



Roj: **SAP M 14010/2017 - ECLI: ES:APM:2017:14010**

Id Cendoj: **28079370032017100650**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/12/2017**

Nº de Recurso: **1435/2017**

Nº de Resolución: **758/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN PELAYO MARIA GARCIA LLAMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 03 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035

Teléfono: 914934543,914934731

Fax: 914934542

Grupo de trabajo : CM

37051530

**N.I.G.:** 28.079.43.1-2010/0092918

**Procedimiento Abreviado 1435/2017**

**Delito:** Apropiación indebida

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Instrucción nº 05 de Madrid

**Procedimiento Origen:** Procedimiento Abreviado 2114/2010

D. TOMAS YUBERO MARTÍNEZ

ROLLO SALA: 1435/2017

LDO. DE LA ADMÓN DE JUSTICIA

PROC. ABREVIADO 2114/2010

**JDO.INSTR. Nº5 -MADRID**

**SENTENCIA NUM: 758**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**ILMOS. SRES DE LA SECCION TERCERA**

**D. JUAN PELAYO GARCIA LLAMAS**

**D. EDUARDO VICTOR BERMUDEZ OCHOA**

**D. AGUSTIN MORALES PEREZ ROLDAN**

En Madrid, a 5 de diciembre de de 2017

**VISTA**, en juicio oral y público ante la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº5 de esta capital seguida de oficio por delito apropiación indebida, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. doña María Luisa Llop Esteban; como acusación particular Alvaro y Maribel , representados por la Procurador doña Laura Lozano Montalvo y asistidas por la Letrada doña María Rocío Fernández Domínguez; como acusado lo ha sido Eulalio con DNI NUM000 , mayor de edad, nacido el NUM001 de 1965, hijo de Luciano y de Amelia , natural y vecino de Madrid, CALLE000



nº NUM002 - NUM003 NUM004 , de profesión gestor, de solvencia o insolvencia no acreditada, ha sido representado por la Procuradora doña María del Mar Rodríguez Gil y defendido por el Letrado don Roberto Rodríguez Casas. Como responsable civil subsidiario ha sido traída a las actuaciones la mercantil 4IDEAS MARKETING&LICESING SL, con igual representación y defensa que el acusado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN PELAYO GARCIA LLAMAS.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

II.

**PRIMERO** .- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en los artículos 252 en relación con el 250.1.5 º y 74 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, reputando como responsable del mismo en concepto de autor a Eulalio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, solicitando las penas de prisión de seis años, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuota diaria de diez euros, y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53, pago de costas y a indemnizar a Maribel y Alvaro en 344.707,74 euros, siendo responsable civil subsidiaria la mercantil 4IDEAS MARKETING&LICESING S.L. respecto de la cantidad de 177.390 euros.

La acusación particular calificó los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en los artículos 252 en relación con el 250.1.4 º y 6º en relación con el 74, todos ellos del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, reputando como responsable del mismo en concepto de autor a Eulalio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, solicitando las penas de prisión de seis años, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuota diaria de diez euros, y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53, pago de costas, incluidas las de la acusación particular y a indemnizar a Maribel y Alvaro y a las mercantiles MUSICA Y ESTRELLAS SL, ELPI SA y LINCHE SA. en 548.199,74 euros más los intereses legales, siendo responsable civil subsidiaria la mercantil 4IDEAS MARKETING&LICESING S.L. respecto de la cantidad de 177.390 euros.

**SEGUNDO** .- La defensa del acusado, en sus conclusiones también definitivas, interesó una sentencia absolutoria, subsidiariamente consideró que concurría la atenuante cualificada de dilaciones indebidas.

La defensa de la responsable civil subsidiaria informó en igual sentido que la defensa del acusado.

## II. HECHOS PROBADOS

De la apreciación de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA:

El acusado Eulalio , cuyas circunstancias personales ya constan, desde fecha no precisada pero bastante anterior al año 1992, vino prestando una actividad profesional como asistente o persona de confianza de Humberto , que continuó una vez que éste paso a convivir con Aurelia , que utilizaba el nombre de Joaquina en su actividad artística como cantante y actriz, actividad que gestionaba a través de la mercantil MUSICA Y ESTRELLAS SL, mientras que su patrimonio inmobiliario lo administraba a través de las sociedades LINCHE SA y ELPI SA, siendo única accionista Aurelia .

A raíz del fallecimiento de Humberto , en agosto de 1992, la relación de confianza y de servicios se mantuvo entre Eulalio y Aurelia , asumiendo el primero funciones de representante/agente artístico, y de administración del patrimonio de Aurelia , encargándose de la práctica totalidad de los asuntos económicos.

En esta situación en febrero de 1997 Eulalio fue nombrado administrador único de MUSICA Y ESTRELLAS SL, y en mayo de 2008 administrador también único de ELPI SA y de LINCHE SA, cesando Aurelia que, el 13 de julio del 2008, otorgo una escritura de poder general ( de los conocidos como de *ruina* ) a favor de Eulalio para actos de administración y disposición, con vigencia incluso ante situación de hecho o derecho que supusieran la incapacidad de la poderdante, y también con fecha 13 de julio de 2008 escritura de autotutela, designando tutor a Eulalio .

Con motivo de advertir Aurelia lo que consideró como una anómala o irregular actuación profesional de Eulalio , procedió a designarse nuevamente como administradora única de ELPI SA y LINCHE SA ( el 22 de junio del 2009 ), de MUSICA Y ESTRELLAS SL ( el 17 de septiembre del 2009 ) y a revocar el poder general y de autotutela ( el 22 de julio del 2009 ), recabando información a Eulalio sobre su gestión, y presentando el 25 de febrero del 2010 la querrela que ha dado lugar a la presente causa.



Al amparo de la cobertura que le confería la condición de administrador y el poder otorgado, así como la confianza que en él tenía depositada Aurelia , Eulalio con el propósito de obtener un ilícito beneficio, y sin conocimiento ni consentimiento de Aurelia , realizó las siguientes acciones:

I-Durante el año 2008 realizó traspasos así como una disposición en efectivo, carentes de justificación, desde la cuenta 0182 6493 35 02 00098470 de la entidad BBVA, de la que era titular MUSICA Y ESTRELLAS SL, a la cuenta del propio Eulalio también en el BBVA, la nº NUM005 ( luego renumerada como NUM006 ) por un importe total de 71.600 euros: 51.600 euros el 28 de abril; 6.000 euros el 11 de junio; 12.000 euros (mediante retirada de efectivo en caja) el 3 de diciembre y 7.000 euros el 15 de diciembre.

A su vez el acusado desde su cuenta realizó ingresos en la de MUSICA Y ESTRELLAS SL durante el año 2008 y 2009 por importe de 7.162 euros y de 1.000 euros en la de LINCHE S.A..

De esta forma Eulalio hizo suya la cantidad de 63.438 euros.

II- Eulalio como administrador único de ELPI contrató en septiembre de 2008 una cuenta de crédito, la nº NUM007 , en Caja España y con un límite de 150.000 euros, constituyendo en garantía del saldo deudor una hipoteca, en escritura pública de 16 de septiembre del 2008, sobre un apartamento propiedad de ELPI, sito en la CALLE001 , de Madrid. Entre los meses de septiembre de 2008 y enero del 2009 Eulalio , mediante talones, dispuso de 112.979,74 euros de la cuenta de crédito a favor de su cuenta en el BBVA salvo un abono de 1000 euros en Caja Duero, y un talón de fecha 24 de octubre del 2008, por importe de 62.759,74 euros , por la compra en Herranz Concesionarios de un vehículo BMW X6 Drive, cuyo precio total, incluidos todos los conceptos, ascendía a 98.686, 26 euros, vehículo que fue matriculado a nombre de 4IDEAS MARKETING&LICESING SL, de la que era accionista y administrador único el acusado. Con causa en un ingreso realizado por Eulalio y otro de una sociedad, la cantidad que hizo suya Eulalio con cargo a la cuenta de crédito quedo reducida a 87.929,74 euros.

III- Eulalio , como administrador único de ELPI SA en fecha 1 de febrero de 2009 alquilo un apartamento, propiedad de dicha mercantil y sito en la CALLE001 , NUM008 , de Madrid, a Blas , pactándose un alquiler de 500 euros /mes, indicándose como forma de pago la transferencia o ingreso bancario en Caja España, oficina de la calle Velázquez, no obstante los cobros fueron realizados en mano por Eulalio , que tenía relación de amistad con el arrendatario, que de esta forma percibió 5.500 euros.

En octubre de 2004 Eulalio , como representante de ELPI SA suscribió el contrato de arrendamiento de una vivienda sita en PASEO000 nº NUM009 , a Nicolas a razón de 700 euros/mes, pagos que entre los meses de julio de 2008 a septiembre del 2009 se realizó mediante el ingreso en una cuenta de Eulalio en Bankinter, que obtuvo para sí la cantidad de 10.450 euros.

IV-En el mes de noviembre de 2008 la empresa pública <<DON QUIJOTE CONMEMORACIONES CULTURALES DE CASTILLA LA MANCHA SA>> contrató con MUSICA Y ESTRELLAS SL, representada por Eulalio , que figuraba también en el contrato como <<el agente>> de Aurelia y del maestro Baltasar (conocido como Florian ) la realización de 14 actuaciones o galas en diversas localidades de Castilla La Mancha durante los años 2008 y 2009, fijándose una contraprestación de 13.000 euros por gala y 2.080 euros en concepto de IVA, a pagar mediante transferencia bancaria en un plazo de siete días desde cada actuación, en la cuenta de MUSICA Y ESTRELLAS. La primera actuación o gala tuvo lugar el 28 de noviembre del 2008 y fue abonada, conforme a lo convenido, en la cuenta bancaria de MUSICA Y ESTRELLAS. No ocurrió lo mismo con restantes galas que fueron abonadas en una cuenta bancaria de la sociedad del acusado, 4IDEAS MARKETING&LICESING SL, y ello al haber comunicado Eulalio a la indicada empresa pública que MUSICA Y ESTRELLAS había cedido los derechos y obligaciones del contrato, habiendo emitido la sociedad del acusado las facturas correspondientes a las otras trece galas por importe de 196.040 euros que fueron ingresados en la cuenta del BBVA Nº0182 6493 31 0201508840 de 4IDEAS MARKETING&LICESING SL.

De la cantidad recibidas por la última sociedad citada, como contraprestación por las galas, se destinaron 13.650 euros al pago de un pianista que intervenía en el espectáculo y otros cinco mil euros se abonaron en una cuenta de ELPI SA, quedando por tanto lo percibido por 4IDEAS MARKETING&LICESING SL en la cantidad de 177.390 euros.

V- Aurelia era titular de fondos de inversión en la entidad BBVA PRIVANZA BANK, en Zurich (Suiza) habiendo procedido a reembolsos parciales: en junio del 2007 por 66.000 euros; en febrero de 2008 por 70.000 euros y en diciembre de 2008 por 90.000 euros, cantidades que retiradas o recogidas por Eulalio fueron luego a Aurelia , sin que conste que el acusado dispusiera de ellas en su propio beneficio.

No consta tampoco que Eulalio dispusiera del saldo final de la cuenta del BBVA PRIVANZA BANK, ni que indebidamente, en el año 2007, se endosase un pagaré emitido a favor de Música y Estrellas por importe de 18.560 euros.



Aurelia falleció el 8 de abril del 2013, designando en su último testamento, de fecha 22 de abril del 2010, como herederos por partes iguales a sus hijos Maribel y Alvaro .

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos declarados probados se han tenido como tales con causa en la actividad probatoria realizada en el acto del juicio oral, con observancia de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción.

El Tribunal ha partido del derecho a la presunción de inocencia consagrado con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución , que implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley ( art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ; art. 6.2 del convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y recientemente Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo del 2016). Suponiendo que es preciso el desarrollo de una actividad probatoria de cargo cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente la presunción inicial, en cuanto permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

Junto a la presunción de inocencia, y en la ponderación del material probatorio, el Tribunal ha estado presidido ante situaciones de incertidumbre o duda por el principio in dubio pro reo de tal suerte que, como se explicará, al no quedar convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación ha optado por un declaración negativa de determinados extremos.

La prueba de cargo está constituida fundamentalmente por la documental junto al análisis pericial de de don Constancio y don Isidoro , en buena parte coincidentes y ambas pericias ratificadas y sujetas a contradicción en el juicio oral. Singular importancia tiene el dictamen del primer perito, que es un genuino perito toda vez que es ajeno a las partes en su designación y a la causa, y que es llamado para emitir un informe, de resultado incierto, en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal en su escrito de 11 de junio del 2015, al que no se adición nada por las otras partes, con expresa indicación de tener en cuenta la documentación aportada por el querellado tendente a justificar el destino de los fondos de los que se habría apropiado indebidamente.

El perito judicial, al igual que el otro perito, da cumplida respuesta poniendo de manifiesto en un minucioso y documentado informe, no sólo las salidas de fondos de las cuentas de las sociedades que, por decirlo gráficamente, eran de Aurelia - MUSICA Y ESTRELLAS SL, LINCHE SA y ELPI SA- o debían haber sido ingresados en dichas mercantiles, sino también como los fondos terminan normalmente en cuentas personales de Eulalio , o de su sociedad 4IDEAS MARKETING&LICESING SL, o sirven para un pago en beneficio del acusado, como es el caso del vehículo BMW. También revelan los informes como en otras ocasiones, las menos, hay ingresos, tal vez se pueda hablar de reintegros, desde cuentas de Eulalio a las ya citadas de 4IDEAS MARKETING&LICESING SL, con el efecto todo lo mas de aminorar el importe apropiado, en la dinámica expuesta en los hechos probados.

El Tribunal no tiene por acreditado la apropiación por el acusado de los fondos retirados de Suiza, objeto de imputación exclusivamente por la acusación particular en su apartado cuarto de los hechos punibles <<Disposiciones realizadas de la cuenta nº NUM010 y varias subcuentas titularidad de Doña Aurelia en el BBVA Privanza Bank de Suiza >> y que, cabe advertir, no aparecen mencionadas en los hechos punibles del auto de procedimiento abreviado de fecha 1 de marzo del 2017, y tampoco del pagaré por importe de 18.560 euros. La pericial caligráfica no impugnada, folio 1762 y ss, revela que la firma de determinados documentos, y a los efectos que ahora interesan, certificados privados relativos a la recepción por Aurelia de manos de Eulalio , de determinadas cantidades procedentes de reembolsos de fondos que tenía contratados en el BBVA Privanza Bank de Suiza ( de fechas 18-9-2017,11-2-2008 y 5-12-2007 por 60.000, 70.000 y 90.000 euros) ha sido realizada por Aurelia , así como la que aparece en la recepción de otras reembolsos en los años 2001, 2002 y 2007. Se dice que las cantidades expresadas <<nunca fueron entregadas a D<sup>a</sup> Aurelia ni figuran ingresos significativos en las cuentas bancarias propiedad de ésta en el periodo referido>>. Parece claro, casi notorio, que se trata de cantidades procedentes de un paraíso fiscal (tal vez el paraíso fiscal por excelencia a la fecha de los hechos) y opacas a la Hacienda Española, de tal suerte que en forma alguna podían o debían ser ingresadas en las cuentas bancarias de Aurelia o de sus sociedades. En lo que atañe al pagaré endosado, según párrafo del apartado 5 de los hechos punibles de la acusación particular, folio 1023 a 1026, se trata de un extremo que cronológicamente excede de los hechos objeto de las actuaciones, circunscritos al año 2008, sobre el que además no ha declarado el acusado hasta el plenario, explicando que se trataba del cobro de su comisión.

Que la carga de la prueba corresponda a la acusación no significa que el acusado esté liberado de toda aportación probatoria, más allá de la habitual doctrina jurisprudencial sobre las cusas de exención o de



atenuación de la responsabilidad criminal. Determinados aspectos fácticos que el acusado o su defensa incorporan al debate contradictorio, incluso por la vía de la declaración o informe ( pese a limitarse las conclusiones a un habitual disconforme con el correlativo) como hecho impeditivo u obstativo de la responsabilidad que se le pide, habrán de ser probados o acreditados por la defensa, sin que pueda pretenderse dicho efecto de conductas o situaciones cuya causa se encuentra en la propia acción u omisión del acusado y que éste, sin especial esfuerzo y sin que suponga admisión de hechos o una declaración de culpabilidad, está en condiciones de solucionar.

El Tribunal considera que Eulalio sí tenía el derecho a percibir un porcentaje, el 20%, como representante o agente de Aurelia , así aparece en uno de los documentos cuya firma ha sido peritada (el testimonio está al folio 83, Tomo II de documentos presentados por el querellado), e igual concepto y porcentaje aparece en el contrato suscrito entre Eulalio , como administrador de Música y Estrellas y Alvaro , documento 8, folio 1532 Tomo III. También considera el Tribunal acreditado que el acusado debería percibir una retribución por los servicios prestados, y ello en atención a la declaración de Aurelia de 7 de septiembre del 2010 <<desde que murió su marido se encargó de todo Eulalio que había estado trabajando con su marido>>. Pero de lo que no hay constancia con relación al periodo enjuiciado, años 2008 y 2009, y tampoco para los anteriores, es que el acusado fuese acreedor de Aurelia o de sus sociedades, por el porcentaje en los contratos o su retribución, que fija en 3.500 euros/mes. Tampoco hay constancia de esta pretendida condición de acreedor por entregas en efectivo realizadas semanalmente a Aurelia o por pagos o suministros de la vivienda de Aurelia en la CALLE002 . Llama la atención que hasta el nombramiento del acusado como administrador de las sociedades de Aurelia , las mercantiles presentaban sus cuentas en el Registro Mercantil, y que Eulalio tuviese la diligencia o cuidado de documentar la entrega de los reembolsos procedentes del BBVA PRIVANZA BANK, y de que quedase constancia de que sus actuaciones eran por mandato de Aurelia ( documento ya citado del folio 83, Tomo II de documentos presentados por el querellado) y que tal diligencia desaparezca una vez nombrado administrador de las sociedades y obtenido un poder general de Aurelia . Al día del juicio oral siguen sin conocerse los conceptos y cantidades por los que Aurelia , o sus sociedades, serían deudoras de Eulalio y que este habría compensado mediante las disposiciones de fondos, cobro de rentas, cesión del contrato a una sociedad suya o disposiciones del crédito concertado con Caja España.

**SEGUNDO** .- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en los artículos 252 y 250.1.6 en relación con el artículo 74 del Código Penal , en la redacción vigente a la fecha de los hechos enjuiciados, anterior a la reforma del Código Penal en redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio. Actuales artículo 252 y 250.1.5 en redacción dada por LO. 1/2015, de 30 de marzo . Concurren los elementos exigidos por el tipo penal; a) una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble; b) que el título en cuya virtud se haya adquirido la posesión sea de los que producen la obligación de entregar o devolver la cosa, no agotándose con la mención legal del depósito, la comisión o administración el elenco de títulos con que puede establecerse entre dicho sujeto activo y el objeto material del delito la relación posesoria que constituye el presupuesto normativo del mismo; c) acto de disposición de la cosa, de carácter dominical, que suponga no sólo la ruptura de los límites contractuales que se impusieron en la posesión, sino también la mutación unilateral de ésta en plena y definitiva incorporación al patrimonio del detentador, y que en el caso del dinero o de cosas fungibles, que deban tener un destino determinado previamente fijado, hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno que implica el incumplimiento definitivo de la obligación de dar a la cosa el destino pactado, y d) un elemento subjetivo, indistintamente llamado ánimo de lucro, apropiación o defraudación, o también animus rem sibi habendi, que se resume, en último análisis, en la conciencia y voluntad de disponer de la cosa como propia, TS. 2ª S. 26-2-1998, 29-3-1999 y 30-10-2002 entre otras muchas.

Nos encontramos además ante un delito continuado que requiere en doctrina del Tribunal Supremo (SS. 523/2004 de 24.4 , 882/2005 de 5.7 , 367/2006 de 22.3 ):

- a) Pluralidad de hechos delictivos, y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.
- b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos.
- c) Realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.
- d) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas. e) Unidad de sujeto activo.



f) Homogeneidad en el modus operandi, por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuaciones afines.

En lo que atañe a las cualificaciones el Ministerio Fiscal refieren su calificación al texto penal vigente a la fecha de los hechos y cita el art.250.1.5º, que en la redacción anterior a la LO 5/2010, se refería a que recayese sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. Todo parece indicar que el Ministerio Fiscal quería referirse a superar la defraudación/apropiación los 50.000 euros. La acusación particular invoca las cualificaciones del art.250.1.4º y 6º vigentes a la fecha de los hechos, la primera se refiere al abuso de firma en blanco, sustracción u ocultación de documentos y que para nada resulta de aplicación, amén de sus dificultades para aplicarla a la apropiación indebida.

Si concurre la cualificación de especial gravedad atendiendo al valor de la apropiación, artículo 250.1.6 del Código Penal en redacción vigente a la fecha de los hechos, la originaria del Código Penal, que a partir de la reforma del 2010 se desdobra en una meramente cuantitativa, que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, y en otra cualitativa por razón de la entidad del perjuicio y la situación económica en la que se deje a la víctima o a su familia.

El Tribunal Supremo, con relación al artículo 250.1.6 vigente a la fecha de los hechos, fijó en 36.060,73 euros la cuantía a partir de la cual se aplica la cualificación sin ponderar la entidad del perjuicio y la situación económica en que haya podido quedar la víctima.

Muy posiblemente la acusación particular quiso interesar también la cualificación de abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y defraudador, artículo 250.1.7º en redacción anterior a LO 5/2010, Art. 250.1.6º después de dicha reforma y que se mantiene al día de hoy. La posibilidad de aplicar dicha cualificación al delito de apropiación indebida ha sido considerada excepcional por el Tribunal Supremo. Así la STS 383/2004, 24 de marzo, señaló -con cita de las SSTS, 1753/2000, 8 de noviembre, 2549/2001, 4 de enero 2002, 626/2002, 11 de abril y 890/2003 -<< que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo >>, y en similar sentido la STS de 10 de julio del 2013, recurso de 2066/2012 que advierte que debe realizarse una aplicación restrictiva. En el presente caso, al margen de la incorrecta cita de la cualificación que se pretendería, la relación de confianza sin duda intensa y prolongada en el tiempo entre Aurelia y Eulalio no permite sin embargo volver a cualificar la apropiación.

**TERCERO** .- De dicho delito es responsable en concepto de autor, art.28.1 del Código Penal, Eulalio por su realización voluntaria y material, acreditada en los términos ya expuestos

**CUARTO** .- Ni en la realización de dicho delito, ni en la persona de Eulalio, han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa del acusado escuetamente, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, consideró que <<En todo caso debería aplicarse, en caso de condena, la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas>>. La STS nº447/2017, de 21 de junio señala que <<Procesalmente es carga del que pretende la atenuante, al menos, señalar los períodos de paralización, justificar por qué se consideran «indebidos» los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia >>. Y de forma más concreta la STS nº 140/2017 de 6 de marzo, con cita de nº 416/2016 de 17 de mayo; nº 288/2016 de 7 de abril y la nº 165/2016 de 2 de marzo, expone que se << ha dicho que la «dilación indebida» es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional, derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y reaccional traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.>>.

El examen de las actuaciones no revela paralizaciones o tiempos muertos en el curso de la instrucción, iniciada por auto de 12 de marzo del 2010, que admite la querrela, y finalizada por auto de 1 de marzo del presente año,



que acuerda la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado. Los hechos objeto de las actuaciones son relativos a un supuesto de delincuencia económica continuada, y que podríamos calificar de nivel medio, en los que a diferencia de lo que ocurre con las grandes defraudaciones, en las que suele haber una previa o coetánea investigación por parte de la policía judicial, todo el peso de la indagación recae sobre el órgano judicial, habiendo sido necesario investigar diversas cuentas bancarias y sus movimientos, con las dificultades que ello implica. Baste advertir que el propio sistema de truncamiento para el pago de un cheque requiere recabar en primer lugar los datos del abono, para luego dirigirse a otra entidad y conocer los de quien lo ha percibido o la cuenta de ingreso. Ello, unido a la ausencia de un cuerpo oficial de peritos/auditores o economistas, explica la tardanza en la confección de la pericial solicitada por el Ministerio Fiscal el 11 de junio del 2015.

Finalmente es de señalar, en aras al rechazo de la atenuante, que en momento alguno la defensa de Eulalio ha expuesto una queja o malestar por las pretendidas dilaciones, y que más allá de la incertidumbre derivada de la pendencia del proceso, ningún medida restrictiva se ha acordado con relación a la persona del acusado, al que únicamente se le impuso en el auto de apertura del juicio oral, de fecha 4 de julio del 2017, la obligación de comparecer ante el órgano judicial que conozca de la causa cuantas veces fuese citado.

**CUARTO** .- En cuanto a las penas a imponer pese a la consideración del delito de apropiación indebida como continuado, es precisamente la suma de las cantidades apropiadas a lo largo del tiempo, y con relación a las diversas sociedades, lo que da lugar a la cualificación de especial gravedad por el valor de la defraudación, por lo que la aplicación de la regla penológica del artículo 74.1 del Código Penal , con imposición de la pena en la mitad superior, vulneraría el principio non bis in idem.

De otra parte pese al rechazo de la atenuante de dilaciones indebidas no cabe desconocer el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. Por ello se considera adecuada una pena de dos años de prisión y multa de ocho meses. Se trata de unas penas superiores al mínimo, lo que se justifica por la continuidad y el importe apropiado, pero que no cierran de entrada, para el caso de devenir firme la condena, la posibilidad de suspensión. La cuota de multa se fija en diez euros día, levemente superior al mínimo posible, dados los recursos de los que dispondría Eulalio como revelan las ganancias que obtuvo con la venta de una vivienda así como las diversas actividades financieras que habría venido realizando.

**QUINTO** .- **Que** toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios, viniendo obligado a su reparación en los términos previstos en las leyes, artículos 116 y 109 del Código Penal , lo que se traduce en la restitución de la apropiado en la cuantía expuesta en los hechos probados y que, salvo error u omisión, asciende a trescientos cuarenta y cuatro mil setecientos siete euros y setenta y cuatro céntimos (344.707,74).

De la responsabilidad civil la entidad 4IDEAS MARKETING&LICESING SL. será responsable civil subsidiaria por importe de 177.390 euros, de conformidad con el artículo 120.4 del Código Penal , que establece la indicada responsabilidad para las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus dependientes, empleados, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. El acusado era administrador único de la sociedad citada y, en su condición de tal, suscribió la cesión del contrato de galas.

Pese a no haberse suscitado controversia alguna, cabe advertir que la acusación particular solicita la indemnización de forma solidaria para Maribel y Alvaro y las mercantiles MUSICA Y ESTRELLAS SL, ELPI SA y LINCHE SA., petición que en tales términos resulta improcedente. La querrela inicial se interpuso por Aurelia en su propio nombre y derecho, no en el de las sociedades citadas de las que era administradora, y a su fallecimiento la suceden sus hijos personándose también en su propio nombre y en atención a su condición de herederos.

**SEXTO** .-Que las costas vienen impuestas por la Ley a toda persona responsable criminalmente de un delito, artículo 123 del Código Penal . Dentro de dicha condena han de incluirse las correspondientes a la acusación particular, pese al no acogimiento de partes de sus pretensiones resarcitorias pero sin que ello suponga una actuación perturbadora, inútil o que merezca el calificativo de temeraria o contraria a la buena fe.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLAMOS

Que debemos **condenar** y condenamos Eulalio como responsable en concepto de autor de un delito continuado de estafa cualificado por la cuantía, ya definido, sin que concurren circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal, a las penas de prisión de dos años de duración, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses con



una cuota diaria de diez euros, y la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, y acreditada la insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al **pago** de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular .

En concepto de responsabilidad civil Eulalio deberá indemnizar a Maribel y Alvaro en 344.707,74 euros, que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la LECiv . siendo responsable civil subsidiaria la mercantil 4IDEAS MARKETING&LICESING S.L. respecto de la cantidad de 177.390 euros. Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que ha sido la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por los Ilmos. Sres. Magistrados-Jueces que la dictaron en Audiencia Pública, con la asistencia del Letrado de la Administración de Justicia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ