acusación según se desprende del relato de hechos contenido en el escrito de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, de la acusación particular ni, en su consecuencia, se ha acusado por delito de falsedad, solo por apropiación indebida del Art. 252 CP.

**CUARTO:** En cuanto a los hechos relatados en el apartado A), la adquisición de la "soldadora monoblock", su realidad resulta incuestionable a la luz de la documental obrante en las actuaciones y lo manifestado por Juan Antonio e Socorro, pues ha quedado probado que interesados en su adquisición abonaron su importe mediante transferencia a la vendedora "Raelma" (folios 28 y 145), explicando los testigos que el acusado Carlos Antonio les propuso después hacer la compra para "Ramarsan", la mercantil de la que Juan Antonio es administrador y mediante un leasing pues podrían beneficiarse de ciertas ventajas, lo que a ellos les pareció bien pues les aseguró que el banco los devolvería el precio pagado ya mediante transferencia; y así mismo que, sobre la base de dicha promesa, se hizo el leasing y se pagó puntualmente, todo lo cual está documentado en las actuaciones, como lo está que "Banesto" pagó por este leasing a "Raelma" (folio 358) cuyo legal representante no ha sido sin embargo traído al Plenario para que explique por qué cobró dos veces por la venta de la misma soldadora; y, finalmente, que abonadas todas las cuotas del leasing "Ramarsan" ejerció su opción de compra, adquirió la soldadora definitivamente y no ha sufrido por esta operación perjuicio alguno, tal y como expresamente declaró su ya citado legal representante.

El problema sin embargo surge porque al final y no obstante las reiteradas promesas del acusado mencionado, no se devolvió a Juan Antonio ni a Sonia los 8.017,92 euros que transfirieron a "Raelma" para pagar la soldadora, particular del que fueron conscientes, según sus propias manifestaciones, al poco de hacer el leasing )que sin embargo decidieron seguir pagando por su deseo de que "Ramarsan" no figurara como morosa frente a "Banesto" y porque el acusado les aseguraba que se les iba a devolver ese dinero) una vez comprendieron que la operación anotada en la cuenta NUM004 como "regularización adeudo transferencia" el 29/10/08, por tanto el mismo día que se hace la transferencia a "Raelma" y por igual importe de 8.017,92 euros no obedecía a la anulación ó devolución de la transferencia, sino que dicha suma procedía de una disposición anticipada de igual cantidad realizada ese mismo día en la imposición a plazo fijo NUM002 (folios 4 y 5) sin su consentimiento ni conocimiento según manifiestan, en lo que podría ser y constituir el delito de apropiación indebida por el que se ha formulado acusación pues en este caso, y sólo en este caso, sí nos encontramos con un acto de distracción de una cantidad de dinero que sale de la cuenta de sus titulares sin que el responsable de su restitución, ó de dar razón de la misma, lo haya devuelto u ofrecido explicación alguna que esclarezca la razón y destino de la referida suma de dinero.

No podemos compartir la tesis de la acusación particular cuando pretende que tanto la compra de la soldadora inicialmente como el posterior leasing constituyen una única operación abarcada "ab initio" por el dolo del acusado, que la segunda no se comprende desligada de la primera y que por ello ha de estarse a la fecha del último pago del leasing para examinar la posible prescripción del delito.

Dejando al margen consideraciones que podrían situarnos ante otras modalidades típicas, de advertirse la realización por el acusado de ciertas maquinaciones ó el empleo de engaño por su parte, ya que, insistimos, solo se ha formulado acusación por un delito continuado de apropiación indebida, lo cierto es que la adquisición de la soldadora por "Ramarsan" mediante el leasing no puede acarrear consecuencias penales para el acusado una vez, no ya que el administrador de la mercantil y su esposa declararon que ellos ya sabían que se había pagado previamente su importe mediante transferencia pero que les pareció una buena operación tanto más cuanto que el acusado les aseguró que el banco les iba a devolver el dinero, sino que el banco pagó a "Raelma" la soldadora, "Ramarsan" pagó el leasing a "Banesto" y que por ello adquirió la soldadora sin sufrir por este negocio perjuicio alguno.

Cuestión distinta es el perjuicio que Juan Antonio e Socorro aseguran haber sufrido porque, según manifiestan, no obstante el tiempo transcurrido no se les ha devuelto los 8.017,92 euros que transfirieron a "Raelma" y porque el 29/10/2008 se hizo una disposición anticipada por igual cantidad en una imposición a plazo fijo que tenían contratada que sin embargo no se corresponde con el apunte "regularización adeudo transferencia" realizado en la misma fecha y por igual cantidad de euros en su cuenta NUM004 y que ellos pensaban, erróneamente, se refería a la devolución del dinero transferido.



Estos hechos se llevaron a cabo el 29/10/2008 y fueron descubiertos por los perjudicados poco tiempo después, sin mayores precisiones, de contratar el leasing el 26/12/2008, por lo que, descartada la continuidad delictiva como hemos dicho ó que nos encontremos en alguno de los supuestos agravados del Art. 250 CP pretendidos por la acusación particular pues descartado en este caso el abuso de las relaciones personales al no advertirse el plus de gravedad exigido por la jurisprudencia para agravar una conducta básica en la que ya subyace el referido abuso (por todas STS 3/02/2017) y dado que la cuantía supuestamente apropiada, 8.017,92 euros, no satisface las exigencias del precepto mencionado cuando se refiere al "valor de la defraudación" para cualificar y agravar la apropiación indebida, resulta que tal y como han venido sosteniendo las defensas y a la postre el Ministerio Fiscal que por este motivo retiró la acusación, la posible responsabilidad penal del acusado estaría prescrita por haber transcurrido a la interposición de la querrela, el 18/11/2013, más de tres años desde la perpetración del hecho siendo ese y no otro el plazo legalmente previsto para la prescripción del delito de apropiación indebida que nos ocupa castigado con las penas del Art. 249 CP según redacción del Art. 131 CP vigente en la fecha de los hechos y más favorable al reo, siendo por ello que no procede más que el dictado de un pronunciamiento absolutorio.

**QUINTO:** Dado el contenido absolutorio de esta sentencia, no procede hacer pronunciamiento sobre la autoría circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ó responsabilidades civiles, declarándose de oficio las costas procesales conforme el Art. 240.1 LECr.

Vistos, además de los citados, los artículos I, 10, 17, 56, 58, 61, I22 y I24 del Código Penal y 1412, 142, 203, 239, 240, 74 I y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Carlos Antonio y al "Banco Santander S.A." del delito continuado de apropiación indebida por el que habían sido acusados; costas de oficio.

Y así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con la advertencia de que contra la misma se podrá interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO DIAS.

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.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ALMUDENA BUZÓN CERVANTES, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.