

PENAL

**CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR DE CUENTA
CORRIENTE: DELITO DE ESTAFA O APROPIACIÓN
INDEBIDA. CUESTIONES PROCESALES
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.
62/2005**

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

ENUNCIADO

Desde hacía años XXX tenía una cuenta corriente en un banco de la localidad, de la que YYY podía disponer del dinero existente, en la medida en que era una garantía de diferentes operaciones de crédito de la empresa familiar, respecto de la cual XXX era uno de los socios. Fallecido XXX, sin comunicar nada a la entidad bancaria concedor que era del óbito, YYY dispuso de fondos existentes en la mencionada cuenta, que gestionaba y administraba de acuerdo con los poderes que tenía conferidos, que transfirió a una de su exclusiva titularidad. La entidad conoció el fallecimiento tras serle comunicado por los familiares del fallecido que fueron declarados herederos abintestato.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Calificación de los hechos.
- Consideraciones procesales.

SOLUCIÓN

En el caso que se propone planea la distinción entre las figuras delictivas de la estafa y la apropiación indebida, ambas recogidas bajo la rúbrica de las defraudaciones, en diferentes secciones del capítulo. Una adecuada respuesta a las cuestiones que plantea el texto, exige concretar cuáles son los elementos o requisitos de cada figura para posteriormente determinar cuál de ellas sería aplicable.

La razón de ser de la estafa, su núcleo principal se encuentra en la necesaria existencia del engaño, en virtud del cual se pretende el aprovechamiento del patrimonio de ajeno. Este **engaño pre-**

cedente o concurrente precisa la concurrencia de diversas notas para poder apreciar su existencia ya que ha de ser **bastante**, como establece el artículo 248 del Código Penal (CP), es decir suficiente, para alcanzar el fin propuesto, idóneo para provocar la transferencia patrimonial todo ello de acuerdo con unos criterios objetivos así como con los personales del afectado, e igualmente teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por tanto deberán conjugarse la abstracta idoneidad con las circunstancias que determinen esa suficiencia para el caso concreto, es decir, tanto el módulo objetivo como el subjetivo. Debe tener una apariencia de realidad y una seriedad suficientes, para que en vista de todas las circunstancias del caso concreto y del sujeto afectado se considere existente.

El engaño ha de producir un **error** en el sujeto pasivo que provocándole un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, que le determine, a través de ese consentimiento viciado, la realización de una determinada disposición patrimonial, entrega de una cosa, dinero o realización de cualquier otra prestación, que de otra manera no hubiera hecho.

Lo que no es posible, a la vista de lo indicado, es que sea burdo, fantástico o inaccesible, que sería incapaz de mover la voluntad de personas normales desde el punto de vista de la inteligencia, según las condiciones de sociales y culturales en que se desenvuelva, de tal manera que el engaño carezca de relevancia o adecuación para producir el error que genera el fraude.

El artificio del agente o la puesta en escena ha de generar, por tanto, un error esencial, sin el cual no se hubiera efectuado el traspaso patrimonial, y eso a través de una serie de presuposiciones que provenientes del sujeto activo incidieron en su voluntad.

Ese error padecido través del engaño bastante es lo que produce el **acto de disposición patrimonial** y que desencadena el perjuicio patrimonial para la persona misma que es inducida al mismo o bien en un tercero, pues no es necesario que se confundan en una misma persona la condición de engañado o perjudicado.

Elemento también necesario pero que no es expresamente recogido en el precepto arriba indicado es el **ánimo de lucro**, elemento subjetivo del tipo, en cuanto propósito del actor de obtener una ventaja o enriquecimiento patrimonial correlativo, si bien no necesariamente equivalente al perjuicio típico producido, por lo que este delito es de imposible comisión imprudente.

De todo lo anteriormente indicado se deduce la necesaria existencia de una relación de causalidad entre el engaño y el desplazamiento patrimonial con el consiguiente perjuicio, de ahí que, como arriba se indicó, debe concurrir un dolo antecedente o simultáneo con la dinámica defraudatoria, de manera que el mismo es consciente de que con la maquinación engañosa que determinó el error y el posterior desplazamiento patrimonial y perjuicio consiguiente. El actor es consciente de su proceder fraudulento y de las consecuencias de su conducta dirigida a obtener un enriquecimiento patrimonial, por lo que el dolo sobrevenido y no anterior o precedente, queda fuera de la figura de la estafa [Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 5 de junio de 2000 y 3 de abril de 2001].

El delito de apropiación indebida que recoge el artículo 252 del CP sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida que serían el clásico de la apropiación de cosas muebles ajenas por el

poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de enriquecimiento y por otro el de gestión desleal que se comete cuando se perjudica patrimonialmente al principal o a la sociedad distraendo el dinero que tiene a su alcance como gestor o administrador, y que se produce independientemente de que se acredite que el dinero quedó incorporado a su patrimonio, ya que basta con el perjuicio como consecuencia de la gestión desleal, ya que de la expresión distraer que utiliza el Código, supone la disposición de dinero que se administra en perjuicio de una persona física o jurídica titular del patrimonio, siendo suficiente el perjuicio en cuanto dolo genérico del conocimiento y consentimiento mismo, sin que sea necesario la incorporación al patrimonio del autor, aunque lógicamente no se excluye. Llegados a este punto conviene precisar que determinados actos de administración pueden ser subsumibles tanto en el precepto de la apropiación indebida, como en el tipo de la administración desleal que recoge el artículo 295 del CP, dentro de los delitos societarios, que viene a completar las previsiones del artículo 252, pero que subsiste. En esos casos, en que los preceptos se solapan, es decir, ante un hipotético concurso de normas, se resolvería a través del artículo 8.º 4 del mencionado texto, es decir, optando por aplicar el precepto que imponga pena más grave (SSTS de 12 de mayo de 2002 y 17 de octubre de 1998).

Lo esencial por otro lado es que la adquisición se haya realizado sin mediar el engaño típico de la estafa.

Cabe preguntarse a la luz del caso si nos encontramos ante un su puesto de estafa, en cuanto que ocultó el fallecimiento de XXX, lo que determinó que la entidad bancaria autorizase la retirada de los fondos, al entender que lo hacía como administrador de ese dinero o bien ante un supuesto de gestión desleal e interesada y en provecho propio de los bienes que se le encomiendan.

En principio cabe decir que concurriría el elemento normativo del tipo de la apropiación indebida, ya que existía conferida la condición de administrador. Este requisito no tiene por que ser formal, es decir, puede ser una situación formal o no desde el punto de vista jurídico, si bien en el caso que se propone el administrador tenía conferidos poderes de actuación como administrador. Sin embargo cabe preguntarse si ese modo de proceder supuso un exceso en esos poderes o bien actuó de acuerdo con los mismos. Es decir, si desde el punto de vista de la legislación civil su actuación se hizo como gestor o bien esa capacidad de actuación se había extinguido con la muerte del mandante o poderdante. El Código Civil expresa como una de las causas de extinción del mandato (art. 1.732.3), que el fallecimiento del mandante o el mandatario, por lo que la actuación del gestor, administrador o apoderado, a partir del fallecimiento del mandato se realiza al margen de esa relación jurídica y por tanto del tipo. En el caso por tanto, la actuación del administrador, que realiza tras la muerte de la titular de la cuenta corriente, lo hace sin la cobertura de la relación contractual o jurídica y por tanto no sería posible imputarle un delito de apropiación indebida, sin embargo lo que consta es que efectúa un engaño por omisión, a la entidad bancaria ya que no comunica el fallecimiento de la titular de la cuenta bancaria, lo que produce el error esencial en el banco al ocultar ese dato fundamental, por lo que estima que la relación continúa en vigor, pues no se le ha comunicado nada en contrario, y dispone de los fondos existentes con ánimo de enriquecimiento propio. Actúa pues de manera fraudulenta y desleal pero no, estimo, puede considerarse que actúe como administrador.

Por tanto puede considerarse que los hechos serían constitutivos de un delito de estafa, ya que aparece el engaño bastante, oculta el fallecimiento del poderdante y cuentacorrentista, que provoca el error esencial en el banco que realiza la disposición patrimonial en perjuicio de terceras personas. No puede según mi criterio calificarse el hecho como apropiación indebida pues al desaparecer el elemento normativo del tipo fundamental para la existencia del delito, la actuación como gestor o administrador, al extinguirse el mismo por la muerte del mandante, no puede aplicarse ese tipo.

Desde el punto de vista de la calificación de la acusación, si ésta fuere realizada con base en la apropiación indebida, sin formular conclusiones alternativas con la estafa, determinaría que o bien se planteara la tesis por el Tribunal para la correcta calificación de los hechos, o bien si considerara que son constitutivos de estafa debería absolver con el fin de no infringir el principio acusatorio. Si condenara por apropiación indebida, el recurso que en su caso conociera el TS no supondría que éste tuviera la posibilidad de calificar correctamente los hechos y condenar por delito de estafa, sino que, con la finalidad de no vulnerar el principio, debería absolver del delito objeto de acusación y condena, esto es del delito de apropiación indebida. El objeto procesal se delimita por el hecho, identidad de hecho que se producirá, cuando exista coincidencia de los actos típicos de ejecución, a lo que se añadirá la lesión del mismo bien jurídico, lo que determinará que nos hallamos en presencia de figuras delictivas de la misma naturaleza. El respeto a esa identidad de objeto impedirá que se quiebre el principio acusatorio. Debe recordarse que está consolidada la postura jurisprudencial de la falta de homogeneidad respecto de los bienes jurídicos protegidos existentes entre la apropiación indebida y la estafa.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 1.732.3.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.º 4, 248, 252 y 295.
- SSTS de 17 de octubre de 1998, 5 de junio de 2000, 3 de abril de 2001 y 12 de mayo de 2002.