

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ignacio Arévalo Lassa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con origen en escrito de querrela presentada por el Procurador Sr. Salgado Núñez en nombre y representación de ..., se incoó por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Bilbao el Procedimiento Abreviado 1173/2016, antecedente de este Rollo Penal 84/17, en el que, con fecha 20 de febrero de 2018, se ha celebrado el juicio oral.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formula acusación contra ... a quien, en trámite de conclusiones definitivas, considera autor de un delito de estafa de los artículos 248.1 y 250.1-5ª CP o alternativamente de un delito de apropiación indebida de los artículos 253.1 y 250.1-5ª CP, con la concurrencia de una circunstancia atenuante por un trastorno mental de ludopatía, con base en los artículos 21-7ª en relación con los artículos 20-1º y 21-1ª CP, y procediendo la imposición, en cualquier caso, de la pena de prisión de dos años y seis meses,

El Ministerio Fiscal solicita igualmente que el acusado indemnice a ASUAL ALQUILER DE MAQUINARIA S.L., a SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. y a ... en la cantidad de 179.397 euros, con aplicación de lo prevenido en el artículo 576 LEC.

TERCERO.- Ejercen la acusación ASUAL ALQUILER DE MAQUINARIA S.L., SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. y ... bajo una misma representación, calificando esta parte los hechos del mismo modo que el Ministerio Fiscal si bien introduciendo una referencia al artículo 74.2 CP y añadiendo en trámite de conclusiones finales una referencia a la circunstancia agravante 6ª del artículo 250.1 CP., solicitando en cualquiera de las dos calificaciones la imposición al acusado ... de la pena de prisión de seis meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de doce meses a razón de diez euros diarios con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP en caso de impago e imposición de las costas del procedimiento.

La acusación particular solicita en concepto de responsabilidad civil que el acusado indemnice a SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. en la cantidad total de 179.397 euros y, alternativamente, que el acusado indemnice a ASUAL ALQUILER DE MAQUINARIA S.L. en la cantidad de 122.997 euros, a SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. en la

cantidad de 22.580 euros y a en la cantidad de 33.820 euros.

CUARTO.- Por la defensa del acusado se solicita que los hechos se califiquen como constitutivos de un delito de apropiación indebida con la concurrencia de una eximente incompleta con base en la ludopatía del acusado y la imposición de una pena de prisión de seis meses y una multa de tres meses y de la obligación de pago de la cantidad de 141.466,76 euros.

HECHOS PROBADOS

Las mercantiles ASUAL ALQUILER DE MAQUINARIA S.L. (en adelante ASUAL), con domicilio en Erandio, y SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. (en adelante SUPROSAN), con domicilio social en Sondika, tienen como objeto social la compra, venta, alquiler, reparación, importación, exportación, comercialización y distribución de maquinaria. El Administrador Único de ambas, nombrado por tiempo indefinido, es

Con fecha 10 de marzo de 2015 el Sr. como administrador de Suministros Profesionales Sangroniz, contrató al acusado mayor de edad y cuyas circunstancias personales constan en las actuaciones, para trabajar como encargado en el local de Sondika, firmado ambos un contrato de trabajo indefinido.

En el seno de dicha relación laboral a principios del año 2016 el acusado propuso al Sr. comercializar repuestos de maquinaria de obra en la zona norte de España, de modo que con el dinero que le entregara el Sr. adquiriría repuestos a la empresa "AMAQ ALQUILERES SL", con domicilio en Valladolid, que luego vendería a sus clientes, con el margen de beneficio correspondiente. Para convencer al Sr. de la viabilidad del negocio el acusado utilizó nombres de empresas reales y se valió de su experiencia profesional en el sector.

Accediendo a esta propuesta, y con la finalidad descrita, el querellante le entregó, con cargo tanto a las cuentas de ASUAL como a las cuentas de SUPROSAN las siguientes cantidades;

- 1) 2.000 € entregados en metálico, con fecha 19 de enero 2016;
- 2) 5.500 € en metálico con fecha 9 de febrero de 2016 mediante reintegro de la cuenta de Suministros Profesionales Sangroniz en el Banco Popular 0075 1167 43 0600105815,

- 3) 1.500 € en metálico con fecha 11 de febrero de 2016 mediante reintegro de la cuenta de Suministros Profesionales Sangroniz en el Banco Popular 0
- 4) 3.850 € en metálico con fecha 17 de febrero de 2016 mediante reintegro de la cuenta de Suministros Profesionales Sangroniz en el Banco Popular
- 5) 4.400 € en metálico con fecha 19 de febrero de 2016, mediante reintegro de las cuentas bancarias de ASUAL en Banco Sabadell y KUTXABAK.
- 6) 6.900 € con fecha 23 de febrero de 2016, mediante transferencia de la cuenta 0075 1167 43 0600105815 de Suministros Profesionales Sangroniz en el Banco Popular a la cuenta titularidad del acusado.
- 7) 2.400 € con fecha 25 de febrero de 2016, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el Banco Sabadell nº 4809, a la cuenta titularidad del acusado.
- 8) 6.043 € de fecha 29 de febrero de 2016, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el banco Sabadell nº 4809, a la cuenta titularidad del acusado.
- 9) 6.437 € entregados en metálico con fecha 3 de marzo de 2016 mediante reintegros de las cuentas de ASUAL en Banco Popular, Kutxabank, y Sabadell, por importes de 2.337 E, 2100€, 2.000 €.
- 10) 7.642 € con fecha 3 de marzo 2016, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el banco Sabadell nº 4809, a la cuenta de Kutxabank titularidad de Cesar de la Cal.
- 11) 17.110 € con fecha 14 de marzo 2016, en dos entregas por importes de; 8.700 y 8.410 mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el banco Sabadell nº 4809, a las cuentas de destino titularidad del acusado y a la cuenta 2100 titularidad del hijo menor de edad del acusado, Endika de Miguel.
- 12) 12.200 € con fecha 15 de marzo, mediante dos transferencias de la cuenta de ASUAL en el banco Sabadell nº 4809, a la cuenta ES88 titularidad del hijo menor de edad del acusado, Endika de Miguel, por importes de 6.300 E, y 5.900 E.

13) 17.180 € con fecha 17 de marzo 2016, mediante dos transferencias cuyo ordenante es "Asual Alquiler de Maquinaria S.L." de la cuenta del Banco Popular a la cuenta titularidad del hijo menor de edad del acusado, Endika de Miguel, por importes de 8.590 € cada una.

14) 8.300 € con fecha 21 de marzo de 2016, mediante transferencia de la cuenta del Sabadell nº a la cuenta titularidad del hijo menor de edad del acusado, Endika de Miguel.

15) 10.625 € con fecha 22 de marzo de 2016, mediante transferencia bancaria de ASUAL en el banco Santander, a la cuenta I titularidad del acusado.

16) 8.870 € con fecha 29 de marzo de 2016, mediante transferencia bancaria de la cuenta de ASUAL en el Santander 1271 a la cuenta titularidad del acusado.

17) 2.200 € con fecha 31 de marzo, entregado mediante cheque nº 1358362 contras la cuenta de Kutxabank.

18) 5.300 € con fecha 29 de marzo, mediante transferencia bancaria de ASUAL de su cuenta en el banco Santander 1271, a la cuenta titularidad del acusado.

19) 3.120 € con fecha 15 de abril, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL del banco Sabadell nº a la cuenta titularidad del acusado.

20) 5.570 € con fecha 14 de abril de 2016, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el banco Sabadell nº 4809, a la cuenta I titularidad del acusado.

21) 5.600 € con fecha 21 de abril de 2016, mediante transferencia de la cuenta de ASUAL en el titularidad del acusado. 4 a la cuenta

No ha quedado acreditado que el querellante entregara con fecha 20 de enero de 2016 y en metálico la cantidad de 31.820 euros. Tampoco ha quedado acreditado que el acusado efectuara diversas extracciones bancarias con una tarjeta de empresa del Banco Popular de la que disponía por importe de 4.830 euros.

El acusado no destinó ninguna de estas cantidades de dinero recibidas a la compra de repuestos, sino que se apoderó de ellas con ánimo de enriquecimiento ilícito, incorporándolas a su patrimonio y sin que a día de hoy haya devuelto cantidad alguna. El acusado fue despedido el 26 de mayo de 2016.

en la fecha de los hechos denunciados, presentaba un periodo activo de su trastorno por juego por lo que sus capacidades cognitiva y volitiva estaban ligeramente mermadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según establece, por ejemplo, la STC 185/2014, de 6 de noviembre:

“La doctrina de este Tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás "la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada" (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que "el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones" (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad "que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria" (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)”.

Similar es la doctrina del Tribunal Supremo. A tenor, por ejemplo, de la STS 850/2016, de 10 de noviembre,

“En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada”.

SEGUNDO.- La prueba practicada en el juicio oral acredita de modo suficiente para el vencimiento del derecho a la presunción de inocencia la participación del acusado en los hechos que se le imputan.

El grueso del relato del escrito de acusación es reconocido íntegramente por el acusado en el juicio oral y no controvertido por su defensa letrada. No existe discusión sobre la relación de confianza mantenida con el querellante sobre las circunstancias de la relación laboral, la contratación y la dedicación profesional de ambos y tampoco sobre la perspectiva de negocio que abrió la iniciativa del acusado en relación con la comercialización de repuestos de maquinaria que iba a reportar un beneficio a la empresa o empresas de las que el mencionado era administrador único; nueva vía de actividad empresarial que justificó las diversas entregas de dinero por parte de éste al acusado.

Tampoco se ponen en cuestión, con las excepciones que analizaremos a continuación, dichas entregas. Se reconocen por el acusado y su defensa y se documentan las transferencias y movimientos bancarios en los folios 36 a 59 del procedimiento, respaldando así el relato de las acusaciones.

No es objeto de debate, finalmente, y ello constituye, como veremos, la esencia de la ilicitud penal en su conducta, debiéndose dar por acreditado por la misma razón de la falta de controversia entre las partes, que el acusado se apoderó de todas las cantidades que figuran en el relato de hechos probados sin darles el destino acordado con el querellante.

Con ello tendríamos perfilado suficientemente el hecho delictivo, cuya trascendencia penal tampoco se pone en duda. Sin embargo, existe una discrepancia en la determinación de la cantidad total objeto de apoderamiento, la que, en consecuencia, ha de ser objeto de un pronunciamiento resarcitorio en materia de responsabilidad civil.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular la establecen en un importe total de 179.397 euros, suma de las entregas que se relacionan en sus respectivos escritos de acusación. La defensa entiende que de esas cantidades han de ser detraídas, por no reconocerse y no haber sido debidamente justificadas dos partidas.

La primera de estas cantidades que no se reconoce y se impugna es la que se refiere a la supuesta entrega de 31.820 euros con fecha 20 de enero de 2016. La segunda de las partidas es la que asciende a la cantidad de 4.830 euros que los escritos de acusación relacionan en último lugar como provenientes de diversas extracciones efectuadas con la tarjeta de empresa del Banco Popular de la que disponía el acusado.

La prueba de la que dispone no es suficiente para acreditar sin temor a incurrir en error la entrega por parte del querellante de la cantidad de 31.820 euros en metálico. Es evidente que se trata de una entrega extraña en el contexto del conjunto de las referenciadas, por su importe y por la inexistencia de una documentación bancaria que la respalde. Con relación al resto de entregas se ha acompañado documentación que acredita bien los reintegros bancarios bien las transferencias o cargos de cheques en cuenta por los importes respectivos. Esta constancia no existe con relación a la cantidad que hemos indicado, lo cual llama la atención y exige extremar la cautela en relación con la apreciación de la prueba existente sobre esa entrega.

El acusado y la defensa rechazan esta entrega en el juicio oral e indican que lo que sucede, en realidad, es que el querellante pretende incluir como perjuicio y recuperar por esta vía todos los gastos laborales que le supuso el cumplimiento de su contrato de trabajo con el acusado, no tratándose de una entrega en el marco de la nueva y supuesta iniciativa empresarial que está en el origen de los hechos del procedimiento.

No tenemos elementos de juicio para llegar esta conclusión pero tampoco para compartir la de las acusaciones. A falta de esa constancia documental, pretenden éstas valerse del documento firmado por el acusado que obra a los folios 60 a 63 de las actuaciones. En él no se habla, entre las cantidades entregadas “para diversas operaciones de compra y venta de repuestos y maquinaria” de la cantidad de 31.280 euros como entregada sino, en dos sitios diferentes, de una cantidad de 36.650 euros. La divergencia es notable. En el escrito de querrela se explica que de esa cantidad ha de deducirse la cantidad de 4.830 euros que se corresponde con un conjunto de extracciones efectuadas con la tarjeta de empresa y no justificadas, de manera que se llega así a la cantidad de 31.280 euros indicada.

La explicación no es convincente. No se entiende por qué si se tenía claro en ese momento que se había producido una entrega en metálico por ese importe no se indicó así claramente con el mismo detalle con el que aparecen relacionadas todas y cada una de las entregas restantes y tampoco por qué no se hizo ninguna referencia en el mencionado documento a la cuestión de las tarjetas de crédito. Es evidente que la partida no se correspondía con la realidad tal y como fue redactada, lo que mueve necesariamente a la duda.

Sucede lo mismo con las supuestas extracciones efectuadas con la tarjeta. No es razonable que no se incluyera el concepto en lo que se estimaba una relación de cantidades debidas por un supuesto uso indebido de la tarjeta en forma de extracciones no permitidas y no puede aceptarse sin más la explicación del escrito de querrela. Se transmite con nitidez la sensación de que se reclama un concepto global no claramente identificado y determinado y que la cantidad de 31.820 euros es una cantidad residual de cuya entrega se carece de cualquier

mínimo dato de corroboración, sensación que se acentúa si se tiene en cuenta cómo al folio 36, doc. nº 6 de la querrela, que se corresponde con un extracto bancario, aparecen unas anotaciones en las que se desglosa por un lado la cantidad de 36.650 euros como “efectivo” y por otro la de 4.830 euros como “visa”.

Existe una falta de rigor y de seguridad evidentes, que no se eclipsan por el hecho de que el acusado estampara la firma en el documento o por el hecho de que en el burofax remitido poco después se reconociera la deuda de los 179.937 euros. Es evidente que en esas fechas, cuando todo salió a la luz, el acusado, en la situación en la que se encontraba y en la que luego se profundizará, no podía ser conocedor con un mínimo detalle de las cantidades totales recibidas, el modo, en qué momento y el importe; lo prueba que diera su conformidad a una cantidad que según el propio querellante y la acusación particular era errónea en su propia definición.

Y para cerrar esta valoración, resta reparar en una evidente confusión en relación con las características de la utilización de la tarjeta que ha trascendido hasta el propio juicio oral. Ya el escrito de calificación de la defensa hacía pronosticar esta confusión cuando, aun sin incluir ninguna referencia en el relato de hechos o en la reclamación pecuniaria efectuada se aportó una documental relativa a facturas de restaurantes. En el juicio oral por la defensa se pregunta al querellante (min. 16:26 en la pista de su declaración) si se trataba de una tarjeta para pagos que no permitía extracciones a lo que contesta afirmativamente. Y con posterioridad, por misma acusación particular se pregunta al testigo Sr.

z, contable de la empresa, (aprox. min. 28:10), si era una tarjeta que permitía extracciones de cajero y contesta “entiendo que no”, siendo objeto a continuación de diversas preguntas relativas a supuestos pagos en restaurantes en Orio y Salamanca, suministros de combustibles, etc., que no habrían tenido la oportuna justificación y que, sin embargo, no constituyen objeto de este procedimiento, ni penal ni civilmente.

Es evidente, por todo ello, que no pueden computarse entre las cantidades entregadas al acusado lo que los escritos de acusación incluyen como última partida en su relación con el concepto de extracciones en cajero con tarjeta de empresa por importe de 4.830 euros.

En definitiva, a la cantidad total de 179.397 euros ha de restarse la de 36.650 que comentamos para arrojar un importe total sustraído de 142.747 euros.

No constituye propiamente una circunstancia atinente al relato de hechos de los escritos de acusación, pero sí que ha de tratarse brevemente en este apartado la alegación de la defensa en relación con un tercer motivo por el que pretende la minoración de la deuda derivada del hecho delictivo.

Está acreditado que la relación laboral se dio por extinguida con fecha 26 de mayo de 2016 con el despido disciplinario del acusado. A ese despido acompañó una cuantificación del finiquito a percibir por el acusado por importe de 1280,24, extendiéndose un cheque por el mismo (folios 99 y 100 de las actuaciones). El acusado y su esposa señalan que no lo cobraron y que se lo quedó el querellante. No tenemos, sin embargo, ningún elemento probatorio que permita la acreditación de este extremo. Aun no tratándose de un dato que afecte a las cuantías objeto de apoderamiento, no se puede dar por probado con efectos en la responsabilidad civil.

Finalmente, igualmente dentro de lo concerniente a la valoración de la prueba, resulta pertinente y relevante detenerse en la apreciación de la intencionalidad en la actuación del acusado. Hemos afirmado con anterioridad que no se cuestiona el apoderamiento de las cantidades entregadas sin destinar ni un solo euro a la finalidad acordada. Así lo reflejamos en el relato de hechos probados en el que, sin embargo, prescindimos de los añadidos con los que las acusaciones pretenden la apreciación, además, de una estrategia, concebida previamente al mismo momento de la entrega inicial, destinada al enriquecimiento ilícito.

No disponemos de una prueba suficiente para afirmarlo así, para establecer que todo fue un mero ardid para conseguir el dinero del que ya desde ese primer momento en el que comenzó a recibirlo. Cabe perfectamente la hipótesis de que sí existiera un propósito inicial, de hecho se habla de contactos y gestiones realizadas con el querellante, y que fuera posteriormente cuando surgió la voluntad de apoderamiento. Esta es la hipótesis que va a acoger la Sala como indiscutible en todo caso: el apoderamiento de las cantidades entregadas en depósito con una finalidad concreta que es ignorada. Es evidente que durante los meses en los que se produjo esta situación el acusado mantuvo al querellante en la creencia de la supuesta actividad a la que se estaba dedicando, sin embargo, pesa más el apoderamiento como evidencia residual sobre una hipótesis, la de la estratagema inicial, que, insistimos, no puede darse por acreditada.

Es ese apoderamiento el que, como veremos a continuación, permite la tipificación de la conducta delictiva.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 253.1 en relación con el artículo 249 CP.

Acogemos así, como consecuencia de todo el razonamiento anterior, la calificación alternativa de las acusaciones. La relevancia penal y la calificación jurídica de los hechos relatados no ha sido, en realidad, objeto de debate en el plenario. Es evidente la concurrencia de todos los elementos constitutivos del delito.

Como consecuencia de la reforma legal operada por la LO 1/2015, posteriormente a cuya entrada en vigor tuvieron lugar los hechos, 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 el artículo 253 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. No puede existir ninguna duda de que el acusado se apoderó con ánimo de enriquecimiento definitivo e ilícito de todas las cantidades que le entregó el querellante y que han sido relacionadas sin darles el destino con el que fueron recibidas.

Se trata de un delito de apropiación indebida que, además, ha de ser estimado como cualificado por la circunstancia quinta del artículo 250.1 CP, la cuantía superior a 50.000 euros, como consecuencia de la suma de todos los importes correspondientes a las entregas de dinero del que se apropió el acusado.

Las cantidades correspondientes a las extracciones no superan individualmente consideradas esa suma. Ha sido preciso proceder a la suma de ambas para apreciar la cualificación, lo que permite la regla establecida en el número 2 del artículo 74 CP, según la cual, en los delitos continuados “si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Por efecto del cómputo del perjuicio total la apropiación indebida se considera como cualificada y ahí ha de quedarse el efecto de la continuidad delictiva. Aplicar además la regla del apartado primero relativa a la imposición de la pena en su mitad superior incurriría en una violación del principio non bis in ídem. Así lo señalan numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, de entre las más recientes las SSTS 1050/2012, de 19 de diciembre, 22/2013, de 17 de enero y 292/2013, de 21 de marzo. Todas ellas mencionan el Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo de 31/10/2007 del que arranca esta doctrina.

En orden a la determinación de la pena, nos movemos, pues, en el ámbito que establece el artículo 250.1 CP: uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

La Sala no encuentra fundamento suficiente para la imposición de la agravante establecida en el número seis del mencionado artículo 250.1, el que se refiere al abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional.

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo parte de la evidencia de que es inherente al delito de apropiación indebida el quebrantamiento de unos deberes de lealtad y de la confianza previamente depositada en el autor;

convertirlo en sujeto vinculado por alguno de los títulos previstos en el artículo 252 supone por definición depositar en él, además de los bienes o el dinero, una confianza. Y entiende que para la aplicación de esta agravante es necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida.

No ha quedado determinada en este procedimiento, no ha sido alegada y tampoco se recoge en el relato de las acusaciones, ninguna situación especial merecedora de la sobrepenalización que representa esta circunstancia agravante. Simplemente querellante y acusado se conocían desde hace tiempo en el sector profesional de sus ocupaciones y esa relación propició el acuerdo sobre las entregas que permitió la comisión del delito.

Se extiende de forma sumamente ilustrativa sobre esta cuestión la más reciente STS 295/2013, de 1 de marzo, que de modo elocuente determina que el contexto y marco en el que el legislador pensó las agravaciones del art. 250 es el delito de estafa y por eso algunas o no son en absoluto aplicables a la apropiación indebida o, siéndolo, han de ser analizadas con mucho rigor pues su compatibilidad con el delito de apropiación indebida es menos "natural".

Hemos de reducir la aplicación del artículo 250.1 CP, por tanto, a la agravante del especial valor de la cuantía apropiada.

CUARTO.- Concorre en el acusado una circunstancia atenuante por un trastorno mental de ludopatía, con base en los artículos 21-7ª en relación con los artículos 20-1º y 21-1ª CP.

Podemos citar entre las más recientes, de entre las sentencias del Tribunal Supremo, la 78/2017, de 9 de febrero y la 994/21016, de 12 de enero de 2017. Establece esta última lo siguiente:

“En cualquier caso la jurisprudencia ciertamente ha considerado reiteradamente la ludopatía como una atenuante analógica, entendiendo que se trata de un trastorno que disminuye la voluntad pero no el discernimiento, exponiendo al respecto (SSTS 211/2014, 1426/2011, 1224/2006 o 659/2003) que la ludopatía, o adicción al juego, puede considerarse una dependencia síquica que, cuando es grave y determina de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego, permite ordinariamente la apreciación de una atenuante analógica del art. 21.6º en relación con el 21.2º, por tener análoga significación que otras adicciones graves prevenidas como atenuantes en el citado párrafo segundo del art. 21. Cuando es leve, y en consecuencia fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el Legislador ha establecido claramente en el art. 21. 2º que las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de

atenuación. Si esto es así incluso en casos de adicciones que crean dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia síquica como ocurre con la adicción al juego. Sólo en supuestos de excepcional gravedad puede llegar a plantearse la eventual apreciación de una eximente, completa o incompleta, cuando pericialmente se acredite fuera de toda duda una anulación absoluta o cuasi absoluta de la capacidad de raciocinio o voluntad del acusado. Pero solamente respecto de acciones temporalmente inmediatas al momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad del agente en torno al acto concreto de jugar, y no respecto de otros actos más lejanos, que requieren cuidadosa planificación".

Tomamos como base para la apreciación de esta circunstancia atenuante, en primer lugar, el informe del médico forense, cuya conclusión, defendida igualmente en el juicio oral, es (folio 128) que "todo apunta a que los hechos denunciados coinciden con el período activo de su trastorno por juego, por lo que su imputabilidad se encontraría disminuida por menoscabo de sus capacidades cognitiva y volitiva".

En segundo lugar, contamos con la intervención en el juicio oral, corroborando toda la documentación obrante en las actuaciones, de la Sra. [redacted], psicóloga perteneciente a la Asociación Ekintza, de ayuda a ludópatas de Bizkaia, que da cuenta en el informe obrante a los folios 86 a 88 del expediente y en el juicio oral del tratamiento de rehabilitación correspondiente a [redacted] y de su evolución y seguimiento, indicándose cómo se inició, a demanda del acusado, a finales de mayo de 2016. El tratamiento combina terapia grupal e individual en relación con ambas se indica que el seguimiento ha sido positivo.

Es evidente que tanto la pericia de la forense como de la Sra. [redacted] son suficientes para la comprobación de la concurrencia en el acusado de los patrones que definen a las personas afectadas por este trastorno, de manera que sus manifestaciones aparecen revestidas de consistencia, por encima de algunas indicaciones de la acusación particular, que niega la concurrencia de cualquier atenuación, tales como la forma supuestamente abrupta en la que surge y cesa el trastorno, con la disposición de efectivo y con el descubrimiento de los hechos.

Todo sale a la luz cuando la situación personal y familiar es insostenible y el mundo en el que vivía el acusado explota, lo que ha permitido conocer otras circunstancias de la demanda de efectivo que es propia de su adicción y a las que ha de atenderse como tercer elemento de juicio, visibles en la documentación aportada por la defensa, relativa a los préstamos, créditos y deudas de todo tipo asumidos por el acusado a la fecha de los hechos, que constan a los folios 214 y siguientes de los autos.

En conclusión, existe base suficiente para la apreciación de la atenuante que solicita el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, la Sala no puede aceptar la pretensión de la defensa tendente a la rebaja de grado vía atenuante cualificada o eximente incompleta, toda vez que en absoluto se tiene constancia de elementos de prueba que permitan la apreciación de una afectación mayor. Ya hemos visto que en la doctrina jurisprudencial estos supuestos excepcionales se contemplan en situaciones puntuales de acciones con una inmediatez temporal apreciable al momento en el que la ocasión de jugar se presenta, no siendo en modo alguno defendible esa intensidad en la minoración de la pena en una situación continuada durante meses en las que el ludópata va haciendo acopio de las cantidades que va a destinar al juego haciendo gala de una cierta planificación.

Ha de notarse, además, que la ludopatía y su incidencia han sido declaradas probadas fundamentalmente con base en informes periciales y declaraciones en juicio, con referencia en documentos que obran en las actuaciones, elementos todos ellos que tienen como presupuesto el análisis y el reconocimiento de la actuación del acusado, pero desconocemos todo lo relativo a las circunstancias de su intensa actividad dedicada al juego. La carencia probatoria en relación con este punto es notable. No hemos dispuesto de ninguna constancia documental o testifical del modo en el que jugaba, en qué lugares, con qué personas, etc., tampoco qué deudas asumió, a quién tuvo que pagar, e incluso carecemos de elementos rotundos que permitan afirmar que el destino del producto del delito haya sido, exclusivamente, la obtención de recursos para el juego; todo lo cual contrasta con la muy elevada cantidad que se dice jugada y no recuperada.

La apreciación de una atenuante muy cualificada o de una eximente incompleta, en estas circunstancias, resulta ciertamente no fundamentada.

Con todos estos condicionantes, la Sala, dentro del margen penológico antes señalado, entiende pertinente sobrepasar ligeramente la extensión mínima tanto en la pena de prisión como en la multa, atendiendo a la elevada suma objeto de apoderamiento, aun partiendo de la apreciación de la cualificación, llegando así a la imposición de una pena de prisión de dos años y una multa de ocho meses, si bien, en lo que se refiere a la cuota diaria de la multa, se estima procedente minorar la solicitada por las acusaciones estableciéndola en seis euros, próxima al mínimo legal, atendiendo a la situación patrimonial del acusado.

QUINTO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 109 CP, el acusado habrá de indemnizar en el importe de la cantidad objeto de apoderamiento.

El Ministerio Fiscal se refiere a la cantidad global a satisfacer a ASUAL y a SUPROSAN y en el juicio oral añade al querellante La acusación particular, por su parte, desglosa las cantidades que corresponden a las dos sociedades. La Sala no puede alcanzar la certeza acerca de lo que corresponde a una y otra y aprecia, sin embargo, que se trata de sociedades en las que, como no es controvertido, el querellante es administrador, con lo que entiende oportuno considerarlo el acreedor de la indemnización bien a título particular bien en su condición de administrador representante de las sociedades mencionadas.

Es evidente, por lo dicho anteriormente, que el importe de 142.747 euros que ha sido establecido no puede verse minorado por la cuantía del finiquito de la que se dice se apoderó el querellante, al no existir ninguna acreditación.

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 CP y 239 y ss. LECrim., procede la imposición al acusado de las costas del procedimiento, incluyendo las de la acusación particular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a [redacted], como autor penalmente responsable de un delito de apropiación indebida cualificado por la cuantía, a la pena de **PRISIÓN DE DOS AÑOS**, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE OCHO MESES**, con una cuota diaria de **seis euros**, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, todo ello con imposición de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

El acusado habrá de indemnizar a [redacted] z, a título particular y en su condición de Administrador de ASUAL ALQUILER DE MAQUINARIA S.L. y SUMINISTROS PROFESIONALES SANGRONIZ S.L. en la cantidad de CIENTO CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE (142.747) EUROS, con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta sentencia en forma legal a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.