

HERENCIAS. APROPIACIÓN INDEBIDA Y ESTAFA (Comentario a la STS de 14 de octubre de 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

LA resolución recurrida no ha extendido su deber de motivación sobre cuestiones de relevante interés para proclamar la calificación jurídica de los hechos. Ese distanciamiento podría incluso integrar una quiebra constitucional del derecho del imputado a la tutela judicial efectiva y, por ende, del derecho a la presunción de inocencia. A pesar de que el apoderamiento de dinero depositado en cuentas corrientes, por parte de uno de los cotitulares, ha sido considerado tradicionalmente como integrante de un delito de apropiación indebida, extraer el importe de su participación en la herencia antes de la redacción definitiva del cuaderno particional por parte de heredero universal del 50 por 100 del caudal relicto, sin comunicar dichas operaciones al resto de coherederos, ni engaña a sus coherederos ni actúa deslealmente. Aunque los cotitulares de una cuenta bancaria ostenten facultades de disposición frente al banco, esto no significa que entre esos cotitulares exista un condominio sobre los fondos, sino que habrá que estar a las relaciones internas entre ellos. Hay ausencia de los elementos que definen el tipo de estafa, tal y como se halla descrita en el artículo 248 del Código Penal.

Palabras clave: herencia, estafa, apropiación indebida.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 136, mayo 2012.

INHERITANCES. MISAPPROPRIATION AND FRAUD (Commentary on the Tribunal Supremo of 14 october 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE appealed resolution has not extended his duty of motivation on questions of relevant interest to proclaim the juridical qualification of the facts. This distancing might integrate even a constitutional bankruptcy of the right of the imputed one to the judicial effective guardianship and, consistently, from the right to the presumption of innocence. In spite of the fact that the power of money deposited in current accounts, on the part of some of the holders, has been considered to be traditionally a member of a crime of undue appropriation, to extract the amount of his participation in the inheritance before the definitive division of the inheritance on the part of universal inheritor of 50 for 100 of the «caudal relicto», without communicating the above mentioned operations to the rest of coheirs neither cheats his coheirs nor acts unfairly. Though the holders of a bank account show powers of disposition opposite to the bank, this does not mean that between these holders a condominium exists on the funds, but it will be necessary to be to the internal relations between them.

Keywords: inheritance, fraud, misappropriation.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 136, mayo 2012.

En esta sentencia que he seleccionado para comentar se aborda un tema de interés relacionado con la disposición de dinero en las cuentas corrientes de fallecido por el heredero y en la que se abordan cuestiones de interés, fundamentalmente determinadas por el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la motivación de las sentencias y el juicio de tipicidad efectuado.

Como resumen necesario para entender la decisión del recurso de casación, en primer lugar, realizaré un resumen sobre los hechos en que se basa: el imputado en su condición de heredero de los fallecidos, que se produjo en ambos casos en el mismo año, respecto de uno heredero universal y del otro coheredero con otros parientes, extrajo de cuentas corrientes de estos una cantidad de dinero que ocultó al resto de los herederos de manera que, en el momento de aprobar el cuaderno particional, los saldos bancarios certificados no coincidían en ese momento con los existentes en el momento del fallecimiento. La Sentencia de la Audiencia Provincial estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de estafa por comisión por omisión.

La resolución del Tribunal Supremo que se comenta pone el énfasis en que la resolución de instancia no extiende el deber de motivación a hechos relevantes que inciden en la calificación jurídica de los hechos.

En primer lugar, considero de interés mencionar los requisitos que han de tener tanto el delito de estafa como el de apropiación indebida, pues este aunque no fue objeto de condena, sí fue objeto de acusación y en la sentencia se incide en él.

En referencia al delito de estafa, objeto de condena, debe indicarse previamente cuáles son sus requisitos de acuerdo con la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo establece que la estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, habiéndose identificado el engaño como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro, y así ha entendido extensivo el concepto legal a «cualquier falta de verdad o simulación, cualquiera que sea su modalidad», apariencia de verdad, que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado. Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño 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 responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente, siendo además necesario que sea bastante para producir error en otro, que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal y, en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (SSTS de 2 de febrero y 29 de mayo de 2002 y 29 de diciembre de 2005).

La jurisprudencia ha admitido la omisión, como forma comitativa, en el delito de estafa y así dice que la modalidad omisiva concurre cuando se silencian o se ocultan circunstancias existentes en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la parte contratante en aplicación de los principios de lealtad y buena fe contractual, pero añadiendo que quizá debiera restringirse la posibilidad de comisión por omisión en aquellos supuestos en los que el agente tenga un especial deber de eliminar el error en el que la otra parte pudiese incurrir por la inactividad suya.

También destaca que, tratándose la estafa de un delito que exige como requisito un acto de disposición, no podrá cometerse dicho delito por omisión simple u omisión propiamente dicha, omisión que se caracteriza precisamente en cuanto al resultado, por consistir este en el «mantenimiento de su estado». Asimismo, la norma violada en el delito de estafa es de índole prohibitiva, mientras que el hecho de ser la norma de índole preceptiva constituye una de las características propias de la omisión en sentido estricto.

Por tanto, la forma omisiva en el delito de estafa no podrá ser otra que la comisión por omisión, a tenor de lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Que la infracción penal consista en la producción de un resultado, lo que es evidente en el delito de estafa.
2. Que la no evitación del resultado por parte del sujeto activo equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. Es decir, que la pasividad u omisión por parte del agente, en la estafa, sea la causa del principio derivado del acto de disposición.
3. Que la no evitación del resultado vaya acompañada a la infracción de un especial deber jurídico del autor. Este deber jurídico del autor se ha venido entendiendo en el sentido de que la acción que se espera que realice el agente «pueda exigirse» en el caso concreto. La posibilidad de exigencia de actuación o, lo que es lo mismo, el deber de actuar del agente puede derivar de un precepto jurídico, de la propia aceptación del agente, de esa conducta precedente e, incluso, de un deber moral, que hacen que dicho agente adquiera la condición de garante.

Por lo que se refiere a la obligación de actuar, debe entenderse que la amplitud de la misma, en orden a su condición legal en el ejercicio de los derechos, viene determinada por la necesidad de que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparando la ley el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo y proscribiendo cualquier acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de su derecho con daño para un tercero.

Por otro lado, se precisa desde el punto de vista del delito cometido por comisión por omisión que el perjuicio pueda ser considerado como el resultado de una omisión «engañosa» como, por ejemplo, la de abstenerse de poner en conocimiento del sujeto pasivo determinados hechos, siempre que el sujeto activo, ya sea como consecuencia de una específica obligación legal o contractual o por ser responsable de la creación de la situación de riesgo, ostente la posición de garante.

Y es precisamente en la determinación de los elementos del delito de estafa, de acuerdo con los hechos que integran la resolución recurrida, donde tras determinar que el acusado ocultó a los coherederos la disposición de dinero realizada en el momento de realizar la escritura particional, por lo que resultaron engañados en las partidas llamadas a cuantificar el activo y el pasivo del caudal hereditario, sin embargo, dice que la extracción de fondos fue consentida por las entidades bancarias por tratarse de heredero universal de uno y solo hasta el 50 por 100 del saldo existente en las cuentas corrientes de los fallecidos, por lo que no puede decirse que exista engaño y que eso hubiera provocado, por tanto, un error causante de un perjuicio patrimonial, pues en ese contexto no engañó a los coherederos ni actuó de manera desleal. Era heredero universal de unos de los fallecidos y podía disponer del dinero en condición de tal; no se apropió de algo que no fuera suyo, y tampoco puede decirse que el mero hecho de ocultar esa disposición a los coherederos pueda determinar sin más una responsabilidad por el delito de estafa, pues para ello debe tratarse de un engaño bastante, que haya producido error en el resto de los herederos, causante del perjuicio patrimonial. Por otro lado, la sentencia recurrida tampoco permite determinar esos extremos pues no analiza el resto de elementos constitutivos de la estafa, ya sean objetivos o subjetivos.

Por lo que se refiere a la apropiación indebida, partiendo de los términos utilizados por el artículo 252 del Código Penal pueden distinguirse tres elementos en el delito de apropiación indebida:

1.º Se dice que es necesario haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Constituye el presupuesto o supuesto lógica y cronológicamente previo a la acción delictiva, que confiere a esta infracción penal el carácter de delito especial porque autor, en sentido estricto, solo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada situación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres situaciones:

- Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.

- Debe referirse a dinero, efectos o cualquier cosa mueble.
- Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título, respecto del cual ha de razonarse más ampliamente, como base para resolver las cuestiones que plantea los supuestos concretos.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La ley relaciona varios de tales títulos, depósito, comisión y administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño.

La jurisprudencia ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el precepto mencionado, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

- 2.º La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro. Aquella conducta ilícita, que implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierra un propio y verdadero acto de disposición.

Las expresiones legales, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes mencionados, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste, precisamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que, cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible, el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que esta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva.

- 3.º Además ha de concurrir el dolo del sujeto, comprensivo de la conciencia de no tener derecho a la disposición de los fondos. Según se recoge por el Tribunal Supremo (STS de 27 de abril de 2000) la responsabilidad penal por apropiación indebida desaparece si el agente actúa en creencia sincera, aunque sea errónea, asistida de cierto fundamento que la avale, de que tenía derecho a disponer o hacer suyos los efectos recibidos.

De estos elementos a que se refiere la jurisprudencia como determinantes de la existencia de este delito y, en referencia a la presente sentencia, no se dan en esta y ello porque no consta que fuera el administrador de la herencia yacente, y sin que conste actuación desleal o hubieran sido intencionadamente sustraídos.

Además, si bien resulta de la resolución recurrida que el imputado condenado dispuso de dinero que integraba el haber hereditario de la herencia, sin embargo en la resolución de la Audiencia no se realizan en los hechos probados determinaciones concretas de las cantidades exactas de la que sí podía disponer como heredero universal de uno de los fallecidos.

Por último me referiré a la motivación de las sentencias, en cuanto exigencia constitucional del artículo 120.3, y cuya falta supone un quebranto de la tutela judicial efectiva y también puede suponer una quiebra del principio de presunción de inocencia.

La sentencia no es atacada mediante el recurso respecto de estas cuestiones, sino que esgrime exclusivamente el vicio de incongruencia omisiva, cuyo análisis impide adentrarse en estas consideraciones, pero, como expresa la resolución que se analiza, ese defecto de motivación incide en el juicio de tipicidad y en la condena final, en la medida en que no acredita la existencia de los elementos típicos necesarios para condenar al imputado.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha fijado la finalidad, alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación deberá tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

Como ha destacado la jurisprudencia que el aspecto del razonamiento tiene una importancia mucho mayor cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela judicial efectiva se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia, de suerte que la afirmación de que el tribunal no considera probada la realización del hecho objeto de acusación o la participación en el mismo del acusado, o la de que no ha superado la duda sobre tales extremos, en que metódicamente hubo de situarse antes del enjuiciamiento –afirmaciones que son lógico presupuesto de una sentencia absolutoria–, no estarían necesitadas, en principio, de una motivación que no fuese la mera expresión de la ausencia de prueba o la permanencia de la duda (STS de 3 de diciembre de 2002).

Ahora bien, en este último caso, la expresión de la duda y la consecuente absolución de la imputación satisface el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del imputado, siendo exigible que, para cumplir con el mandato constitucional de la motivación (art. 120.3 CE) como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 9.º 3 CE), el tribunal exprese las

razones por las que alcanza la convicción, en este caso, absolutoria en una motivación dirigida a explicar, de forma racional, el fundamento de la decisión adoptada que se corresponde al derecho fundamental a la tutela judicial, a obtener una resolución fundada, de las partes procesales que ha ejercido la acusación, y a proscribir la arbitrariedad, como fundamento de la actuación del Estado (STS de 28 de junio de 2007).

Podría, por tanto, decir que la sentencia que se comenta tuvo un déficit de motivación que determinó que el Tribunal Supremo la casara y absolviera al condenado.