

Roj: **STS 3432/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3432**Id Cendoj: **28079120012015100465**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2015**Nº de Recurso: **122/2015**Nº de Resolución: **414/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP J 1204/2014,**
STS 3432/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Herminia**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, que condenó a la acusada como autora penalmente responsable de un delito de apropiación indebida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Franco, Nazario y Visitacion, representados por el Procurador Sr. Jimenez Cozar, y dicha recurrente representada por el Procurador Sr. Delgado de Tena.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Jaén, incoó Procedimiento Abreviado con el número 617 de 2014, contra Herminia, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, cuya Sección Tercera, con fecha 22 de diciembre de 2014, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Aparece probado y así expresamente se declara, valorando en conciencia las pruebas practicadas en el Juicio Oral que la acusada Herminia, mayor de edad, nacida el NUM000 de 1955, con D.N.I. número NUM001, no constando sus antecedentes penales, fue nombrada por Auto de 14 de enero de 2005 (número 14) dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jaén, en autos número 534/04 tutora de sus sobrinos menores de edad Visitacion, Franco y Nazario, al haber fallecido sus padres.

En base a ese cargo de tutora se constituyó como cotitular indistinta en las cuentas bancarias de sus tutelados, incluida una libreta aperturada en la entidad La Caixa con número NUM002 en que había la cantidad de 63.983 euros provenientes de una indemnización que los menores habían recibido por fallecimiento de su padre en accidente de tráfico.

Posteriormente, guiada de un ánimo de ilícito beneficio, abre en Toledo, en la misma entidad, otra cuenta corriente a la que traspasó los fondos que había en la anteriormente citada, y una vez estaban en esta nueva cuenta, en su condición de tutora, el 18 de junio de 2007 realizó tres transferencias a nombre de su yerno Ambrosio por importes de 1.868,57 euros, 22.885,12 euros y 2.546,52 euros, total, 27.300,21 euros, desconociendo éste que la acusada realizaba estas operaciones sin conocimiento ni consentimiento de los menores. La acusada se apropió de esta cantidad en beneficio propio sin que los tutelados la hayan recuperado.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



FALLO: Que debemos condenar y condenamos a la acusada Herminia , como responsable criminalmente en concepto de autora de un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA, tipo básico, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, la acusada deberá indemnizar a los perjudicados Visitacion , Franco y Nazario en la cantidad de 27.300,21 euros, con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Herminia , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de la recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO .- Se interpone al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim por haberse vulnerado a lo largo del procedimiento y en la propia Sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la Ley contenidos en el artículo 24.1.2 de la C.E

SEGUNDO .- Se interpone al amparo del artículo 849.2 de la LECriminal , al haber incurrido el Tribunal sentenciador en error de hecho en la apreciación de la prueba, demostrado por documentos auténticos obrantes en autos.

TERCERO .- Se interpone al amparo del artículo 849.2 de la L.E.Criminal. al haber incurrido el Tribunal sentenciador en error de hecho en la apreciación de la prueba demostrado, por documentos auténticos obrantes en autos.

CUARTO .- Se interpone al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 131 del Código Penal en su redacción de 1995, vigente cuando supuestamente ocurrieron los hechos.

QUINTO .-Se interpone al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal por infracción de Ley y subsidiariamente para el caso de que no sea estimado el motivo anterior. Consiste en la aplicación indebida de los artículos 252 en relación con el artículo 249 del C.P .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y apoya el cuarto motivo desestimando los restantes por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintitrés de junio de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Articula la recurrente, condenada como autora de un delito de apropiación indebida, tipo básico, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, cinco motivos de casación: **el primero por infracción de preceptos constitucionales al amparo de los arts. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim** , por vulneración a lo largo del procedimiento y en la propia sentencia, del derecho a la tutela judicial efectiva y al Juez ordinario predeterminado por la Ley, art. 24.1 y 2 CE ; **el segundo y el tercero por infracción de Ley, al amparo ambos del art. 849.2 LECrim , error de hecho en la apreciación de la prueba**, demostrado por documentos auténticos obrantes en autos que acreditan la equivocación del juzgador, **el cuarto por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 131 CP** , en su redacción anterior a la LO. 5/2010 y no aplicar **la prescripción del delito** de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 CP , **y el quinto subsidiario del motivo anterior, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim** , al haberse aplicado indebidamente los arts. 252 y 249 CP , al no ser cierto que la acusado se haya apropiado de cantidad alguna en su beneficio. Dado que el Ministerio Fiscal en el tramite del art. 882 LECrim , apoyó el **motivo cuarto** y la recurrente en el traslado de los escritos del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, conforme el párrafo 2º del mismo art. 882, solicitó -ante el apoyo del Ministerio Fiscal- que se resolviera en primer lugar referido motivo, procede su análisis prioritario, por cuanto su eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes.

SEGUNDO: Analizando, en consecuencia, **el motivo cuarto se basa en el art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 131 CP , en su redacción de 1995, al considerar la sentencia que los hechos probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 CP , y no aplicar la prescripción de los mismos contenida en dicho precepto en su redacción anterior a la LO. 5/2010.**



El recurrente tras recoger lo que dice la Sentencia en su fundamento de derecho segundo sobre la prescripción dice que comparte íntegramente el razonamiento establecido en la Sentencia, si bien no comparte su sistemática, por considerar, que antes de pronunciarse sobre la fecha de inicio de cómputo de plazo, debería haber indicado, cuál de las dos tesis (M. Fiscal o Acusación o Defensa) acoge.

Por ello no está más indicar que la tesis acogida favorablemente por el Tribunal, fue la que la defensa planteó subsidiariamente para el caso de que la Sala estimara que los hechos enjuiciados eran constitutivos de delito, y así en el fundamento jurídico tercero, se dice textualmente: "Los hechos que se declaran probados, son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código penal, en relación con el artículo 249 de dicho Código".

Y razona: "Ahora bien, este Tribunal considera que no puede aplicarse el tipo agravado del artículo 250.1 y 74 del Código Penal (abuso de relaciones personales) antes de la reforma llevada a cabo por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, ahora 250.1.6º, con el mismo contenido que aquella agravación, y ello por lo siguientes (.....).

Como consecuencia de dicha declaración, hay que convenir que el tipo por el que se condena es el básico del 252 en relación con el 249 del Código Penal.

Y hay que convenir que dada la fecha en que ocurrieron los hechos 18/06/2007, el Código aplicable es el anterior a la LO 5/2010, y que los plazos de prescripción son los contenidos en dicho Código, es decir, tres años los restantes delitos menos graves (el tipo por el que se condena no excede de tres años).

Y es aquí, cuando surge la discrepancia por la que se articula este motivo de recurso, dado que la Sentencia no acoge el instituto de la prescripción alegado por esta parte, por los siguientes motivos, que establece en su fundamento jurídico segundo (que transcribe el recurrente).

Está de acuerdo con la Sentencia cuando fija el tiempo a computar de tres años al condenar por el tipo del artículo 252 en relación con el artículo 249 del CP .

Pero entiende que la Sentencia manejando un criterio a su modo de ver civilista afirma: Ahora bien, sucede que en determinados supuestos, puede ocurrir que los presuntos perjudicados desconozcan la fecha de dicha comisión, como aquí ocurre, porque no tienen acceso a las cuentas que la tutora en virtud del cargo que ostenta controla y maneja.

En el presente supuesto tampoco estamos ante uno de los casos reseñados en el artículo 132 párrafo 2º del Código Penal (modificada por LO 5/2010, de 22 de junio, pero aplicable a los hechos aquí enjuiciados), que para determinados delitos que allí se mencionan los términos de la prescripción se computarán desde el día en que la víctima menor de edad haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciese antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento.

No nos encontramos ante uno de los delitos contemplados en el artículo 132, sino ante una apropiación indebida; no obstante y sentado que los hechos enjuiciados a tenor del fallo de la Sentencia, son constitutivos de un delito de apropiación indebida básico, castigado con penas de seis meses a tres años y que los hechos ocurrieron según recoge la misma/ el 18 de julio de 2007, aun partiendo de la fecha en que alcanzó la mayoría de edad el menor de los hermanos, Nazario , que nació el NUM003 de 2008, por tanto el delito estaría prescrito, dado que la Sentencia recoge como "dies ad quem" para computar el plazo de prescripción el de presentación de la querrela 30 de abril de 2012 (fundamento jurídico segundo penúltimo párrafo), si bien, esta parte a efectos meramente polémicos (dado que el resultado práctico es e) mismo), considera que sería más adecuado fijar como "dies ad quem" el Auto de 12 de julio de 2012, por el que se incoan las diligencias previas de Procedimiento Abreviado.

Estima el recurrente que tanto si computamos como inicio del plazo la fecha de perpetración del delito (18-06-2007), que sería lo correcto, como si tomamos como inicio el día en que el menor de los hermanos alcanza la mayoría de edad (NUM003 de 2008), el plazo de tres años habría transcurrido antes de la presentación de la querrela (30 de abril de 2012).

La Sentencia que ahora se recurre, considera dies a quo: "la fecha de obtención de los extractos bancarios por parte de los que fueron tutelados una vez alcanzada la mayoría de edad del último de los hermanos, siendo aquella fecha la del 5 de octubre de 2009, en que pudieron conocer exactamente las disposiciones de dinero por parte de la tutora, lía de aquéllos, comenzando entonces el plazo de prescripción, siendo el día final o "dies ad quem" el de presentación de la querrela, 30 de abril de 2012, incoándose las correspondientes diligencias previas".

Los hermanos siempre fueron cotitulares de la cuenta, pudiendo consultarla y disponer de ella desde su mayoría de edad (Visitacion en cualquier momento dado que nunca estuvo sometida a tutela), y lo que va



en contra de toda lógica, es hacer depender los plazos de prescripción, de la mayor o menor laboriosidad de la entidad financiera.

La Sentencia según el recurrente, confunde los plazos e inicio de la prescripción civil con los plazos e inicio de la prescripción penal y por ello no está de más transcribir aquí la Sentencia de la Sala Segunda del TS de fecha 20/10/1993 , que acogiendo el motivo de recurso articulado, por no haberse apreciado en la instancia la prescripción alegada, determina, que la fecha de inicio de dicha institución, no puede hacerse depender de la práctica o no de una prueba pericial (...) "*es evidente que el Tribunal a quo sigue el criterio civilista de la actio nata y no del de comisión del delito, único aceptable para valorar la prescripción penal*" (..).

El motivo que es apoyado por el Ministerio Fiscal deberá ser apoyado.

Sobre el tema de la prescripción tiene declarado esta Sala en numerosos precedentes -por todas 760/2014 de 20.11 que presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS 839/2002, de 6- 5 ; 1224/2006, de 7-12 ; 25/2007, de 26-1 ; y 793/2011, de 8-7 , 1048/2013 de 19.9) y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del tramite del recurso casacional (SSTS. 1505/99 de 1.12 , 1173/2000 de 30.6 , 1132/2000 de 30.6 , 420/2004 de 30.3 , 1404/2004 de 30.11).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o paralización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, - como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim -, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim , en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10.5).

Como se afirma en la STC. 195/2009 de 28.9 , con cita SSTC. 157/90 de 18.10 y 63/2003 de 14.3 : "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings , § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

TERCERO: Acerca de la determinación del tiempo que se tiene en consideración para el cálculo de la prescripción, se dice en SSTS. 376/2014 de 13.5 y 759/2014 de 25.11 que hemos de partir de que nuestro derecho no acude a criterios procesales o adjetivos para la determinación (vgr. Procedimientos por faltas, abreviado, ordinario por sumario, etc.) sino a criterios sustantivos referido a la penalidad asignada al delito, todavía es preciso determinar si el delito o falta a tener en cuenta es aquel que se denuncia, se imputa o acusa al responsable (procedimiento seguido) o aquél por el que resulta condenado.

Sobre este punto existió polémica sobre la que se pronuncia esta Sala y el Tribunal Constitucional.

Así la jurisprudencia tradicional de esta venia manteniendo que una vez iniciado el procedimiento para el cómputo del término de prescripción por paralización habrá de acudir al título de imputación, de manera que si el procedimiento se seguía por delito, aunque en último término, tras la celebración del juicio oral, la acusación pública transforma su inicial acusación en falta o el propio tribunal estime como es correcta la calificación jurídica de los hechos enjuiciados como constitutivos de una falta, no actúan en el ámbito de su tramitación. En reducidos plazos la prescripción de las faltas por razones de seguridad jurídica y por exigirlo así el principio de confianza (vid SSTS. 592/2006 de 28.4 , 1444/2003 de 6 , 11 , 481/96 de 21.5 , 318/95 de 3.3 , 611/93 de 30.7 .

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/2010 de 19 de julio , que además invoca la nº 63/2005 de 14 de marzo y 29/2008 de 20 de febrero nos dice: 1) "..... el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la



acción penal de denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) (SSTS 63/2005, de 14 de marzo, F. 6 ; 29/2008, de 20 de febrero , F. 12). Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la "autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas", o, en otras palabras, si constituye "una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi", que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de ésta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable".

El criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia aludida ha sido acogido posteriormente por el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del T. Supremo, en su reunión de 26 de octubre de 2010, según el cual: " *Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador.*

Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito o falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado "

CUARTO: En el caso que nos ocupa al considerar la sentencia recurrida que los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249, tipo básico, cuya pena sería de 6 meses a 3 años de prisión, el plazo prescriptivo de dicha pena, conforme el art. 131.1 apartado 5, en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por LO. 5/2010 de 22.6 , esto es la modificación operada por LO. 15/2003 de 25.11 que entre otros plazos estableció el de *10 años* cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación *por más de 5 años y que no exceda de 10; el de 5 años* cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación, *por más de 3 años y que no exceda de 5; y el de tres años, los restantes delitos menos graves*,- que serían los castigados con pena de prisión de *3 meses a 3 años*-. Plazo éste último que es el que la sentencia considera aplicable y las partes no cuestionan.

La discrepancia surge en relación al día de inicio del conjunto del referido plazo, que la sentencia establece como "aquel en que los titulados, ya alcanzada la mayoría de edad, que sería para el último de los tres hermanos, Nazario , el NUM003 .2008 -nació el NUM003 .90 y sus otros dos hermanos Franco , el NUM004 .88 y Visitación el NUM005 .86, acuden al Banco a obtener extracto de la cuenta bancaria a fin de comprobar los movimientos habidos en la misma, emitiéndose estos extractos el 5.10.2009, como aparecen en los documentos que obran a los folios 12 y ss, presentados con la querrela, conociendo ya a partir de ese momento las disposiciones en metálico realizadas por la tutora acusada".

Tesis ésta que no puede ser compartida pues confunde los plazos de inicio de la prescripción civil con los de la prescripción penal, olvidando - STS. 383/2007 de 10.5 -, que hoy se reacciona frente a dicha concepción, desasimilando la prescripción penal del delito -cuestión de derecho material- de la prescripción de la acción civil, lo que conlleva implicaciones procesales de suma relevancia. Muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma "contra non valentem agere, non currit praescriptio"; en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación.

Así en relación a la prescripción civil la Jurisprudencia de esta Sala Primera Tribunal Supremo, por ejemplo STS. 528/2013 de 4.9 , precisa que el inicio del plazo prescriptivo comienza desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse. El conocimiento del daño injusto es el que ha de determinar el comienzo del plazo



prescriptivo, aquel en que el litigante dispone de todos los medios para litigar con fundamento - STS. 376/2013 de 12.6 -. La prescripción penal, frente al principio civil de la actio nata, se inicia con la fecha de comisión del delito y no a la fecha de su descubrimiento -el art. 132.1- recuerda que " **los términos previstos en el artículo precedente se computaran desde el día en que se haya cometido la infracción punible**".

Siendo así la consumación se produce cuando habida cuenta la estructura típica de cada figura delictiva se han de estimar realizados los actos ejecutivos del tipo o elementos objetivos y subjetivos integrados en el mismo.

En el delito de apropiación indebida la consumación se produce cuando se materializa la disponibilidad ilícita de lo que no le pertenece y ha podido actuar sobre ello como si fuera su propietario (SSTS. 97/2006 de 8.2), bien entendido que la prueba del enriquecimiento no forma parte de los elementos del tipo del art. 252, dado que el delito solo requiere el perjuicio del sujeto pasivo, resultando indiferente, desde el punto de vista de la materia de la prohibición si el sujeto activo se ha enriquecido o ha enriquecido a otro (STS. 488/2004 de 2.4), por lo que no es preciso su lucro propio, bastando que sea para beneficiar a un tercero. No requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento sino que el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: la finalidad de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer luego con las ventajas patrimoniales obtenidas (STS. 416/2007 de 23.5).

En el caso presente la consumación quedó cumplida con las tres transferencias que el día **18 junio 2007**, y por importes de 1.808,57 E, 22.885,12 E y 2.546,52 E, en total 27.300,21 E, la acusada realizó a parte de los fondos que sus sobrinos Visitacion , Franco y Nazario , habría recibido por fallecimiento de su padre en accidente de trafico, que se encontraban depositados en la cuenta nº NUM002 de la Caixa como titular indistinta, al ser tutora de los dos últimos, menores de edad, a otra nueva cuenta a nombre de su yerno Ambrosio , por lo que si se computa el "dies ad quem" para interrumpir la prescripción, bien el día de la presentación de la querrela **30.4.2012**, bien el de su admisión a tramite, incoándose las correspondientes Diligencias Previas, auto **12 julio 2012**, el plazo de prescripción habría ya transcurrido, no pudiendo hacerse depender la operatividad de la prescripción a la mayor o menor diligencia a las partes o de la prontitud o no de una entidad bancaria en proporcionar los extractos bancarios a la cuenta.

A mayor abundamiento no nos encontramos ante uno de los casos que contemplaba el art. 132.2 CP - modificado por LO. 5/2010 de 22.6- que sería aplicable a los hechos aquí enjuiciados, y que señalaba que en caso de menores de edad los términos se computarán desde el día en que estos hubieran alcanzado la mayoría de edad o desde su fallecimiento en caso de suceder éste antes de alcanzar la mayoría de edad, dado que en los delitos a los que se aplicaba-" tentativa de homicidio, aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, torturas, contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, intimidad, derecho a la propia imagen e inviolabilidad del domicilio, no se encuentra comprendido el delito de apropiación indebida, y en todo caso - como se destaca en el motivo- aún partiendo de la fecha en que el menor de los hermanos, Nazario , nacido el NUM003 .1990, la mayoría de edad la había alcanzado el NUM003 .2008, por tanto el delito también estaría prescrito, dada la fecha de la presentación de la querrela, 30.4.2012, o de su admisión a tramite NUM003 .2012, el transcurso de los tres años habría transcurrido.

QUINTO: En consecuencia, deberá admitirse el motivo y declarar prescrito el delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 CP , al haber transcurrido el tiempo previsto para ello, bien entendido que, conforme a lo dispuesto en el art. 116 LECrim , "la extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido hacer. En los demás casos, la persona a quien corresponde la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que procede contra quien estuviese obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido"-, la extinción de la acción penal no conlleva la de la acción civil (salvo el supuesto a que se declare que los hechos no sucedieron) pero el ejercicio de ésta procederá ante la jurisdicción civil. Como la prescripción es un supuesto de extinción "del derecho punitivo, que provoca la extinción de la responsabilidad penal, estas reglas son de aplicación cuando tal prescripción concurra.

En consecuencia no se declara la existencia de responsabilidad penal y decae la acción de responsabilidad civil ex delicto, quedando subsistente, en su caso, la acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Como el fundamento de esté ultimo es o bien el incumplimiento de un contrato o bien la comisión de un hecho ilícito desde el punto de vista civil, su ejercicio y la apreciación de los presupuestos procede ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

SEXTO: Estimándose El recurso se declaran de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim .).

III. FALLO



Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Herminia** , contra sentencia de 22 de diciembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Jaen, Sección Tercera , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS parcialmente meritada resolución, dictando nueva sentencia, con declaración de oficio de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro** D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Julio de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Jaén, con el número 164 de 2013, y seguida ante la Audiencia Provincial de Jaén , Sección 3ª, por delito apropiación indebida, contra **Herminia** , mayor de edad, nacida el NUM000 .1955, en Aranjuez (Madrid), con DNI. NUM001 , sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los fundamentos de la sentencia precedente procede declarar extinguido la responsabilidad penal por prescripción.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos prescrito el delito de apropiación indebida de que era acusada **Herminia** , declarando extinguida su responsabilidad penal, pudiendo los perjudicados ejercitar las acciones civiles ante la jurisdicción de esta orden con declaración oficio costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro** D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.