



Roj: **SAP CA 1117/2018 - ECLI: ES:APCA:2018:1117**

Id Cendoj: **11012370042018100128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **4**

Fecha: **19/03/2018**

Nº de Recurso: **41/2016**

Nº de Resolución: **73/2018**

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

Ponente: **MARIA ISABEL DOMINGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº: 73/2018**

#### **Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz**

PRESIDENTE ILMO. SR.

MARIA ISABEL DOMINGUEZ ALVAREZ

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL

MIGUEL ANGEL FELIZ MARTINEZ

REFERENCIA:

P. ABREVIADO Nº 41/2016

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 885/2014

JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº4 DE CADIZ (ANTIGUO MIXTO Nº4)

En la ciudad de Cádiz a diecinueve de marzo de dos mil dieciocho.

Vista, en juicio oral y público, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, la presente causa procedente del Juzgado de Instrucción señalado; seguida por delito de APROPIACIÓN INDEBIDA contra el acusado Bernabe con D.N.I. Nº: NUM000 , natural de Cádiz y vecino de C/. DIRECCION000 Nº NUM001 - NUM002 NUM003 Cádiz ó C/. DIRECCION001 Nº: NUM004 Portal NUM005 Cádiz, nacido el día NUM006 /1969, hijo de Eleuterio y Bárbara y en libertad provisional por esta causa y **ADMINISTRACIONES ORTEGA S.L.**, representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. GEMA MARIA GARCIA FERNANDEZ y defendidos por la Letrada D<sup>a</sup>. ANA MARIA BRENES RUFIN.

Ha sido parte como acusación particular Herminio representados por la Procuradora MARIA ROSA JAEN SANCHEZ DE LA CAMPA y defendido por el Letrado JUAN JESUS APARICIO HORMIGO y el MINISTERIO FISCAL y Ponente la Ilma. Sra. Magistrado/a D/D<sup>a</sup>. MARIA ISABEL DOMINGUEZ ALVAREZ, que expresa el parecer del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La presente causa fue incoada en virtud de denuncia. Practicadas diligencias en averiguación de los hechos se acordó seguir el trámite establecido en el capítulo II, del Título III, del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción dada por la Ley Orgánica 7/1.988, de 28 de Diciembre, acordándose por el Juzgado Instructor dar traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, a tenor de lo prevenido en el artículo 790.1 de la Ley citada.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra el inculpado ya circunstanciado así como la Acusación Particular solicitando la apertura del juicio oral ante esta Audiencia, acordando entonces el



Juzgado Instructor la adopción de las medidas cautelares interesadas y la apertura del juicio oral y una vez presentado escrito de defensa por la representación del encartado, frente a la acusación formulada se remitió la causa a este Tribunal.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en este Órgano Jurisdiccional, se formó el correspondiente rollo, y examinados los escritos de acusación y defensa, se dictó resolución en orden a la práctica de la prueba que fue admitida, y señalamiento de las sesiones del juicio oral, cuya vista se celebró el día 12/3/18, con asistencia de todas las partes personadas.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales en el acto del Juicio Oral, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 en la fecha de los hechos hoy 253, y en relación al 249 y 74 solicitando la pena de 4 años y 6 meses de prisión inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y costa. Además de solicitar que el acusado indemnice a Herminio, Secundino, Pablo, Leovigildo y Ignacio en 22.952,14 euros más el interés legal con responsabilidad civil subsidiaria de Administraciones Ortega S.L.

La acusación particular calificó los hechos como un delito de apropiación indebida del artículo 252 del código Penal, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, en relación concordada con la modalidad agravada del artículo 250,3 del referido texto sustantivo; con la agravante de abuso de confianza solicitando la pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de administrador de fincas y/o comunidades de propietarios, por tiempo que dure la pena principal privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena multa de doce meses a razón de cuota diaria de seis euros y la condena en costas, incluyendo las de la acusación particular.

En concepto de Responsabilidad Civil, los acusados en la presente causa indemnizarán conjunta y solidariamente a Herminio, Secundino, Pablo, Leovigildo y Ignacio en la cantidad de 22.952,14 euros por el perjuicio sufrido en virtud de los hechos presentes. Esta cantidad deberá ser incrementada de acuerdo con lo establecido en el artículo 576 de la LEC.

La acusación particular formuló igualmente acusación contra la entidad "Administraciones Ortega S.L.", imputándole un delito de estafa solicitando pena de multa y la responsabilidad civil solidaria para con Bernabe.

**QUINTO.-** Por su parte, la Defensa, en el mismo trámite, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, manteniendo su postura de inexistencia de hecho punible e inocencia de sus patrocinados, para los que pidió la libre absolución.

**SEXTO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las formalidades legales.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Bernabe, mayor de edad y sin antecedentes penales computables en la causa, como Administrador de Fincas colegiado y como Administrador único de la entidad mercantil "Administraciones Ortega S.L." gestionaba y administraba el patrimonio inmobiliario de la localidad de Cadiz de Marí Jose quién falleció el 3/12/05 dejando como cónyuge viudo a Pablo con quién continuó tales funciones hasta que fue cesado en Diciembre de 2013.

Dentro de éstas funciones el acusado realizaba el cobro de las rentas concretamente las relativas a las fincas sitas en C/ DIRECCION002 nº: NUM007 de Cádiz, y DIRECCION003 nº: NUM007 de la misma localidad, detrayendo los gastos derivados de IVA e IBI y realizando el pago de dichos impuestos, de forma que se entregaba al titular el resultado obtenido de éstos descuentos a través de una liquidación trimestral.

Sin embargo, a pesar de que continuó realizando éstas liquidaciones en las que apuntaba aquellas cantidades que debía para el pago del IBI al Ayuntamiento y pago de I.V.A. a la Agencia Tributaria, no efectuó los pagos que reflejaba en tales liquidaciones del IBI Ejercicio 2012 y primer semestre de 2013 de dichas fincas ni el IVA del Ejercicio de 2012 y 2013 relativo a la finca sita en C/ DIRECCION003, traspasando el dinero así detrído a su cuenta.

Como consecuencia de ello, Pablo recibió del Ayuntamiento requerimiento y notificación de Apremio teniendo que abonar en concepto del IBI detrído por el acusado y sin embargo, no pagado, el importe de 7.269,35 Euros.

De la misma forma, Pablo recibió de la Agencia Tributaria en concepto de IVA del Ejercicio 2012 en relación con la finca sita en C/ DIRECCION003 la notificación de apremio, teniendo que abonar el importe de 4.507,3 Euros que aún cuando fueron detrídos por el acusado de las rentas no pagó el referido impuesto.



De la misma forma y por el IVA del ejercicio 2013 tuvo que abonar Pablo el importe de 2.329,95 Euros al no haber sido pagado por el acusado a pesar de haberlo descontado de las ganancias procedentes de las rentas cobradas.

Tomado conocimiento de ésta irregular actuación se cesa al acusado en sus funciones como Administrador en Diciembre de 2013.

A pesar de ello, los arrendatarios Cable Europa y Pedro Jesús llegaron a ingresar sus rentas, ascendentes a 5.183,85 Euros y 2.572 Euros respectivamente, en la cuenta de la entidad Administraciones Ortega S.L. y a pesar de que le fué reclamada al acusado éste no devolvió las rentas indebidamente ingresadas.

El acusado gozaba de la plena confianza de Marí Jose hasta el punto de que le nombró Albacea de su testamento por haber sido siempre Administraciones Ortega S.L. la encargada de administrar las fincas de Marí Jose quién comenzó con el padre del acusado en dicha entidad.

Esta confianza personal permaneció en el viudo, Pablo, y sus hijos, Herminio, Secundino, Pablo, Leovigildo y Ignacio, quienes no se alertaron sino hasta que recibieron los avisos de apremio.

Fallecido Vicente el 27/2/15 ha permanecido ejercitando la Acusación Particular el hijo Herminio, si bien, siendo todos herederos en igual parte reclaman la cantidad de 22.952,14 Euros que vienen reclamando extrajudicialmente al acusado, sin haber abonado cantidad alguna.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.**- Los hechos declarados como probados se han obtenido tras valorar en conciencia conforme al art. 741 LECrim los documentales incorporadas en la causa que no han sido impugnadas así como los testimonios vertidos en el acto del plenario bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad.

En tal sentido, junto con la querrela se ha aportado documental que refleja claramente que el acusado era el Administrador del patrimonio inmobiliario que Marí Jose poseía en Cádiz, concretamente respecto de las fincas sitas en C/ DIRECCION002 NUM007 y DIRECCION003 NUM007, respecto de los cuales entre otras funciones, reconocidas en todo momento por el acusado, tanto ante el Juez Instructor como en el plenario, se encontraba la de cobrar las rentas de los inquilinos, y detraer de las mismas los importes correspondientes a IBI e IVA y, realizar, concretamente el acusado el pago de éstos impuestos, realizándose trimestralmente una liquidación en la que se concretaba por el acusado el importe cobrado de rentas, así como las sumas detraídas para realizar los pagos de IVA e IBI, aportándose como modelo y ejemplo de tal liquidación el documento obrante al folio 82 tal y como reconoció el acusado en el acto del plenario.

Es un extremo reconocido por el acusado que, efectivamente, llegó un momento, que no concreta, pero que asegura en el plenario que, al menos en 2012, 2013, en que, aún cuando detraía las sumas correspondientes a IVA e IBI no abonó los impuestos, razón por la que no pudo entregar a los perjudicados los justificantes de pago cuando se los reclamaron al recibir las notificaciones de apremio por éstos impuestos.

No niega pues el acusado la dinámica comisiva consistente en detraer de las rentas pagadas por los inquilinos los importes correspondientes a IVA e IBI sin que, correlativamente pagara éstos impuestos como hacía creer al presentar las liquidaciones.

El pretexto ofrecido por el acusado es, que funcionaba con una "Caja Única" en la que se "confundía" el dinero de todos sus administrados, de tal forma que, realmente, no sabe cual fué el destino final del dinero detraído objeto de éste enjuiciamiento.

Lo que es evidente es que no se respetó el destino finalista de éste dinero que se detraía no para cualquier uso, sino para hacer frente a IBI e IVA de las fincas administradas.

Pretextó también el acusado que la Empresa comenzó a ir mal, extremo éste que, si atendemos a la documental obrante a la causa (folios 51 ss) podemos afirmar se remonta al menos al año 2010, reconociendo en el acto del plenario arrastrar pérdidas desde entonces y que el último depósito de cuentas anuales presentado se remonta al año 2010.

Pretextó igualmente el acusado que se le formó un "boquete" de 97.000 Euros en la denominada "Caja Única" por un cliente en el 2010, y que, fué perdiendo liquidez.

En definitiva ninguna de las argumentaciones ofrecidas por el acusado excluye la antijuricidad de su conducta.

Incluso llega a reconocer el acusado que efectivamente ya cesado formalmente como administrador del patrimonio inmobiliario de la familia Vicente percibió en la cuenta de la Sociedad las rentas de Cable Europa y las de Pedro Jesús, rentas que a la fecha aún no ha devuelto pretextando en el plenario que la cuenta de



la Entidad se encontraba embargada por la T.G.S.S. y no pudo disponer del dinero para devolverlo, pretexto que no se corresponde con el ofrecido en su declaración ante el Juez Instructor donde argumentó que el embargo respondía a una reclamación formulada por otro cliente. En todo caso lo que resulta incuestionable es que éstas rentas cobradas indebidamente ayudaron a reducir deudas del acusado, ya fuera procedentes de la Seguridad Social ya fuera de otro cliente acreedor, reconociendo el acusado que tiene 3 querellas más por iguales razones. La cuestión es que se dispuso de un dinero que no le correspondía al haberse ingresado en su cuenta por error dichos arrendatarios cuando ya no era el Administrador y que, lejos de devolver tales importes dejó que se aplicaran ya fuera a las deudas de la Sociedad con la Seguridad Social ya fuera a solventar deudas con otros clientes, el dinero nunca retornó a sus legítimos propietarios.

Finalmente, viene a argumentarse por el acusado en el plenario, aún reconociendo que, la familia Herminio Secundino Leovigildo Pablo Ignacio Vicente se percata en Junio de 2013 de que no estaba abonando los IVA y los IBI que hacía constar en las liquidaciones, y al día de la fecha desconocen el verdadero alcance de la actuación del acusado, limitando su reclamación a los extremos que hemos expuesto por ser los que podían documentalmente acreditar, que se habían producido gastos en relación a la Finca sita en C/ DIRECCION002 nº: NUM007 donde tuvieron que proceder al desahucio de los inquilinos y según el acusado y aún reconociendo que no sabe exactamente a que año puede remontarse los impagos de I.V.A. e I.BI., que la familia Vicente presentaba saldos negativos, afirmación ésta negada por los testigos y carente de soporte documental susceptible de presentarse exclusivamente por el acusado toda vez que toda la documentación la poseía él en su condición de Administrador y no ha sido entregada a los perjudicados, careciendo de soporte probatorio la tesis del acusado de que él tuvo que pagar fianzas a muchos inquilinos. Este pretexto entiende éste Tribunal que es además ajeno al objeto al que se ciñe éste Juicio que como hemos señalado se refiere a la desviación de sumas detraídas de las rentas para el pago de IVA e IBI y el apoderamiento de rentas cobradas ya cesado el cargo de Administrador, sin perjuicio de que los testigos niegan que el acusado fuera el que se encargara de gestionar el desahucio de dicha Finca, tema que se lo encomendaron al Sr. Letrado de La Mata y ciertamente, el acusado no ha aportado en tiempo y forma a pesar del tiempo transcurrido documental alguna que permita sostener ésta afirmación que, por otra parte, resulta irrelevante para el objeto de éste procedimiento.

**SEGUNDO.-** Los hechos que hemos declarado como probados son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 CP en relación con el art. 74 CP conforme al texto del C.P. 1995.

Como se recoge en la STS Sala 2ª, de fecha 18-7-2013, nº 648/2013, rec. 2168/2012 (LA LEY 110915/2013): " es doctrina de esta Sala... que el artículo 252 del vigente Código penal (LA LEY 3996/1995), sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: *el clásico de apropiación indebida* de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y *el de gestión desleal* que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

A) En lo que concierne a la *modalidad clásica*, tiene declarado esta Sala... que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad...

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

B) En la *modalidad* de apropiación consistente en la *administración desleal*, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal (LA LEY 3996/1995) y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad, y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status", ...,



la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona ...

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 aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito. Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, 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.

... En la administración de patrimonios ajenos, por ejemplo, generalmente no hay entrega material de nada al administrador, sino el reconocimiento de facultades jurídicas sobre el mismo, mediante la concesión de los oportunos poderes, autorizaciones, firmas, etc.

...Por ello el delito se comete aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, bastando con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado por efecto de aquella gestión desleal y vulneración de la fidelidad debida ( SSTS. 224/98 de 26.2 , 359/98 de 17.10 , 1586/2005 de 19.12 (LA LEY 243463/2005) y 954/2005 de 28.6 (LA LEY 1736/2005)) que precisa que la distracción es una gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de falsedad inherentes a su función, es decir, el tipo no conlleva necesariamente el "animus rem sibi habendi", aunque tampoco lo excluya, sino que solo precisa el dolo genérico que *equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal*.

La STS. 463/2002 de 8.3 (LA LEY 4565/2002), el administrador se fue apoderando de fondos de la comunidad de propietarios... sin que haya devuelto cantidad alguna. En la STS. 641/2006 de 29.5 (LA LEY 62769/2006).

En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2013 encaja dentro del delito de apropiación indebida la modalidad de apropiación consistente " *en la administración desleal al infringirse un deber de fidelidad* ", deducible de la especial relación que aquí se daba por la administración que tenía encomendada, al ser la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno como era la salida de fondos de la comunidad de los que era titular, producido por la infidelidad, al margen de que dichos importes no hubieran quedado incorporado al patrimonio del administrador, pues basta únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrador como consecuencia de la gestión desleal, al existir una disposición de dinero que se administra en perjuicio de la persona física en este caso la comunidad de propietarios titular de los fondos, pues en definitiva se ha producido una distracción al dar a lo recibido un destino distinto del pactado,

En relación con el subtipo agravado solicitado, por abuso de confianza por remisión al apartado 6º del art. 250 CP de 1995; es notorio que el art. 252 CP (LA LEY 3996/1995), que tipifica el delito de apropiación indebida, hace una remisión genérica a las circunstancias agravantes específicas del art. 250, cuya enumeración no ofrece obstáculos para aplicarlas a los delitos de estafa o fraude, pero no merece la misma homologación numérica a los delitos en los que predomina como elemento nuclear y esencial el abuso de confianza, como factor desencadenante del traspaso inicial de la posesión.

Por ello, esta en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito





quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento ( SSTS núm. 368/2007 de 9 de mayo (LA LEY 20348/2007)2232/2001, de 22 de noviembre (LA LEY 210306/2001)).

En este sentido laSTS. 918/2008 de 31.12 (LA LEY 226070/2008), recordó que la esencia de la agravación del art. 250.1.6, reside en el mayor grado de antijuricidad que comporta un plus de culpabilidad que supone la lealtad quebrantada entre personas vinculadas por una relación de confianza, de la que se aprovecha el autor faltando los deberes de fidelidad que le impone esa relación. Por ello la agravante es la esencia del delito de apropiación indebida, pues precisamente el hecho determinante del reproche penal lo constituye la deslealtad o quiebra de la confianza depositada en el sujeto activo del delito, que reuniendo las condiciones o apariencias para no dudar de él, defrauda tal confianza disponiendo de los bienes que le fueron entregados con perjuicio de su verdadero titular.

Siendo así esta circunstancia es aplicable en algunos casos excepcionales al delito de apropiación indebida, precisamente porque se trata de una exigencia que va más allá de la mera relación de confianza entre acusado y víctima, si bien *debe acreditarse una especial intensidad derivada de relaciones distintas de las que por sí mismas justificarían la entrega de aquello que debe entregarse o devolverse* ( STS. 672/2006 de 19.6 (LA LEY 70341/2006)).

La confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, que han de 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 1167/2000, de 28.10 ).

Por tanto, *exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la relación jurídica determinante del delito* y que puede ser de muy variada naturaleza, pero que se ha de *añadir un plus de desvalor* al que surge del quebranto de la confianza inherente a la relación jurídica ilícita ( SSTS. 368/2007 (LA LEY 20348/2007) de 9 . 5,64/2009 de 29.1 (LA LEY 1931/2009) ,1084/2009 de 29.10 (LA LEY 217917/2009) ).

En definitiva, no se trata de un supuesto de agravación por la mera existencia de relaciones personales previas, sino que es preciso que concurra un abuso de las mismas que exceda el mecanismo engañoso propio de la estafa. Por lo tanto, el abuso no está implícito en la existencia de la relación personal, pues en ese caso habría bastado con exigir en el subtipo la existencia de dicha relación, omitiendo la mención al abuso ( STS. 950/2007 de 13.11 (LA LEY 193594/2007))

En concreto, en el caso que nos ocupa, el propio acusado ha venido a reconocer en el plenario que, conocía a Marí Jose desde la infancia, que Marí Jose , de toda la vida tenía encomendada la administración del patrimonio inmobiliario de Cádiz, a la Sociedad "Administraciones Ortega" habiendo ya trabajado con su padre y con su tío.

Reconoce que la confianza depositada en él era absoluta, hasta el punto de que lo nombró Albacea de su herencia, le encargó la celebración del 50 aniversario de boda, y ésta confianza permaneció en la familia, el viudo y sus hijos quienes le encomendaron el funeral de Marí Jose y tal era la confianza personal , que el acusado presentaba las liquidaciones trimestrales desglosando rentas cobradas y las sumas detraídas para el pago de I.V.A. e I.B.I., sin acompañar en ningún momento los justificantes de pago, señalando los hermanos Herminio Secundino Leovigildo Pablo Ignacio Vicente que la confianza era absoluta y por eso tan sólo le reclamaron los justificantes una vez recibidas las notificaciones de apremio. Esto es , la absoluta confianza en el acusado no se fundaba exclusivamente en la propia de un profesional al que se le encomienda una gestión sino que derivaba básicamente de las relaciones previas personales mantenidas entre familias, por lo que a criterio de éste Tribunal debe apreciarse la agravante específica a la que hemos hecho referencia.

Expuesto lo anterior, debemos también afirmar que, nos hallamos ante un delito continuado conforme al art. 74 CP.

Como hemos expuesto, y aún cuando realmente es una incógnita el tiempo exacto al que se retrotraen los actos de desviación de dinero por parte del acusado, a los efectos de ésta causa se ha concretado al menos las detracciones relacionadas en los hechos probados en relación a dos impuestos como son el I.V.A. así como el I.B.I, y no en relación a un solo pago , sino que ha afectado a los pagos que se debían haber hecho por el ejercicio 2012 y ejercicio 2013. No habiendo sido pues una desviación puntual y aislada, procede apreciar la continuidad delictiva.

**TERCERO.-** Viene por la Acusación Particular a formular una pretensión penal contra la persona jurídica de "Administraciones Ortega S.L." al amparo del art. 31 bis CP en su redacción conforme a la reforma introducida por la Ley 5/10 vigente al momento de los hechos, imputando a dicha entidad corporativa un delito de Estafa.



Ciertamente conforme al texto de la Ley 5/10 se encontraba previsto al momento de comisión de los hechos (2012-2013), la comisión del delito de Estafa en relación con las personas jurídicas conforme al art. 251 bis, no hallándose previsto sin embargo la responsabilidad corporativa en relación con un delito de Apropiación Indevida y, como hemos expuesto, los hechos que se consideran acreditados son incardinables en un delito de apropiación indevida, lo que excluye la opción de un delito de Estafa, y, como vino a señalar la S.T.S. 2/9/15 y 29/2/16, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de que se trate de una responsabilidad penal autónoma en cuanto que no caben formulas de responsabilidad objetiva (debe acreditarse los hechos y la participación en los hechos de la entidad imputada), "el hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podría prescindir del delito referencia atribuido a la persona física".

Esto es, no cabe atribuir a la persona física un delito de apropiación indevida y, a la persona jurídica, un delito de Estafa.

**CUARTO.-** A tenor de lo expuesto y conforme a lo establecido en el art. 109 CP y art. 116 CP y art. 120-3º CP. procede declarar la responsabilidad civil de Bernabe con la R.C. Subsidiaria de la Entidad "Administraciones Ortega Sociedad Limitada" por importe de 22.952'14 Euros,

No procede una declaración como Responsable Civil de la Entidad Crédito y Caución tal y como interesa la Defensa por cuanto no ha sido traída a la causa por ninguna de las Acusaciones.

**QUINTO.-** Conforme al art. 240 LECrim procede imponer las costas al condenado, incluidas las devengadas por la Acusación Particular en un 50% al no haberse acogido sus pretensiones íntegramente.

Vistos los artículos de pertinente y general aplicación al caso.

## FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a Bernabe como autor de un delito continuado de apropiación indevida con la agravante de abuso de confianza a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, indemnización a Herminio, Leovigildo, Ignacio, Pablo y Secundino, en la suma de 22.952'14 Euros con la Responsabilidad Civil Subsidiaria de la Entidad "Administraciones Ortega S.L.", con los intereses legales devengados desde la firmeza de la Sentencia. Costas incluidas las devengadas por la Acusación Particular en un 50%.

Debemos absolver y absolvemos a "Administraciones Ortega S.L." del delito de Estafa por el que le acusaba la Acusación Particular.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se instruirá de los recursos a interponer contra esta sentencia y una vez firme comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes al de la naturaleza del condenado.

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

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