

EL USO INDEBIDO DE MÓVILES DE EMPRESA POR SUS EMPLEADOS. PRUEBA DE PRESUNCIONES, TESTIFICAL Y PERICIAL

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: prueba de presunciones, prueba testifical, peritos no titulados, apropiación indebida y estafa, acusación particular.

ENUNCIADO

Un camionero es contratado por una empresa. La empresa pone a su disposición un teléfono móvil que el trabajador utiliza indiscriminadamente, llamando a cualquier sitio; llamadas que nada tiene que ver con su actividad profesional, a pesar de que la entrega del teléfono móvil se hace con la única finalidad de uso relacionado con su trabajo. Durante un tiempo lo utiliza y el importe de la factura cargada a la empresa resulta ser de 1.234,73 euros.

El trabajador recibe, asimismo, una tarjeta SOLRED para uso exclusivo en el repostaje de carburantes en las gasolineras. El trabajador, en connivencia con algunos empleados de gasolineras, en unos casos simulaba cargar carburantes y en otros simulaba una carga mayor de la realmente realizada. Así, con esta treta, o bien recibía del empleado de la gasolinera una cantidad equivalente al precios del combustible que simulaba repostar, o bien la diferencia (siempre en metálico) entre la cantidad equivalente a lo realmente repostado y el exceso aparentado, con lo que, en el primer supuesto, lo que realmente sucedía es que no cargaba combustible y en el segundo menos de lo ha se hacía creer a la empresa. Consiguió así, en varias ocasiones, apoderarse de una cantidad de dinero estimada en 12.334,46 euros.

Descubierto los hechos, la empresa se persona en el pleito y comparece en juicio para sostener la acusación particular después de la calificación provisional del fiscal. El juez utiliza como prueba para condenar la aportada por la acusación particular y la practicada en la vista, además de la aportada por el fiscal. Dos testificales, para valorar los indicios del delito y una pericial de persona no titulada. La defensa del empleado recurre diciendo que hay un error en la valoración de la prueba de la acu-

sación particular, por la vía del artículo 851.3.º, por cuanto, no debiendo admitirse la personación de la acusación particular, la valoración de la prueba de esta es errónea, y, además, que la valoración de la testifical es incorrecta para el juicio de inferencia.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Prueba de presunciones para condenar. ¿Es revisable la valoración testifical que acredita, según el juzgador, un hecho?
2. Teléfono móvil; uso indebido, ¿es delito?
3. ¿Se puede invocar la impugnación de una sentencia por la errónea valoración de la prueba aportada por la acusación particular, alegando la indebida personación procesal de la empresa?

SOLUCIÓN

1. La tan llevada y traída prueba de presunciones requiere de unos mínimos jurisprudenciales para que sea válida. En el caso se describe una conducta inequívocamente delictiva del empleado de una empresa de transportes, continuada en el tiempo. No hay dudas de que comete estafa continuada a la empresa, la cual pone a su disposición una tarjeta SOLRED para cargar de combustible el camión que conduce.

El caso dice en abstracto: la prueba que se utiliza por el juzgador para dictar sentencia. Prueba del fiscal; prueba de la acusación particular (está cuestionada y que será objeto de estudio en el apartado tres de este caso práctico), un testigo y una de perito no titulado.

Se trata de saber qué ocurre si declaramos inadecuada la prueba de la acusación particular y solo nos quedamos con la que aporte el fiscal, es decir, el testigo y el perito. Empezando por la del perito, ¿el hecho de no tener titulación es trascendente? Evidentemente que no, porque de lo que se trata es de que conozca e informe acerca de lo que es objeto de su ciencia, con contradicción, ratificación y audiencia. Por tanto, la ratificación en el juicio, la audiencia y la contradicción en el acto de la vista oral por las partes, permiten su valoración por el órgano judicial.

Pero, a los efectos de la prueba indiciaria y de valorar si existen indicios suficientes, ¿qué sería necesario para dar valor al conjunto indiciario de la prueba admitida y practicada? Esta es la cuestión más importante. Si la pregunta plantea la «prueba de presunción para condenar», la respuesta debe encaminarse por analizar lo que se pide por la jurisprudencia al respecto, poniéndolo en relación con la prueba aportada y practicada. La sentencia debe expresar cuáles son los hechos, base o indicios que se estiman acreditados y sobre los que se monta la inferencia a realizar. Evidentemente se trata de probar lo realizado por el conductor del camión en las distintas gasolineras (documental y testifical) y el uso indebido del teléfono móvil. Después se debe razonar el juicio de inferencia, evitando que sea ilógico, porque no se entra en el juicio *a quo*, salvo que sea inadecuado o improcedente con arreglo a la sana crítica.

En la valoración de la prueba, el tribunal superior puede entrar en el estudio del juicio de inferencia relativo al raciocinio llevado a cabo por el juez. Puede ser criticable el mismo, o que haya valorado como indicio lo que no es; pero lo que no se puede hacer es revisar en casación la valoración testifical del juez, porque el tribunal superior carece de la inmediación de la que ha gozado el juez inferior. Por lo tanto, la valoración que de un testigo se hace para acreditar un hecho no puede ser revisada en una hipotética casación por el tribunal superior.

En fin, si se dan los requisitos indicados, el órgano superior no suplanta el criterio valorativo del juez inferior, lo que hace, simplemente, es analizar el razonamiento aplicado al proceso deductivo, de ahí que, con los escasos datos que indica el caso, tan solo podamos exponer los criterios de interpretación en la valoración. Rechazamos, eso sí, que se revalore la testifical, como también que no se pueda tener en cuenta una pericial por el mero hecho de que el perito no sea titulado.

2. La segunda cuestión, cuando menos, es sugerente. El uso privado que hace del teléfono móvil aportado por la empresa exclusivamente para el trabajo, ¿es delito? Conviene decir que si se contrata una línea de teléfono a nombre supuesto para no pagar, o a nombre de otro, suplantando su personalidad, se está engañando a la compañía telefónica y se está cometiendo un delito de estafa, porque el desplazamiento patrimonial se produce y el engaño es evidente. Hoy en día no se discute este hecho. En el ámbito público, si del engaño se deriva un daño grave para la causa pública, nos encontramos con que conductas típicas de esta naturaleza pueden constituir, incluso, un delito de malversación de caudales públicos del artículo 434 del Código Penal, porque una autoridad o funcionario público puede estar destinando a usos privados, ajenos a la función pública, un bien mueble.

Admitido que cabe delito por el uso ilegítimo del móvil, en el caso planteado, ¿qué delito?

Lo primero que se nos viene a la cabeza es la posible comisión de un delito o de una falta de estafa (según cuantía). Pero aquí no hay engaño en el sentido analizado más arriba, porque no se contrata una línea por el conductor del camión, ni se contrata a nombre de persona simulada, ni aporta documental al efecto para el contrato. El teléfono le viene dado, quizás a su nombre, directamente por la empresa.

Lo que aquí sucede es que se está quebrantando la confianza depositada por la empresa en el trabajador, de tal suerte que este aplica a uso privado lo que debiera ser únicamente profesional. La jurisprudencia, en este supuesto, viene entendiendo que al trabajador lo que se le ha dado con el teléfono móvil es un crédito para su correcta administración; un valor que «ha recibido en depósito o administración», que lo distrae «en perjuicio del comitente». Por tanto, el trabajador que ha recibido el teléfono y con él un crédito, a título de depósito, abusa de la confianza y gasta un dinero a la empresa en llamadas privadas, con lo que está distrayendo el crédito entregado.

Por tanto, convenimos en que el supuesto encaja en la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal.

3. Finalmente, ¿se puede invocar la impugnación de una sentencia por la errónea valoración de la prueba aportada por la acusación particular personada en la causa de forma errónea?

Esta cuestión se relaciona con la aceptación de la personación de la empresa tras el escrito de calificación del Fiscal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 110 dice literalmente: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieran renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito». En consecuencia, la personación de empresa es nula de toda nulidad, y el artículo 238 y concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial ya tilda de nula la actuación procesal que prescinda de las normas procedimentales.

Dicho lo anterior, la cuestión todavía no está resuelta porque de lo que se trata no es de la valoración de algo que no debió valorar el juez, invocado el artículo 851.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que hubo error en la valoración de la prueba. Es como pretender decir que al valorar la prueba de la acusación particular que se personó tarde infringiendo el artículo 110 de la Ley procesal criminal, se cometió un error por el juzgador susceptible de casación por la vía del artículo 851.3.º, porque no se ha resuelto en la sentencia «sobre todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa». Lo correcto es invocar el artículo 849.2.º, «error en la apreciación de la prueba».

Para que prospere el error en la valoración de la prueba se requiere que se invoque el error y que pueda tener influencia en el fallo (hasta aquí puede haber coincidencias); que se citen los documentos sobre los que se produce el error y que sean literosuficientes, y que, por tanto, su eficacia probatoria no aparezca contradicha por otras pruebas (aquí ya no hay una correlación entre la pretensión impugnativa y su fundamento con el art. 851.3); que se proponga por el recurrente una nueva redacción en el *factum* (nada dice el caso de este hecho); y que la nueva redacción sea para una nueva subsunción jurídica, diferente de la que se impugna (es evidente que no se plantea nada nuevo, porque la pretensión del recurrente no modifica el *factum* y se dirige a la valoración equivocada, según él, de la prueba por el juez). Está claro que al pretender, fundamentalmente, la impugnación de la personación de la empresa por el recurso, este hecho nada tiene que ver con el error en la valoración de la prueba. Cuestión distinta es la posible nulidad de las actuaciones por la admisión de la personación de la empresa. Si afecta al derecho a la Tutela Judicial Efectiva a un proceso con todas las garantías, se podrá utilizar la vía del artículo 852, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, pero no el camino sugerido por el artículo 851.3.º.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 110, 851.3 y 852.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 238.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 252 y 434.
- SSTS 272/1995, de 23 de febrero, 1015/1995, de 18 de octubre, 1/1996, de 19 de enero, 515/1996, de 12 de julio, 507/1996, de 13 de julio, 1026/1996, de 16 de diciembre, 890/2002, de 10 de mayo, 1092/2002, de 12 de junio, 1453/2002, de 13 de septiembre, 40/2003, de 17 de enero, 1281/2005, de 14 de diciembre y 226/2006, de 19 de febrero.