

PENAL

**APROPIACIÓN INDEBIDA CONTINUADA.
PENALIDAD
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.
162/2005**

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

ENUNCIADO

Imaginamos que una persona profesional se encarga de administrar los fondos de unos clientes. Para ello, recibe unas cantidades que oscilan entre 6.000 y 9.000 euros, de personas normales, no especialmente adineradas, con una economía familiar sencilla. Personas que no hacen otra cosa que entregar al administrador sus ahorros, con la sana intención de que sean colocados en productos financieros para, transcurrido un tiempo de inversión y obtenidas rentas positivas (se supone), proceder a la devolución, previo cobro de la comisión por su trabajo por parte del administrador.

Y suponemos que amparados en la confianza generada por el administrador, se ponen a su disposición esos caudales que son apropiados por él a lo largo de varios meses y con varios clientes, hasta el importe de 54.000. De unos, obtiene dinero por importe superior a 12.000 euros; de otros, cantidades inferiores a 12.000 euros.

Sucede, asimismo, que la confianza generada se ampara en los años de relación administrador cliente; también en el hecho de que este hombre se desplazaba hasta los domicilios de los clientes, en algunos casos, con movilidad funcional disminuida, en otros de avanzada edad; finalmente, en el hecho de ser la única persona especializada en esas materias en la zona donde viven.

La conducta la calificamos como delito continuado de apropiación indebida del administrador, de los artículos 252 y 74 del Código Penal (CP), con el abuso de la confianza.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿El delito continuado de apropiación indebida excluye la agravante individual del artículo 250.1.6.º del CP, por ampararse penalmente la conducta en el artículo 74 y suponer una doble imposición agravatoria?
2. ¿Se puede aplicar el abuso de confianza en el delito de apropiación indebida?

SOLUCIÓN

1. No vamos a estudiar la figura delictiva cometida por el administrador. Damos por hecho que está realizando una conducta continuada de apropiación indebida de fondos del artículo 252, que se remite en cuanto a penas se refiere al artículo 250.1.6.º del CP. Esta continuidad delictiva es la que plantea el problema. Observar que hablamos de delito continuado de apropiación delictiva y que con ello nos estamos refiriendo directamente a la susceptibilidad de aplicación o no de la agravante específica de ese número 6.º o al tipo base de artículo 249 del CP. Es decir, por el mero hecho de haber cometido un delito continuado, lo que supone la aplicación del artículo 74 del CP, ya de por sí un plus de penalidad, sobre todo en el ordinal 2.º (de delitos económicos), ¿tenemos que excluir la agravante específica de especial gravedad del n.º 6.º del artículo 250.1 del CP, a fin de no vulnerar el principio *non bis in idem*?

La continuidad delictiva surge de la pluralidad de acciones homogéneas, que no de delitos de apropiación, con la única idea del administrador, aprovechándose de la ocasión brindada. Esto supone que tenga sentido plantearse la incompatibilidad entre el artículo 74.2 y el 250.1.6.º, pues si hay especial gravedad en la conducta homogénea del administrador y el código prevé, por la pluralidad de acciones, una mayor pena, es lógico que no podamos volver a penalizar las conductas con la agravante específica del 250.1.6.º lo ya penalizado por la continuidad delictiva en el artículo 74.

La jurisprudencia, al estudiar supuestos como el indicado en el caso práctico, sí considera compatibles ambos artículos, cuando, con una sola de las conductas del administrador, se supere la cuantía de especial gravedad del artículo 250.1.6.º. O sea, como quiera que las diversas apropiaciones de dinero, aisladamente consideradas o individualmente atendidas, en unos casos suponen importes inferiores a 12.000 euros y en otros superiores, y como la cantidad que supere los 12.000 es considerada en una economía familiar normal como de especial gravedad a los efectos del tan nombrado artículo, la reiteración de comportamientos ilícitos del administrador en continuidad delictiva, no impide apreciar el artículo 74 más el 250.1.6.º, sin que ello vulnere el *non bis in idem*, por la sencilla razón de que le basta a esa aparente doble facultad agravatoria con que una sola conducta supere al cantidad indicada para afectar todo el delito continuado en cuanto a todas las conductas desplegadas por el autor.

La razón se fundamenta en que, mientras con el artículo 74 se sanciona una continuidad delictiva respecto de hechos unificados por circunstancias que dan lugar a la unidad jurídica específica, por la agravante del 250 se sanciona que alguno de los hechos sancionados es más grave y debe reprimirse más contundentemente el ánimo de lucro del autor. Y así, se puede decir sin temor a equivocación, que las distintas conductas del administrador, en la medida en que algunas de ellas superan el límite de la especial gravedad, permiten la aplicación del 74 con el 250 por cuanto cada exceso cuantitativo supone un delito agravado especial en sí mismo, a diferencia de un conjunto de acciones, en las que la suma de todas ellas superase la cuantía cifrada, porque la unidad de acción lo que permitiría es la aplicación del 74 por delito continuado, pero no el 250, ya que no se predica en este caso de la plura-

lidad de actos y la suma de todos ellos, sino que varios de ellos, aisladamente considerados, por sí solos suponen la agravante específica del 250, por conductas más reprochables que la suma del conjunto de todas ellas superando el límite de los 12.000 euros.

2. El tipo penal de la apropiación indebida y la agravante específica del artículo 250.1.7.º del CP de obrar (el administrador) «con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador», hace que nos planteemos, a la luz de la jurisprudencia, si la apropiación indebida, que conlleva necesariamente un cierto grado de confianza entre los sujetos (entre el que da y el que recibe), es o no conciliable-compatible con la agravante específica del número 7.º, bien entendido que podríamos vulnerar, otra vez, el principio de *non bis in idem*.

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que en este delito de apropiación indebida es inherente el quebrante de la confianza que se deposita en la persona como parte de la estructura del tipo penal. También se dice que ese quebranto merece un reproche penal, ya contemplado en el tipo básico. En la antigua agravante de abuso de confianza no cabía, además, la compatibilidad con la apropiación indebida, precisamente porque en estos delitos el abuso está ínsito en ellos. Pero es cierto también, que con el nuevo CP de 1995 al concepto base del abuso se le añaden el quebranto de «las relaciones personales entre víctima y defraudador o el aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional», lo cual supone un plus de antijuridicidad y añade unos elementos específicos que conviene analizar con el fin de llegar a la conclusión de compatibilidad o no con la figura de la apropiación indebida, cuyo delito (continuado) se dice en el caso que se comete por el administrador.

La jurisprudencia, en supuestos como el que plantea el caso, llega a la conclusión de que el quebranto normal de confianza, con el engaño precedente, no supone ir más allá de los límites propios de la figura básica del delito de apropiación indebida, desechando la posibilidad, entonces, de aplicar, además, el artículo 250.1.7.º del CP. Lo que significa que la aplicación de la agravante derivará de «una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa».

Ese plus de antijuridicidad será la consecuencia del análisis, no sólo de la conducta del administrador, sino de todos los elementos generadores de la confianza por la cual los clientes le entregaban el dinero para su administración y, se suponía, rentabilidad. Y así, si apreciamos que el administrador se desplazaba a los domicilios; que se trataba de personas con movilidad funcional disminuida; que tan sólo él en la zona estaba especializado en la administración de los bienes; que llevaba tiempo actuando con ellos y en la zona... Esto es indicativo de que la confianza es excepcional y que la excepcionalidad de la aplicación de la figura delictiva de la apropiación indebida continuada con la agravante específica está justificada, porque, aunque no se puede negar que el abuso de confianza propio del delito base (art. 252 del CP) actúa dentro del mismo, entendiendo que esa confianza sobrepasada no lo es sólo de la relación contractual y merecedora, por tanto, del reproche penal; no se podrá negar tampoco que cada quebranto de confianza, además de suponer un plus específico de antijuridicidad

más agravada, es un plus ya tenido en cuenta en la continuidad delictiva ordinaria del delito base, en todos y cada uno de los actos por cada uno de los clientes, razón por la cual se da la continuidad delictiva y, además, la especificidad el artículo 250.1.7.º perfectamente aplicable.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTs de 2 de octubre y 24 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1995, 4 de octubre y 17 de diciembre de 1996, 13 de febrero de 1997, 21 de abril de 1999, 3 de enero y 20 y 28 de abril de 2000, 30 de enero de 2001, 5 de abril y 28 de mayo de 2002, 3 y 4 de febrero y 5 de noviembre de 2003 y 10 de abril de 2005.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 250.1.6.º y 7.º y 252.