



# DICTAMEN JURÍDICO TRABAJO FIN DE MÁSTER

Especialidad; Derecho Penal

Juan Jesús Gómez Álvarez  
Master de la abogacía

## Descripción breve

Análisis jurídico de un caso perteneciente a la especialidad de penal donde concurren una serie de hechos que se detallan a continuación

## TRABAJO DE FIN DE MÁSTER; DICTAMEN JURÍDICO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La presente causa fue incoada en virtud de atestado remitido en fecha junio de 2012 de oficio policial, recibido el 30 de julio de 2013. Practicada la correspondiente investigación policial, y la presentación de escrito de parte el 21 de octubre de 2013 no hubo actuación alguna, como tampoco entre el escrito citado y la providencia de 17 de enero de 2014, tras lo cual el se elevó las actuaciones a este juzgado para la celebración de juicio oral el día 15 de septiembre de 2016.

**SEGUNDO.-** El acusado entre los meses de febrero de 2009, hasta noviembre de 2011, saca dinero de las cuentas bancarias de la empresa, **SOLIDO S.L**, con la finalidad de ingresarlo en cuentas bancarias de su titularidad y a pagar compras con capital de la empresa para sí a través de internet.

**TERCERO.-** la mecánica de comisión de los hechos según consta a este juzgador consistía en transferencias **reiteradas de dinero a cuentas bancarias de su titularidad, usando para ello las claves de la empresa.**

En otras ocasiones la mecánica era distinta, pues mediante la falsificación de la firma del administrador de la empresa, obtenía la posibilidad de cobrar al banco e ingresar lo obtenido en su cuenta bancaria.

**CUARTO.-** En aras de ocultar el ilícito penal remitía a la asesoría EL PAPELORIO S.L , información falsa sobre la actividad de la empresa, para ello informaba de manera falsa que los empleados de CONSTRUCCIONES EL SOLIDO S.L cobraban un salario muy superior al real, además de facturas inexistentes a proveedores que en ningún caso habían suministrado a la empresa, y de las cuales esta parte no tiene conocimiento, realizando ingresos a cuenta de su titularidad.

**QUINTO.- La relación de cantidades que fueron obtenidas de manera ilícita por la investigada , quedaría de la siguiente manera:**

1. **Año 2009**, un total de 9 cheques al portador , falsificando la firma del administrador por un total de **18000 euros**.
2. **Año 2010**, emisión de 26 cheques al portador librados por ella misma con la falsificación de la firma del administrador por un total de **61.925,89 euros**, mediante la emisión transferencias desde la cuenta de la empresa **28.053** euros y mediante el pago de bienes adquiridos por

ella a la empresa MIRLO de **2871,94 euros** que pago por transferencia, todo ello por un total de **93.370,83 euros.**

3. **Año 2011**, emisión de 11 cheque al portador librados por ella misma con la consecuente falsificación de firma del administrador, haciendo un total de 25.678 euros , mediante la emisión de transferencias desde la cuenta de la empresa **91.090,48 euros.**

Cargos realizados mediante compras para sí, realizados en las empresas “MERLÍN ON LINE” Y “MC” de **6.730,85 euros**, que pagó por transferencia a cargo de la cuenta de la empresa, y mediante el ingreso de nóminas a su favor superiores a las que debía cobrar **14.550 euros**, haciendo un total de **138049,22 euros.**

**SEXTO.-** En fecha 1 de diciembre de 2011, la investigada al ser descubierta por la empresa reintegra la cantidad de **101.800 euros** y el día 5 de diciembre del mismo año **105.020 euros** por un valor **total de 206.820 euros**, antes de la presentación de la Querrela, a fecha 11 de junio de 2012, se reitera en la versión de los hechos reconociendo haberse quedado con un total de **206.820 euros** ,**menos 23.994** y mas **5.285,23 euros.**

**SÉPTIMO.-** Se hace remisión de un escrito dirigido a la Comisaría de Policía de Gijón el **25 de Enero de 2015** el cual fue ratificado en presencia judicial.

### **HECHOS PROBADOS**

Que en las fechas que concurren desde el año 2008 hasta el año 2011, ha quedado suficientemente probado tanto por el oficio emitido en junio de 2012, como por el escrito remitido a la comisaria de Gijón el 25 de Enero de 2015, que se ratificó en presencia judicial por la acusada, que Doña Cristina ha realizado en nombre de la “Sociedad Construcciones El Solido S.L”, apropiación de las cantidades de dinero, detalladas en los antecedentes de hecho, en aras de un ánimo de lucro probado en autos y conllevando a un enriquecimiento injusto para sí, generando de manera continuada y reiterada, un perjuicio económico en el caudal patrimonial de la empresa. Queda probado además, que realizó en múltiples ocasiones, emisión de cheques falsificando la firma del administrador de la empresa, para retirar cantidades para un enriquecimiento propio

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos probados que se declaran, en cuanto a la calificación jurídica son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida tipificado en el artículo 253.1 del Código Penal , en cuanto a las cantidades consignadas de los fondos de la empresa en cuentas bancarias de titularidad de la acusada y de un delito continuado de estafa recogido en el artículo 248.1 del Código Penal, en lo que respecta a la emisión de cheques, con la respectiva falsificación de la firma del administrador , para su posterior cobro.

Apropiación Indebida y Estafa tipificado los artículos 15, 27 , 253.1, 248.1 y 250.5 y 6 del vigente Código Penal, dicen estos artículos que

- Artículo 15; son punibles el delito consumado, y la tentativa de delito
- Artículo 27; son responsables criminalmente del delito los autores y los cómplices
  
- **Artículo 253. 1.** Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.
  
- **Artículo 248. 1.** Cometan 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.
  
- **Artículo 250.5 C.P ;** regula el tipo agravado cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.
  
- **Artículo 250.6 CP;** cometido con un abuso de las relaciones personales existente entre la víctima y defraudador, en este caso concreto, la empresa ocuparía el lugar de la víctima

### **PRIMERO .- A) DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA**

En cuanto a la apropiación indebida, la estructura típica del delito parte de la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS 12-7-2012, no 664/2012, EDJ 2012/162560; 18-7- 2013, no 648/2013, EDJ 2013/140110)

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere

que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos.

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación del objeto típico, que se producirá cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con animo de incorporarla a su patrimonio. Para poderse apreciar se requiere, no solamente la conciencia del acto, sino el deseo de incorporarlos a su patrimonio (STS 6-6-2013, no 447/2013, EDJ 2013/89574)

Aclarando el Tribunal Supremo (SSTS 31-1-2005, EDJ 2005/11860; 29-10- 2007, no 863/2007) que en el ámbito jurídico- penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento

En cuanto al animo de lucro, en el delito de apropiación indebida no aparece como elemento del tipo, si bien, se puede considerar implícito en esa definición legal, sobre todo si se interpreta en un sentido amplio que comprende cualquier tipo de beneficio, incluso no patrimonial; habiendo declarado también el Alto Tribunal que el elemento anímico del delito se entiende concurrente con un comportamiento material de apropiación, gozando de la cosa o disponiendo de ella (ATS 9-5-2013, no 986/2013, EDJ 2013/72396).

En la apropiación indebida la posesión de la cosa inicialmente es lícita, puesto que se ha entregado como consecuencia de una relación previa, como dijimos, de administración, depósito o comisión que obligaba a devolver la cosa. Sin embargo, en la estafa la posesión de la cosa desde un inicio es ilícita porque nace del engaño como veremos a continuación.

## **B) DELITO DE ESTAFA**

Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia referido en la STS 465/2012, de 1 de junio son los siguientes:

**1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de**

**perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.**

En este caso concreto, no solo cumple con los requisitos de la intelección de un ciudadano medio, sino que además en calidad de personal administrativo, y en el ejercicio de dicho trabajo habiendo de facto además un aprovechamiento de una situación privilegiada, y de confianza mutua, derivando en el agravante del artículo 250.6 del CP

## **2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.**

Supliendo la ausencia de un concepto legal, la STS 161/2002, de 4 de febrero, dice que engaño es “la acción y el efecto de hacer creer a alguien, algo que no es verdad, y de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre», y por engañar «dar a la mentira apariencia de verdad». Desde la perspectiva jurisprudencial, la STS de 23 de abril de 1992 (asunto síndrome tóxico), dice que el engaño sería toda afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso o bien el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos”.

“El engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de «puesta en escena» fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente, constituye un dolo antecedente” (SSTS 809/2005, de 23 de junio, 1169/2006, de 30 de noviembre, 132/2007, de 16 de febrero, 368/2007, de 9 de mayo, 452/2011, de 31 de mayo y 243/2012, de 30 de marzo).

“La jurisprudencia de esta Sala –se lee en las SSTS 465/2012, de 1 de junio, 512/2012, de 10 de junio y 929/2012, de 19 de noviembre-- tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación

**3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.**

En calidad de administrativo la disposición patrimonial del sujeto pasivo es mas que evidente, se destaca que en el ejercicio de su trabajo tenía encomendado el pago a proveedores y empleados de la empresa, mediante el uso de talonarios de cheques para lo cual se vale de la falsificación de la la firma del administrador de la empresa

## **4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y animo de lucro.**

“la jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva. Sin embargo, la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima no siempre determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de su idoneidad objetiva para provocar el error.

Cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas, como ocurre con personas jurídicas es del todo evidente que el sujeto pasivo dispone de un potente arsenal defensivo, que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia del engaño en numerosos casos. Pero estas consideraciones no pueden conducir a afirmar que las conductas engañosas objetivamente idóneas que resultan luego fracasadas por la reacción de aquel a quien se pretende engañar son siempre impunes.

El ánimo de lucro ha quedado fehacientemente probado tanto en atestado policial emitido en fecha 30 de julio de 2013, como por la admisión de los hechos ante Iñigo y los Integrantes de la Asesoría El Papelorio S.L, antes de la querrela presentada por la parte actora.

**5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico ) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).** De igual modo las SSTS 993/2012, de 4 de diciembre y 186/2013, de 6 de marzo.

**SEGUNDO.-** Para considerar existente un delito continuado, es preciso que se den los siguientes requisitos, conforme viene estableciendo la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo 367/2006, de 22 de marzo y 523 y 1253 de 2004)

- a) Pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.
- b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de las mismas.
- c) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.
- d) Concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas.
- e) Unidad de sujeto activo.

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

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, ha flexibilizado estos requisitos, dispensando en algunas ocasiones alguno de los mismos e interpretando siempre su concurrencia del modo más favorable al acusado, para resumir la cuestión diciendo que lo fundamentales que exista *identidad de objeto material y de medios delictivos*.

**TERCERO.-** En cuanto a la falsificación de la firma del administrador de la empresa puede inducir a calificarlo de un delito de falsificación de documento privado tipificado en el artículo 395 del C.P. pues se altera uno de los elementos esenciales del documento, sin embargo, debemos atender a quien es verdaderamente el perjudicado en la falsificación del documento, pues realmente no es la empresa, la que se perjudica en primer lugar con la falsificación del actor del delito, sino que el perjudicado en el caso de extracción de dinero mediante cheque falsificado con imitación de la firma de su titular es el propio banco o caja de ahorros y no el titular de la cuenta.

La falsificación de la actividad económica de la empresa, no entraría dentro de la falsificación de documento privado ya que aunque hay un ánimo por parte del actor de engañar mediante información irreal a la empresa asesora, el fin último es enriquecerse de manera injusta.

Son sólo los administradores de derecho y de hecho los sujetos activos del delito. Se trata de un delito llamado especial propio, por cuanto no puede ser cometido por quien no tenga las especiales características previstas en el tipo penal. Si en la falsificación intervienen o la realizan quienes no son administradores de hecho o de derecho y falsifican la clase de documentos previstos en el tipo penal, estos extraños (por no ser administradores) son autores directos, mediatos o coautores, en su caso, de los delitos comunes correspondientes de falsedad documental.

**La acción castigada** está constituida por la actividad de falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de una sociedad constituida o en formación, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma. Los requisitos son los siguientes:

Falsear: La acción falsaria tiene que ser alguna de las previstas en el artículo 390 del Código **Penal**, es decir:

- a).-Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- b).-Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad,
- c).-Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- d).- Faltar a la verdad en la narración de los hechos. A esta última categoría corresponderá el mayor número de hechos incluíbles en este tipo penal en la



forma de la manipulación contable o “maquillado” de cuentas para ocultar determinados apuntes contables o hacer aparecer una conclusión en el balance positiva o negativa, según los intereses del autor del hecho.

La falsificación tiene que ser idónea por ser susceptible de aparentar legitimidad, pues una falsedad, sobre todo la material (firmas, alteración de partes de un documento legítimo, etc.), que sea burda e incapaz de aparentar legitimidad no podría considerarse un acción idónea para obtener el resultado. Además la falsedad, si es material sobre algún documento, tiene que recaer sobre partes o aspectos esenciales del mismo.

**CUARTO.-** Doña Cristina al ser descubierta confesó ante el Administrado Iñigo y la Policía en ante escrito remitió a la Comisaría de Policía el 25 de Enero de 2015 dando lugar a lo que podríamos llamar una circunstancia atenuante de la infracción penal tipificada en el artículo 21.4 CP nos dice *haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*

Así que este artículo diseña como circunstancia atenuante que el autor de la infracción confiese ante las autoridades, antes de que sepa que el procedimiento judicial se dirige contra él.

El comienzo del procedimiento, a efectos de esta atenuante, es el inicio de las diligencias policiales, como primeras actuaciones de investigación del procedimiento penal.

El motivo de la existencia de esta atenuante radica en el deseo de incentivar o promover la colaboración con la justicia en el esclarecimiento de los hechos por parte de quien los ha cometido, ya que la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal.

Para que la confesión del delito pueda alcanzar los efectos deseados ha de cumplir una serie de requisitos:

- La confesión ha de ser veraz y ajustada a la realidad, lo que no sucede cuando se ocultan elementos relevantes o se añaden falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal con la única pretensión de eludir la responsabilidad penal del que confiesa. La exposición de la veracidad ante las autoridades no vulnera el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable
- La confesión ha de realizarse ante autoridades competentes para perseguir el delito. Se ha apreciado como atenuante la confesión ante los médicos de un hospital público, pues son funcionarios públicos obligados a denunciar y, por ello, son representantes de la autoridad encargada de perseguir el delito
- Se exige un elemento cronológico, consistente en que la confesión de la infracción se produzca antes de que el autor de los hechos sepa que el procedimiento se dirige contra él Se dan los requisitos de la atenuante si el sujeto tan sólo conoce que se han incoado unas diligencias destinadas a investigar los hechos.

En lo que respecta a la reparación del daño, el apartado 5.º del art. 21 del Código Penal establece que es circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal «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».

La atenuante obedece según la sentencia del TS 2.ª S 12 julio 2004—144/2004 a una decisión del legislador de política criminal ordenada directamente a la protección de las víctimas, de dónde se deduce, por tratarse de un comportamiento posterior al hecho, que la misma no influye ni en la dimensión del injusto ni en la imputación personal de aquél, siendo por ello su fundamento la conveniencia o necesidad de disminuir la pena al sujeto activo del delito cuando con posterioridad a éste objetivamente realiza las conductas previstas en la ley, siendo por ello irrelevante la motivación que impulse dichas acciones.

Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante, pues ello equivaldría en muchas ocasiones a subordinar su apreciación a circunstancias o hechos ajenos al ámbito de disposición del propio sujeto activo y por ello no sería posible individualizar conductas distintas al objeto de disminuir la pena correspondiente. Lo que en todo caso sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibilidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación. En el caso, el acusado —de tentativa de homicidio— potencialmente pudo llegar mucho más lejos no sólo para reparar o disminuir las consecuencias de la agresión sino igualmente para resarcir a la víctima económicamente, y por ello es ajustada su decisión de no estimar la citada atenuante.

### **PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA FUNCIONAL**

En cuanto al desarrollo del procedimiento, Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en el artículo 757 se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

En cuanto a la competencia funcional y en atención a las penas señaladas para el tipo básico en el artículo 249 (prisión de seis meses a tres años) y de las modalidades

del artículo artículo 250 (prisión de uno a seis años y multa) el Juzgado de Instrucción en lo que respecta a la instrucción del procedimiento y la Audiencia Provincial en el enjuiciamiento de los delitos por ser constituyentes de una pena privativa de libertad superior a cinco años.. El procedimiento aplicable será el abreviado (al ser la pena privativa de libertad inferior a 9 y superior a 5 años)