



Roj: SAP BI 1414/2016 - ECLI:ES:APBI:2016:1414
Id Cendoj: 48020370062016100291
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 6
Nº de Recurso: 83/2015
Nº de Resolución: 58/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEXTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA -SEIGARREN SEKZIOA
BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - CP/PK: 48001

Tel: 94-4016867

Fax /Faxa: 94-4016995

NIG PV / IZO EAE: 48.04.1-13/016122

NIG. CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2013/0016122

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 83/2015 - E

Atestado nº / Atestatu-zk:

Hecho denunciado / Salaturako egitate: APROPIACIÓN INDEBIDA /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 7 zk.ko Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 1529/2013

Contra / Noren aurka: Marcos y Rafael

Procurador/a / Prokuradorea: ZIGOR CAPELASTEGUI CRISTÓBAL y ZIGOR CAPELASTEGUI CRISTOBAL

Abogado/a / Abokatua: JUAN MARÍA ZUZA LANZ y JUAN MARIA ZUZA LANZ

Luis Andrés en calidad de QUERELLANTE, Ana , en calidad de QUERELLANTE, Eugenia , en calidad de QUERELLANTE, Nuria en calidad de QUERELLANTE, Carlos en calidad de QUERELLANTE y María Rosario en calidad de QUERELLANTE

Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ, Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ y Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ, Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ, Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ y Abogado/a / Abokatua: IÑIGO IRUIN SANZ

Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIÉRREZ ARETXABALETA, Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA, Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA, Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA, Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA, Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA

SENTENCIA Nº 58/2016

ILMOS/AS. SRES/A.

D. ÁNGEL GIL HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO AREVALO LASSA

D^a MARÍA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos en juicio oral y público, presidido por la Sala compuesta por Los Magistrados reseñados en el encabezamiento, los presentes autos, rollo penal núm. 83/15 (provenientes del Juzgado de Instrucción número Siete de Bilbao, procedimiento abreviado nº 1529/13) seguidos por un delito de apropiación indebida, del que han sido acusados D. Marcos y D. Rafael, cuyas circunstancias constan en esta causa, representados por el Procurador D. Zigor Capelastegui Cristóbal y defendidos por el Letrado Sr. D. Juan M^a Zuza Lanz, habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal y como acusación particular D^a. María Rosario y otros representados por la Procuradora D^a Idoia Gutiérrez Aretxabaleta y defendidos por el letrado D. Iñigo Iruin Sanz.

Es Ponente de esta sentencia la Ilma. Sra. D^a MARÍA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao se incoaron Previas en virtud de querrela y practicadas las actuaciones necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos y personas responsables de los mismos, se acordó transformarlas en el procedimiento abreviado nº 1529/13. antecedente de esta causa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones definitivas calificó los hechos constitutivos de un delito de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252 en relación con el artículo 250.1.5º del Código: conceptuó responsable penal en concepto de autores a los acusados D, Marcos y D. Rafael; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: y solicitó que se le condenara por el delito de apropiación indebida a las penas de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, abono de costas y a que en concepto de responsabilidad civil los acusados junio con ¡T Sofía satisfagan conjunta y solidariamente a los herederos de D^a Carla en la cantidad de 217.428,87 euros por las cantidades apropiadas con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC .

TERCERO.- El letrado de la acusación particular, en el trámite de conclusiones definitivas, calificó los hechos constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 252 en relación con el artículo 250.1-6º y 7º del Código Penal en la redacción vigente en el momento de comisión de los hechos; conceptuó responsable pena) en concepto de autores a los acusados D. Marcos y D. Rafael; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; y solicitó que se le condenara por el delito de apropiación indebida a las penas de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, abono de costas incluidas las de la acusación particular y a que en concepto de responsabilidad civil los acusados satisfagan conjunta y solidariamente a los herederos de D^a Carla en la cantidad de 269.928,87 euros por las cantidades apropiadas respondiendo D^a Sofía en concepto de responsabilidad civil a título lucrativo de 115.000 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC .

CUARTO.- El letrado de los acusados y de D^a Sofía como responsable civil emitiendo las mismas conclusiones, mostró su disconformidad con las conclusiones de la acusación y solicitó la absolución de los acusados y de D^a Sofía como responsable civil.

II. HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se declara probado que los acusados D. Marcos, mayor de edad y sin antecedentes penales y su hijo D. Rafael, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el mes de marzo de 2009 eran titulares de la bodega Navayerri que atravesaba una mala situación económica por lo que el acusado D. Marcos requirió ayuda a su tío D. Bernardino y a la esposa de este D^a Carla, quienes atendieron a dicho requerimiento otorgando mediante escritura pública de 23 de marzo de 2009 un poder general para administrar su patrimonio a Favor de D. Marcos con un amplísimo catálogo de facultades y negocios jurídicos para cuya realización le facultaban.

Tanto D. Bernardino como su mujer D. Carla carecían de herederos con derecho a legítima y mediante sendos testamentos se habían otorgado recíprocamente la condición de heredero el uno al otro.

Tras el día 23 de marzo de 2009 el estado de salud de D^a Carla fue empeorando a causa de una serie de padecimientos aparejados a su avanzada edad provocando su incapacidad psicofísica para la administración de su patrimonio.

En virtud del poder conferido se llevaron a cabo una serie de disposiciones de dinero ordenadas por el acusado D. Marcos y bajo la supervisión de D. Bernardino, a favor de D. Marcos y de su hijo el también acusado D. Rafael, las cuales en gran parte fueron destinadas a la citada bodega, así de la cuenta nº NUM000 del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) cuyo titular era D. Bernardino el acusado D. Marcos ordenó en fecha 15-4-2009 una transferencia por importe de 30.090,64 euros y el día 16-4-2009 una transferencia de 10.030,64 euros y tres transferencias por importe cada una de ellas de 30.090.64 euros, cantidades que fueron abonadas todas ellas en la cuenta nº NUM001 de la misma entidad bancaria cuyos titulares eran los acusados y de la cual fueron transferidas la cantidad de de 60.000 euros a la cuenta de Bodega Navayerri en el Banco Popular Español SA. y la cantidad de 30.000 euros a la cuenta de Bodega Navayerri en el de la Caja Rural de Navarra y, de la cuenta nº NUM002 de la BBK cuya titular era D^a Carla el acusado D. Marcos realizó un reintegro de 12.500 euros el día 29-5-2009 y en fecha 5-6-2009 libró un cheque por importe de 70.000 euros, cantidad que fue ingresada en la en la cuenta de la Caja Laboral nº NUM003 cuyo titular era Bodega Navayerri.

En fecha 5 de agosto de 2009 fallece D. Bernardino dejando como heredera universal a D^a Carla, quien aquejada de una serie de padecimientos que le impedían administrar su patrimonio, falleció el día 11 de agosto de 2009 a las 11.30 horas.

En el periodo comprendido entre el 5 y el 11 de agosto de 2009 el acusado D. Marcos realizó los siguientes actos:

1º) El fecha 7 de agosto de 2009 el acusado D. Marcos ordenó el rescate del fondo de inversión asociado a la cuenta nº NUM004 de la Caja Rural de Navarra cuya propiedad ostentaba D^a Carla, ordenando posteriormente que el saldo del mismo que ascendía a 102.428,87 euros fuera traspasado a la cuenta corriente de la misma entidad nº NUM005 cuyo titular era el acusado D. Marcos.

2º) El día 11 de agosto de 2009 a las 13.21 horas, de común acuerdo con el acusado D. Rafael, el acusado D. Marcos ordenó el traspaso de 115.000 euros desde la cuenta de la BBK nº NUM002 cuya titular era D^a Carla siendo autorizado D. Marcos, a la cuenta de la misma entidad nº NUM006 cuya apertura había tenido lugar a tal efecto momentos antes en la sucursal sita en la calle Pío XII nº 9 de Luna, siendo sus titulares el acusado D. Rafael y su esposa D^a Sofía. No consta que con anterioridad a las 15,30 horas del citado día los acusados hubieran tenido conocimiento del fallecimiento de D^a Carla. En posteriores días D. Rafael y su esposa D. Sofía dispusieron de la citada cantidad.

Una vez ingresadas dichas cantidades en el patrimonio de los acusados y de D^a Sofía, estos dispusieron de las mismas destinándolas a fines diversos no constando que fueran los propios de la bodega.

Con posterioridad al fallecimiento de D^a Carla y mediante auto de 14 de enero de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao fueron declarados herederos abintestato únicos y universales de la misma su hermano D. Luis Andrés y los hijos de su hermana premuerta D^a Juana, D^a María Rosario y D. Carlos, quienes en fecha 1 de febrero de 2011 requirieron notarialmente a D. Marcos para que rindiera cuentas de la administración de los bienes antedichos no contestado el citado acusado al mismo.

D. Luis Andrés falleció el día 11 de julio de 2013 habiendo sido declaradas herederas abintestato del mismo sus hijas D^a. Ana y D^a Eugenia, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria que corresponde a su viuda D^a. Nuria.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El relato de hechos probados es fruto de la convicción a que llega el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 LECrim, tras ver y valorar la prueba practicada en el acto del juicio oral así como las diligencias de instrucción reproducidas de forma efectiva en dicho acto.

I En la declaración que prestó en el acto del juicio oral el acusado D. Marcos manifestó que D. Bernardino era el hermano de su padre pero la relación que mantenían era como paternofilia ya que el se quedó huérfano a los siete años y su tío no tenía lujos, sus tíos le cuidaron y le ayudaron en todo lo que necesitó y siendo estos mayores él les visitaba varias veces cada semana y estaba pendiente de sus necesidades y de los cuidados que precisaban y como la bodega que regentaban él y su hijo D. Rafael andaba mal y se necesitaba dinero para reflotar la bodega su tío le dio un poder para que no le tuviera que pedir dinero y lo único que le dijo su tío fue que no tocara el piso de Bilbao donde vivía con su esposa D^a. Carla, él siempre le comentaba a su tío lo que hacía, su tío estaba bastante bien para la edad que tenía, su tía estaba peor de la cabeza, tenía ratos buenos y otros malos, el día 7-7-2009 su tía ingresó en el hospital y después la llevaron a una residencia de Estella y al ir a la residencia perdió más y falleció el día 11 de agosto de 2009, unos días

antes, el día 5 de agosto, había fallecido su tío D. Bernardino quien También se encontraba en la residencia y cuando el día 11 de agosto de 2009 él ordenó el traspaso de dinero de la cuenta de su tía a una cuenta de su hijo D. Rafael y la esposa de este no sabía que su tía ya había fallecido, del fallecimiento de esta se enteró por la tarde del citado día. El acusado D. Marcos manifestó que el dinero de sus tíos del que dispuso se empleó en la bodega si bien tras ser preguntado para que concretara termino manifestando que su tío le dijo que ellos no necesitaban el dinero y podía disponer del mismo para lo que quisiera, En la declaración que prestó en el acto del juicio oral el acusado D. Rafael manifestó que la bodega Navayerri estaba en mala situación, él era quien se encargaba de la bodega, la cual tenía cuentas en cuatro entidades. La Caixa, Banco Popular, Caja Rural y Caja de Navarra y todo el dinero fue u pagos de la Bodega Navayerri. En la declaración que prestó en el acto del juicio oral la responsable civil D^a Sofía manifestó que el día 11-8-2009 su marido quedó con ella para abrir la cuenta y que todo el dinero que se sacó de la misma fue para pagos de la bodega.

En el acto del juicio oral declaró como testigo D^a Nuria quien manifestó que estaba casada con D. Luis Andrés que era hermano de D^a Carla por lo que esta era su cuñada, que la relación que tenían con D^a Carla era buena, su marido D. Luis Andrés estaba preocupado porque D^a Carla no tenía la cabeza bien, el día 8 de julio de 2009 ingresaron a D^a Luis Andrés en el hospital de Basurto y durante el ingreso hospitalario su marido y D^a Marina se turnaban para estar con ella un día cada uno de ellos, D^a Carla ya no conocía a las personas y tras salir del hospital fue a una residencia en Estella, el día 29 de julio de 2009 fueron a visitar a D^a Carla a la residencia de Estella y su estado era lamentable: el día 7 de agosto volvieron a visitar a D^a Carla y estaba muy mal y el día 11 de agosto cuando después de dejar las cenizas de D. Bernardino fueron a la residencia a visitar a D^a Carla les dijeron que esta acababa de fallecer y ella sobre las 12.00 horas del citado día llamó por el teléfono móvil a D^a Marina y le comunicó el fallecimiento de D^a Carla , D^a Marina le dijo que estaban en Bilbao y acordaron que se hiciera lo mismo que con D. Bernardino y por la tarde hicieron el funeral de D. Bernardino y D^a Carla .

En la declaración que prestó en el acto del juicio oral como testigo D^a Ana esta manifestó que era sobrina de D. Bernardino y D^a Carla con quien tenía buena relación, el día 11 de agosto de 2009 fueron a visitar a su tía D^a Carla a la residencia y les dijeron que su tía había fallecido y llamaron a D^a Marina para comunicarle el fallecimiento de D^a Carla la relación de sus tíos D. Bernardino y D^a Carla con D. Marcos y D. Rafael era buena como con su padres, cuando D^a Carla estuvo ingresada en el hospital de Basurto su padre se turnaba con D^a Marina , un día estaba su padre y otro D^a Marina , ella y su familia no supieron nada del poder hasta que recibieron lo de Hacienda tras lo que su padre tuvo contacto por tal motivo con D^a Marina e intentaron quedar para que le dieran explicaciones pero anulaban las citas y no les dieron explicación alguna

En la declaración que prestó en el acto del juicio oral la testigo D^a María Rosario manifestó que era sobrina de D^a Carla , que el día 11 de agosto de 2009 por la mañana fueron a visitarla a la residencia y les dijeron que se había muerto, su tía Ana llamó por teléfono a D^a Marina sobre las 12.00 horas y le comunicó el fallecimiento, con anterioridad el día 28 de julio de 2009 habían hecho otra visita a su tía D^a Carla y estaba atada y no les reconoció.

En la declaración que prestó en el acto del juicio oral la testigo D^a Marina , esposa del acusado D. Marcos y madre del acusado D. Rafael , esta testigo manifestó que el día 11-8-2009 vinieron a Bilbao de dejar las cenizas de D. Bernardino en el cementerio y después ellos (su marido e hijo) se fueron a Pamplona porque tenían que hacer cosas, los sobrinos de D^a Carla le llamaron a ella para comunicar la muerte de D^a Carla y ella se lo comunicó a su marido e hijo cuando volvieron por la tarde sobre las 15.30 o 16,00 horas.

A los folios 113 a 116 obra copia del poder ante notario otorgado en fecha 23-3-2009 por los cónyuges D. Bernardino y D^a Carla a favor de D. Marcos , en el que los primeros confieren a favor del Sr. Marcos un poder general de administración de sus patrimonios para que actuando en nombre y representación de los poderdantes pueda ejercitar las numerosas facultades que se relatan, entre otras, administrar en los más amplios términos bienes muebles e inmuebles, celebrar negocios de gravamen y de disposición de bienes muebles o inmuebles, hacer y aceptar donaciones, ejercitar las facultades conferidas aun cuando el apoderado incida en la figura jurídica del autocontrato o exista contraposición de intereses, subsistiendo el poder aun citando los poderdantes fueran incapaces sin perjuicio del inciso final del ultimo párrafo del artículo 1732 CC .

Asimismo de la documental obrante en los autos resulta acreditado que el acusado D. Marcos tras el otorgamiento del poder por sus tíos efectuó las siguientes operaciones; antes del fallecimiento de su tío D. Bernardino ocurrido en fecha 5-8-2009 el acusado D. Marcos ordenó cinco transferencias por un importe total de 130.393.20 euros de la cuenta nº NUM000 del BBVA titularidad de D. Bernardino , las cuales se efectuaron los días 15 y 16 de abril de 2009 y cuyos importes se abonaron en la cuenta NUM001 del BBVA cuyos titulares eran los acusados D. Marcos y D. Rafael y de esta cuenta el día 17-4-2009 se transfirió

a la cuenta de Navayerri SI. en el Banco Pastor la cantidad de 60.000 euros y el día 15-4-2009 se trasladó a la cuenta de Navayerri SI. en la Caja Rural de Navarra la cantidad de 30.000 euros (ello resulta de la documentación obrante a los folios 85, 155, 156, 178, 179, 422 y 456 de los autos) y de la cuenta NUM002 de la BBK de la que era titular de D^a Carla (estando autorizados D. Bernardino y el acusado D. Marcos) el acusado D. Marcos en fecha 29-5-2009 realizó un reintegro por importe de 12,500 euros y en fecha 5-6-2009 libró un cheque por importe de 70.000 euros que se ingresó en la cuenta de Navayerri SL en la Caja Laboral Popular (ello resulta de la documentación obrante a los folios 62, 200, 201, 202, 278, 323, 324, 373, 374 y 375 de los autos); tras el fallecimiento de su tío D. Bernardino el acusado D. Marcos en fecha 7-8-2009 ordenó el rescate del Fondo de Inversión asociado a la cuenta número NUM004 de la Caja Rural de Navarra cuya titular era D^a Carla y su importe de 102.428,87 euros lo traspasó a la libreta de ahorro n^o NUM005 de la Caja Rural de Navarra cuyo titular era él, tal como resulta de la documentación obrante a los folios 92, 122, 123, 133 a 135, 143 a 145, 188, 189 y 322 de los autos y, por último, el día 11 de agosto de 2009 a las 13.21 horas el acusado D. Marcos ordenó el traspaso de 115.000 euros desde la cuenta de la BBK n^o NUM002 de la que era titular D^a Carla y estaba autorizado D. Marcos a la cuenta de la misma entidad n^o NUM006 que a tal efecto había sido abierta momentos antes en la sucursal sita en la calle Pío XII n^o 9 de Iruña siendo sus titulares el acusado D. Rafael y su esposa D^a Sofía tal como resulta de la documentación obrante al folio 62 vuelto, 72, 119, 120, 121, 279, 339 a 341 y 391 a 400 de los autos.

Al folio 29 de los autos obra el certificado de defunción de D^a Carla en el que consta que falleció a las 11.30 horas del día 11-8-2009.

II De la prueba practicada resulta acreditado que D. Bernardino y su esposa D^a Carla para atender a la mala situación económica que tenía la Bodega Navayerri, mediante escritura pública de 23 de marzo de 2009 otorgaron un poder general a favor de D. Marcos con un amplísimo catálogo de facultades y negocios jurídicos para cuya realización le facultaban y que incluíd hacer y aceptar donaciones autorizándole a incurrir en la figura jurídica del autocontrato aun cuando el apoderado tuviera interés y ello, tal como reconoció el acusado D. Marcos en el juicio oral, a fin de que D. Marcos pudiera disponer de dinero para reflotar la bodega sin necesidad de tenerles que pedir en cada momento de necesidad. El acusado D. Rafael manifestó que todo el dinero del que se dispuso se destinó a la bodega de Navayerri.

Pese al reconocimiento por el acusado D. Marcos del fin para el que sus tíos le dieron el poder y las manifestaciones de los dos acusados de que el dinero se destinó a la bodega, el acusado D. Marcos no ha rendido cuentas del dinero de sus tíos del que dispuso y de su destino a la bodega Navayerri y de la prueba practicada lo que ha resultado acreditado es que tras el otorgamiento del poder general a favor de D. Marcos este ordenó una serie de disposiciones de dinero de cuentas de sus tíos D. Bernardino y D^a Carla por un importe total de 430.222,07 euros y únicamente 160.000 euros fueron ingresados euros en las cuentas de la bodega Navayerri, sin que el resto de dinero haya sido destinado a Bodega Navayerri para reflotarla, Pueden distinguirse dos periodos, un primer periodo que abarca desde el otorgamiento por D. Bernardino y D^a Carla del poder general en fecha 23-3-2009 hasta el día 5-8-2009 en el que falleció D. Bernardino y se extinguió el poder por el otorgado y un segundo periodo que desde este día 5-8-2009 hasta el día 11-8-2009 en el que D. Marcos hizo ordenó la última disposición y falleció D^a Carla .

En el primer periodo el acusado D. Marcos ordenó disposiciones por un importe total de 212.893,20 euros de los cuales 160.000 euros fueron ingresados en cuentas de la bodega Navayerri, en este primer periodo que es en el único que se destinan 160.000 euros a la Bodega Navayerri, el acusado D. Marcos manifiesta que él le daba cuenta a su tío D. Bernardino y a este le parecía bien por lo que pese a desconocerse el destino de la cantidad de 52.893,20 euros que no se ingresó en las cuentas de la Bodega Navayerri puede entenderse ratificado por D. Bernardino la disposición que el acusado hizo de esta cantidad.

En el segundo periodo que abarca desde el día 5 de agosto de 2009 hasta el siguiente día 11 de agosto de 2009 el acusado D. Marcos en fecha 7-8-2009 ordenó el rescate del Fondo de Inversión asociado a la cuenta número NUM004 de la Caja Rural de Navarra de su tía D^a Carla y su importe de 102.428,87 euros lo traspasó a la libreta de ahorro n^o NUM005 de la Caja Rural de Navarra cuyo titular era el propio acusado D. Marcos que dispuso del dinero sin destinarlo a la bodega Navayerri y, el día 11 de agosto de 2009 a las 13.21 horas, el acusado D. Marcos de común acuerdo con el acusado D. Rafael, ordenó el traspaso de 115.000 euros desde la cuenta de la BBK n^o NUM002 de la que era titular D^a Carla, a la cuenta de la misma entidad n^o NUM006 que a tal efecto había sido abierta momentos antes por el acusado D. Rafael y su esposa D^a Sofía, quienes dispusieron del dinero sin destinarlo a la bodega Navayerri. En este segundo periodo D. Bernardino ya había fallecido y el poder de esta se había extinguido y D. Marcos no pudo dar cuenta alguna a su tía D^a Carla debido al precario estado de salud de que ésta tenía con pérdida de conocimiento

tal como resulta de la documentación médica de la misma obrante en autos y ha resultado acreditado de la prueba testifical practicada, estado de salud que determinó su muerte el mismo día 11 de agosto de 2009 y que era conocido por D. Marcos quien manifestó que debido al estado en que se encontraba su tía tras salir del hospital en el mes de julio de 2009 tuvieron que ingresarla en la residencia y días después -en los cuales no conocía ni a sus familiares más directos y estuvo atada-, falleció, de hecho. D^a. Carla ya había fallecido cuando el acusado D. Marcos de común acuerdo con el acusado D. Rafael ordenó la disposición de 115.000 euros de la cuenta de D^a Carla a la cuenta que el acusado D. Rafael de común acuerdo con el acusado D. Marcos abrió a tal efecto ese mismo día junto con su esposa, si bien los citados acusados manifiestan que desconocían el óbito manifestación que resulta acreditada por la declaración testifical de D^a Marina, esposa de D. Marcos y madre del D. Rafael, quien manifestó que si bien a ella le comunicaron el fallecimiento de D^a Carla sobre las 12.00 horas ella no pudo comunicárselo a los acusados hasta las 15.30 o 16,00 horas.

La documental aportada acredita que las cantidades de 102,428,87 euros de la que se dispuso el día 7-8-2009 y de 115.000 euros de la que se dispuso el día 11-8-2009 no fueron destinadas a la Bodega Navayerry, revelándose falsa la manifestación de los acusados de que el dinero se destinó a la bodega sin prueba alguna de fácil aportación si hubiera sido cierta tal manifestación

De este modo el acusado Sr. Marcos dispuso de 102.428.87 euros de su tía en su propio beneficio y, de común acuerdo con su hijo D. Rafael, de 115.000 euros de su tía en beneficio de dicho hijo y su nuera, dando así al dinero de su tía D^a. Carla un destino distinto al previsto por esta al otorgar el poder general con amplias facultades para disponer de dinero para destinado a la bodega Navayerry para reflotarla, con el consiguiente perjuicio patrimonial de D^a. Carla, quien no había realizado una donación de sus bienes a D. Marcos ni había dispuesto mortis causa a favor de este o de su hijo, dejando como herederos a sus familiares de sangre más directos.

SECUNDO,- Los hechos declarados probados que ocurrieron los días 7 y 11 de agosto de 2009 son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida agravada por la cuantía previsto y penado en el artículo 252 y 250.1.6^a en relación con el artículo 74 del Código Penal en la redacción vigente en el momento de comisión de los hechos. No concurre la agravante de abuso de las relaciones personales dada la naturaleza del delito cometido.

Las sentencias de esta Sala 47/2009, de 27 de enero; 625/2009 de 16 de junio; 732/2009, de 7 de julio; 547/2010, de 2 de junio; y 504/2013. de 10 de junio, argumentan en estos términos sobre los requisitos del delito de apropiación indebida:

"En el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diverso, perfectamente discernibles: la que consiste en la "apropiación" propiamente dicho y la legalmente caracterizada como "distracción". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto -el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende se debió incardinar el hecho enjuiciado- la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente va quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto".

"Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de luca en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que lo hayan rodeado y dotado de una especial significación (véase STS de 7 de diciembre de 2.001). Ratificando esta doctrina hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones "se apropiaren" y "distrajeran" utilizadas por el art. 252 CP -y por los que precedieron en Textos anteriores- en la definición

del delito cuestionado. 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 distinta 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 apenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito".

El mandato, según reiterada jurisprudencia, a uno de los títulos comisivos del delito de apropiación indebida y por él se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra y cuando es general como en el presente caso es comprensivo de un amplísimo catálogo de negocios y facultades para cuya realización se faculta al mandatario en nombre y representación del mandante o mandantes. En el presente caso el mandatario Sr. Marcos dispuso en dos ocasiones de dinero de la mandante D^a. Carla para un fin distinto al previsto por la mandante y la cantidad de la que dispuso para un fin distinto en cada una de las ocasiones era superior a 50.000 euros por lo que nos hallamos ante un delito continuado de estafa agravado por la cuantía previsto y penado los artículos 252 y 250.1.6^a en relación con el artículo 74 del Código Penal .

A mayor abundamiento y toda vez que el acusado D. Marcos estaba autorizado en las cuentas de su tía D^a. Carla ha de recordarse que la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo viene reconociendo la existencia de una relación de mandato entre el titular de una cuenta corriente y la persona a la que autoriza para disponer de la misma, como son exponentes las Sentencias 798/1998, de 28 de julio , 424/2008, de 19 de mayo , 223/2005, de 3 de abril y 67/2010, de 11 de febrero .

No se considera de aplicación el subtipo agravado de! nº 7 del artículo 250 del CP dada la naturaleza del delito de apropiación indebida y que el acusado D. Marcos tenía poderes de sus tíos a causa de la confianza que estos tenían depositada en él y el otorgamiento do poderes generales con amplias facultades supone en sí mismo la concesión de una confianza que de no existir impediría el mismo nombramiento aunque luego se vea defraudada por la acción delictiva.

TERCERO.- El delito de apropiación indebida es un delito especial porque la acción típica solo la puede realizar quien está ligado con el sujeto pasivo por una especial relación dada por el título por el que recibe la posesión de las cosas porque solo el puede quebrantar el bien jurídico de la confianza que juntamente con el de la propiedad protege el artículo 252 CP . El extraño puede ser participe no como autor propiamente dicho pero sí como inductor o cooperador necesario. En el presente caso es responsable penal en concepto de autor D. Marcos quien reúne todos los requisitos legales para ser considerado responsable penal en concepto de autor conforme a lo dispuesto en el artículo 28 pfo. 1º CP toda vez que fue a él a quien apoderaron los mandantes para que destinara su dinero a la Bodega Navayerrí para reflotarla siendo cooperador necesario el acusado D. Rafael que de común acuerdo con el acusado D. Marcos abrió una cuenta a su nombre (y el de su cónyuge) para que momentos después el acusado D. Marcos ordenara transferir de la cuenta de D^a Carla a dicha cuenta la cantidad de 115.000 euros de la que dispuso D. Rafael y su cónyuge.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En el presente caso tanto la cantidad distraída el día 7-8-2009 como la cantidad distraída el día 11-8-2009 son superiores a 50.000 euros, cantidad a partir de la cual ha de apreciarse el subtipo agravado de notoria cantidad castigado con pena de 1 o 6 años de prisión por lo que siendo delito continuado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74.1 del Código Penal , la pena se ha de imponer en su mitad superior, es decir, de 3 años seis meses y un día a seis años. Por lo que se refiere al acusado D. Marcos y toda vez que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal procede imponerle la pena de 3 años seis meses y un día. Al acusado D. Rafael se considera procedente aplicarle lo dispuesto en el artículo 65.3 del Código Penal e imponerle la pena de diecinueve meses de prisión.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes los dos acusados (art. 116 CP) junto con D. Sofía está hasta el límite de 115.000 euros por su participación de los efectos del delito a título lucrativo (art 122 CP). conjunta y solidariamente deberán indemnizar a los herederos de D^a Carla con la cantidad de 217.428,87 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC .

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal se imponen las costas a los acusados, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que debemos condenar y condenamos a los acusados D. Marcos y D. Rafael por un delito continuado de apropiación indebida de notoria cuantía, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a D. Marcos como autor a la penas de TRES AÑOS, SEIS MESES y UN DÍA DE PRISION con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a D. Rafael a la penas de DIECINUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, se condena a los acusados al pago por partes iguales de las costas causadas incluidas las de la acusación particular y se condena a los acusados a que a junto con la participe a título gratuito D^a Sofía , esta hasta el límite de 115.000 euros, indemnicen conjunta y solidariamente con la cantidad de 217.428,87 euros a los herederos de D^a Carla con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC y al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber su derecho a recurrirla, previniéndoles que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a la causa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ