

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Alfonso Pérez Sánchez, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo representante legal de la empresa Solsis, S.A. y acometiendo las funciones de ventas de productos a terceros compradores, particulares o empresas, actuó ilícitamente de la manera que se describe:

Semanalmente debía dar cuenta a la empresa para la que trabajaba de los productos vendidos. Las ventas se realizaban justificándose con albaranes el importe de lo pagado y con albaranes el importe de lo adeudado o «pendiente de cobro». Al final, lo no vendido era devuelto, para recibir, a continuación, la mercancía para la nueva venta de la semana siguiente. Y así sucedió que Luis confeccionó albaranes, haciendo constar en ellos ventas no realizadas en la realidad. En los documentos imitó firmas de compradores, de personas existentes o inventadas y de empresas existentes o inventadas. En los albaranes hizo constar importes de ventas y productos vendidos, algunos (los más) siempre en concepto de «pendientes de pago». De tal suerte que, al finalizar la semana, la empresa Solsis creía lo que se significaba en los albaranes, y proveía al representante de más productos que no eran devueltos.

Este proceder se realizó por el citado Alfonso durante el año 1999, y se calculó el importe de lo conseguido por Alfonso en 14.345 euros, como valor de defraudación, sin constancia alguna del perjuicio irrogado a la empresa o de la situación económica en la que pudo quedar la misma, en atención a lo que dispone el artículo 250.1.6.º del Código Penal (CP) a los efectos agravatorios. Los albaranes justificaban un importe superior que no resultó acreditado en su totalidad, pues parte del dinero sí se ingresaba en la empresa y otra parte, conjuntamente con la mercancía recibida, no.

La sentencia condenó a Alfonso a la pena de cuatro años y nueve meses de prisión.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Tipificación de los hechos.
2. Continuidad delictiva.
3. ¿Existe especial gravedad sólo por el importe de lo defraudado? Cuáles son los criterios.
4. Individualización de la pena.

• SOLUCIÓN:

1. Tener productos de la empresa para la que trabaja Alfonso; quedarse con los productos; quedarse con el dinero de las ventas y engañar al tercero comprador o a la empresa para la que se trabaja, puede justificar la existencia de una estafa o de una apropiación indebida. El tipo penal del artículo 248 del CP parece estar representado en las conductas de Alfonso. Hay engaño porque la sociedad Solsis, en la creencia de que se vende y se cobra (o se está como pendiente de cobro) sigue suministrando productos a su representante (al fin y al cabo, los albaranes falsificados así lo dan a entender espuriamente); hay ánimo de lucro porque Alfonso, o se queda con la materia o se queda con el dinero, y hay desplazamiento patrimonial, porque se sigue entregando el producto y se entrega el dinero, por la apariencia de buena fe y por la condición de representante de la empresa que genera la confianza debida en su actividad. Pero, por encima de toda esta realidad hay apropiación de dinero y de bienes recibidos con la obligación de entregar y devolver. El tipo penal de la apropiación indebida parece más adecuado, al entenderse que «en perjuicio de otro» se apropia o distrae bienes o dinero recibidos en depósito con la obligación de devolver. Es decir, Alfonso recibe bienes, y al final de la semana tiene la obligación de devolver lo no vendido y de entregar el dinero obtenido o las facturas justificativas de lo vendido y pendiente de pagar por el adquirente. En fin, ambos delitos tienen su justificación; pero quizás la especialidad de la apropiación indebida parece más adecuada.

Además, la confección ininterrumpida de albaranes, imitando firmas, con la significación de personas o empresas, reales o supuestas, adquirentes de los productos, integra un delito de falsedad. Cabe indicar aquí que la apropiación se ha cometido beneficiada por la apariencia de la falsificación. Esta apreciación nos permite decir acertadamente que la falsedad (o las falsedades) no puede ser considerada como ideológica o intrascendente para la estafa o la apropiación. La apariencia generada, la constatación de personas, reales o ficticias; la determinación de empresas, reales o ficticias, falsariamente adquirentes de los productos, incitan a la empresa de Alfonso a seguir con el suministro de productos. Por ello, los artículos 390.2 y 3 y 392 del CP deben ser aplicados al presente caso, sin que se pueda alegar ese tipo de falsedades que quedan despenalizadas cuando no se trata de funcionarios públicos quienes las cometen por la despenalización acontecida por el actual CP de 1995, al faltar simplemente a la verdad en la narración de los hechos (art. 390.1.4.º). Se ha generado una apariencia de negocio jurídico; se ha imitado o simulado la firma de personas compradoras adquirentes; se ha confeccionado un albarán a partir de unas falsedades. En fin, como lógica consecuencia la conducta de Alfonso está más en los párrafos 2.º (simulación de documento) y 3.º (suponiendo inverazmente la intervención de personas en la tráfaga mercantil) que en el 4.º de faltar a la verdad en la narración, como simple falsedad ideológica.

2. La relación entre la apropiación y la falsedad será en concurso, y como quiera que la falsedad ha sido el medio para la comisión del delito de apropiación, el concurso será medial del artículo 77 del CP, con las importantes connotaciones penológicas que este artículo conlleva y que serán objeto de análisis en el último apartado de la resolución de cuestiones del caso práctico, para así mantener la coherencia de la exposición. Y la relación concursal (sea una u otra la decisión: estafa o apropiación indebida), para con la falsedad será con carácter continuado, pues se sobrentiende que, a lo largo del año 1999, Alfonso ha ido consumando, semana tras semana, el fraude; lo que da continuidad delictiva al conjunto de acciones homogéneas, con idéntica razón de ser, como así sugiere la figura penal del artículo 74 del CP.

Hay dos conductas bien definidas penalmente: la apropiación indebida (o estafa) y la falsedad en documento mercantil, de los artículos 252 y 392, en relación con el 390.2 y 3, en concurso medial del artículo 77 y con continuidad delictiva del artículo 74.

3. En este apartado se analizan los criterios jurisprudenciales para la calificación de la apropiación indebida como de especial gravedad o no. El caso sólo indica el importe de lo defraudado (14.345 euros). El artículo a tener en cuenta en este supuesto es el 250.1.6.º del CP que a «la especial gravedad, atendiendo al valor de lo defraudado», le añade la «entidad del perjuicio» y la «situación económica en que queda la víctima». Tomando como referencia lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 9 de junio de 1999 basta con la «suficiencia de una de estas situaciones para apreciar la agravante específica» del artículo citado. Es la interpretación más acorde por «razones teleológicas, sistemáticas o históricas, en cuanto responde a fundamentos bien distintos, que pretende dar respuesta a situaciones, como se recoge en la circunstancia 1.ª del artículo 235 del código penal, con relación al delito de hurto; de modo que, de seguirse otra interpretación, se dejaría sin contenido esa importante agravación, se desconocerían las razones que esta sala ha venido desarrollando para conformar estas circunstancias agravantes, y sería una interpretación totalmente contradictoria con la que lógicamente exige, por la diversidad de situaciones, la prevista en la mencionada regla 1.ª del mencionado artículo 235».

En consecuencia, la ausencia de otras referencias propias del artículo 250.1.6.ª no son impedimento para apreciar la agravante específica prevista en el artículo. Nos basta con determinar si los 14.345 euros son cantidad importante, exclusivamente por el criterio del «valor de la defraudación». Hasta 1991, 6.000 euros era la cifra de referencia; a partir de ese año la jurisprudencia cifra en 12.000 euros la cantidad determinante de la agravante específica de especial gravedad, teniendo en cuenta el poder adquisitivo de la moneda y la realidad social, y como quiera que el año de comisión de los hechos es 1999 y que resoluciones judiciales posteriores han venido confirmando este límite, es correcto entender aplicable la agravante específica.

4. Para la individualización de la pena partiremos de las siguientes afirmaciones:

Hay dos delitos continuados: uno de contenido patrimonial (la estafa o la apropiación indebida, según se elija); otro de contenido no patrimonial (la falsedad en documento mercantil).

Como delito continuado y siguiendo el criterio jurisprudencial, resulta que el artículo 74.1 es el aplicable para la falsedad y el 74.2 para lo patrimonial. Y así, para la apropiación indebida la pena no tiene que imponerse necesariamente en su mitad superior, sino por aplicación del número 2 del artículo 74, y según la pacífica y consolidada doctrina del TS para los delitos de contenido económico, según el perjuicio causado, la pena se impone, dentro del grado base, en la extensión conveniente. Es decir, por el delito continuado de apropiación indebida desde uno a seis años. A su vez, en la falsedad continuada sí cabe la mitad superior, al no ser un delito de contenido económico. Como quiera que nos hallamos en concurso medial del artículo 77, y conforme a él, se aplica la pena del delito más grave en su mitad superior, salvo que penando por separado sea más beneficioso, resulta que es más beneficioso penar por separado que aplicar la mitad superior en la apropiación indebida, pues penar por separado obliga a no sobrepasar en el cálculo el año mínimo (como beneficio de la apropiación) y el mínimo de la falsedad en su mitad superior (partiendo de los seis meses hasta los tres años del art. 392).

La pena impuesta en el caso de cuatro años y nueve meses aplica en mitad superior de la apropiación, por lo que está mal y habrá que penar por separado la apropiación indebida y la falsedad documental, sin sobrepasar esa mitad superior, por ser más beneficioso para el reo y conforme con el criterio del artículo 77. Hay una doble operación a realizar: la del artículo 74.1 y 2 y la del 77. Con el primero detectamos la pena individualizada de los delitos continuados, y con el segundo la más favorable, bien la del delito más grave en su mitad superior (la apropiación indebida de tres años y medio a seis años, porque se puede recorrer en toda la extensión), bien la de los dos (apropiación indebida y falsedad) si, aplicadas por separado, sale el cómputo más beneficioso, como así sucede, pues la falsedad (seis meses a tres años, art. 392) en su mitad superior tiene como referencia mínima 21 meses y la apropiación indebida 12 meses, porque no requiere ir a la mitad superior, al ser delito continuado de contenido económico.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 77, 235, 249, 252, 390.2 y 3 y 392.**
- **SSTS de 16 de septiembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 28 de diciembre de 1998, 9 de junio y 3 de noviembre de 1999 y 22 de febrero de 2000.**