

DICTAMEN JURÍDICO TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen que emite DON JORGE RIVERA LÓPEZ, alumno del Máster en Abogacía de la Universidad de Almería, con el objeto de dar respuesta a las cuestiones planteadas en el supuesto jurídico para superar el Trabajo de Fin de Máster.

El presente dictamen versa sobre los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. La Sra. Cristina trabajaba, desde el 1 de febrero de 2008, como administrativa para la mercantil “Construcciones El Solido, S.L.”. En el desempeño de su puesto de trabajo, se encargaba del pago a proveedores y empleados de la empresa. Dichos pagos eran realizados mediante transferencias de la cuenta de la empresa a través de Internet.
2. La Sra. Cristina, valiéndose de dicha facultad y con la intención de lucrarse económicamente, comenzó a realizar desplazamientos de dinero desde la cuenta bancaria de la empresa “Construcciones El Solido, S.L.” hacia cuentas bancarias de su titularidad. Todas estas actuaciones fueron llevadas a cabo desde principios del año 2009 hasta finales del 2011.
3. El *modus operandi* consistía en transferir sumas dinerarias a cuentas bancarias de su titularidad mediante el uso de las claves de acceso proporcionadas por la empresa. Asimismo, en otros casos, emitía cheques al portador falsificando los datos e imitando la firma del Sr. Alfredo, el administrador de la empresa, y posteriormente iba a cobrarlos al banco e ingresar lo obtenido en su cuenta. También realizaba compras por internet para sí con cargo a la cuenta de la empresa.
4. Para enmascarar estas actuaciones, la Sra. Cristina remitía, a la asesoría que llevaba la contabilidad de la empresa, información ficticia, manipulada por ella misma y completamente inveraz sobre la actividad de la empresa.
5. Así, durante tres años, la Sra. Cristina emitió un total de 46 cheques al portador falsificados, realizó una serie de transferencias y pagos por internet en perjuicio de la empresa, apropiándose de este modo de un total de 249.420,05 euros.

6. La Sra. Cristina, al ser descubierta por los integrantes de la empresa, decidió voluntariamente reintegrar a la misma mediante transferencia un total de 206.820 euros. Además, reconoció parcialmente los hechos anticipándose a la interposición de querrela por parte de la mercantil “Construcciones El Solido, S.L.”. El 11 de junio de 2012, Cristina volvió a reconocer los hechos pero admitiendo solo haberse apropiado de una cantidad inferior a la real.
7. La presente causa se inició en junio de 2012 y se celebró juicio oral el día 15 de septiembre de 2016, estando abierto el proceso durante más de cuatro años.

En relación con los antecedentes de hecho expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

CUESTIONES JURÍDICAS:

PRIMERA.- CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

SEGUNDA.- PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA FUNCIONAL.

TERCERA.- RECURSOS.

NORMATIVA APLICABLE:

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a la siguiente normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las mismas:

- a) Constitución Española.
- b) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- c) Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- d) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

I. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

Del análisis de los hechos que se han detallado anteriormente, me encargaré de analizar las conductas que, bajo mi opinión, puedan ser constitutivas de ilícito penal y del correspondiente reproche penal. Las conductas realizadas por el único sujeto activo, en este caso la Sra. Cristina, pueden encuadrarse en los tipos delictivos que a continuación detallaré. Además, determinaré las circunstancias modificativas, concursos y penas aplicables al caso.

1. DELITO DE ESTAFA.

El apartado 1 del art. 248 define la estafa de la siguiente forma: «*Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*».

En principio, los hechos que realiza la Sra. Cristina pueden encuadrarse en este tipo delictivo. Para cerciorarse de ello, es necesario proceder a analizar todos los elementos del tipo que exige el Código Penal, para ver si concurren en el presente caso.

De la definición dada por nuestro legislador, podemos señalar como elementos esenciales para la existencia de la estafa los siguientes: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio.

Por tanto, analizaré si se cumplen cada uno de estos requisitos en el presente caso:

1.1. Tipo objetivo y subjetivo.

- Engaño. Las conductas realizadas por la acusada se han llevado a cabo intencionadamente, simulando y enmascarando una serie de transferencias y falseando los datos relativos a la contabilidad. Con lo cual, considero que esta simulación ha sido capaz de inducir a engaño.

- Las conductas engañosas deben de ser bastante para producir engaño en la persona. En este caso la acción engañosa debe calificarse como bastante, puesto que la acusada ha

realizado una serie de falsificaciones de documentos mercantiles que inducen al engaño con facilidad. Además, para asegurarse de ello, imitó la firma del administrador de la sociedad, que como veremos más adelante, ello puede dar lugar a un delito de falsedad documental.

- Disposición patrimonial. El engañado a consecuencia del error debe realizar una disposición patrimonial. En este caso, la acusada realiza las disposiciones patrimoniales sin el consentimiento del titular del patrimonio.

- La disposición patrimonial del engañado debe producir un perjuicio patrimonial para el engañado. A consecuencia de los desplazamientos de dinero, la empresa “Construcciones El Solido, S.L” ha sufrido un grave perjuicio patrimonial de un total de 249.420,05 euros.

En definitiva, se cumplen todos los elementos del tipo objetivo del delito de estafa.

Además, se cumple el tipo subjetivo. En este caso, la Sra. Cristina realizó las conductas con la intención de aprovecharse, es decir, con ánimo de lucro, ya que, a sabiendas de la ilegalidad, sin consentimiento alguno y mediante engaño, se apropió de grandes sumas dinerarias.

En cuanto a la consumación de la estafa, ésta se consuma con la producción del perjuicio patrimonial. Con lo cual, habiéndose producido dicho perjuicio, el delito se ha consumado.

1.2. Subtipo agravado de estafa (art.250.1.5º) y apreciación de delito continuado.

En este caso, además de cumplirse los requisitos del tipo básico de estafa, parece que las acciones se encuadran en el subtipo agravado del art. 250.1.5º, al superar el total de la defraudado la cantidad de 50.000 euros.

El **art. 250.1.5º** establece la siguiente cualificación de la estafa:

“El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”.

En atención a la cuantía defraudada, será de aplicación este tipo cualificado.

En este caso, al existir una pluralidad de estafas, debería de aplicarse las reglas del concurso real establecidas en el art. 73 del Código Penal. No obstante, hay que tener en cuenta el **apartado 2 del art. 74**, que obliga a determinar la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

El art. 74.1 señala que: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”. Por lo tanto, ha de calificarse como **delito continuado**.

2. DELITO DE FALSEAMIENTO DE DOCUMENTOS MERCANTILES.

La Sra. Cristina para defraudar y obtener las cantidades de dinero, realiza una serie de falsificaciones de los cheques mediante la imitación de la firma del administrador.

Estos hechos se encuadran en el delito de falsificación de documentos mercantiles recogido en el **art. 392.1 CP** que dice lo siguiente: *“El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

Este delito castiga l falseamiento de documentos de carácter de «mercantiles», teniendo este carácter, por ejemplo, el cheque bancario.

Las conductas que se castigan se delimitan en **el art. 390.1 CP** al expresar lo siguiente:

“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

No cabe duda alguna, que la Sra. Cristina es autora de un delito de falsedad de documentos mercantiles, pues falsificó la firma de los cheques bancarios, alterando así el documento en beneficio propio.

Además, como comenté anteriormente, al haberse producido una pluralidad de falsificaciones de cheques, cabe apreciar **delito continuado** del art.74.1

3. CIRCUNSTACIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, serán aplicables las siguientes:

— AGRAVANTE GENÉRICA DE ABUSO DE CONFIANZA DEL ART. 22.6.

El art.22 CP establece que *“Son circunstancias agravantes: 6.ª Obrar con abuso de confianza”*.

En este caso, es preciso aplicar dicha agravante dada la situación en la que se encontraba la Sra. Cristina, es decir, la confianza que deposita la empresa en ella es notoria dada su situación como empleada. Además, la empresa tenía gran confianza en ella, ello se deduce del otorgamiento de las claves de acceso a las cuentas bancarias.

— ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ART. 21.5.

El art. 21.5º incluye como circunstancia atenuante: *“La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

Es aplicable dicha atenuante al haber procedido la acusada al reintegro de las cantidades.

— ATENUANTE DE CONFESIÓN (Art.21.4 CP).

El art. 21.4^a atenúa la confesión estableciendo lo siguiente: *“La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”*.

Como se deduce del propio precepto, es requisito indispensable para aplicar esta atenuante que el culpable confiese antes de conocer el inicio de procedimiento judicial. Por lo tanto, la confesión de la acusada se realizó en un momento anterior al inicio del procedimiento, y por lo tanto, es aplicable dicha atenuante.

4. CONCURSOS.

El **art. 77** establece la siguiente regla concursal:

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

En el presente caso, es de aplicación el apartado 3 del art. 77, entendiendo desde mi punto de vista, que se aprecia un **concurso medial** entre los delitos de falsedad de documento mercantil y el delito continuado de estafa. Ello se debe a que el delito de falsedad fue medio necesario para cometer la estafa.

5. PENAS.

El marco abstracto de penas se deduce de los arts. 392.1 y del art. 250.

El delito de falsedad documental mercantil se castiga con las *penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*.

El delito de estafa agravada del art. 250.5 se castiga con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Además, hay que tener en cuenta las reglas especiales para la aplicación de las penas, por la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravante.

La pena a imponer será de 1 AÑO Y CUATRO MESES DE PRISIÓN.

II. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA FUNCIONAL.

El proceso de instrucción será llevado a cabo por el Juzgado de Instrucción que por turno corresponda de Gijón.

El proceso de enjuiciamiento lo llevará a cabo la Audiencia Provincial de Gijón en atención a lo establecido en el art. 14.3 LECrim.

El procedimiento será abreviado en atención a la pena señalada.

Respecto a la competencia funcional, conocerá la Audiencia Provincial de Gijón en virtud de lo establecido en el art. 82.1 LOPJ.

III. RECURSOS.

Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial solo cabe interponer Recurso de Casación.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La Sra. Cristina es autora criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad de documento mercantil de los arts. 392 apartado 1, 390 apartado 1 número 3º y 74 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77 apartado 3 del Código Penal con un delito continuado de estafa por importe superior a 50.000 euros de los artículos 248, 250 apartado 1 número 5º y 74 del Código Penal.

SEGUNDA.- Concurren la circunstancia agravante de abuso de confianza 6ª del artículo 22 del Código Penal, la atenuante de reparación parcial del daño causado 5ª del artículo 21 del CP y la atenuante de confesión 4ª del artículo 21 del Código Penal.

TERCERA.- Según lo dispuesto en los artículos 109 y 116 CP toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho ilícito se derivaren daños o perjuicios. Por lo tanto, habría que fijar una cantidad de dinero para hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito.

CUARTO.- El procedimiento a seguir será el abreviado en atención al marco penal abstracto de los delitos. Solo cabe interponer recurso de casación frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Se emite el presente Dictamen Jurídico relativo al orden jurisdiccional penal, que consta de 9 páginas escritas a una sola cara, en cumplimiento de lo solicitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería, que refleja mi opinión, según mi leal saber y entender a partir de la documentación facilitada al efecto, que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Almería, a 8 de febrero de 2021.

Fdo.- Jorge Rivera López.