



Universidad de Valladolid



Máster de Acceso a la Abogacía

“EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA”

Presentado por: Laura Hernández Aguilar

Tutelado por: Antonio María Javato Martín

En Valladolid, a 24 de marzo de 2022.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. HECHOS | 4 |
| 2. CALIFICACIÓN JURÍDICA | 4 |
| 2.1 El delito de apropiación indebida | 4 |
| 2.1.1. Introducción | 5 |
| 2.1.2 Distinción con la estafa y la apropiación indebida..... | 6 |
| 2.1.2.4 Diferencias con la administración desleal..... | 6 |
| 2.1.3. Concepto | 14 |
| 2.1.3. Bien jurídico protegido..... | 15 |
| 2.1.5. Tipo objetivo: acción típica | 18 |
| 2.1.6. Apropiación o negación de haber recibido..... | 19 |
| 2.1.7. Objeto material | 22 |
| 2.1.8. Título habilitante: obligación de entregar o devolver..... | 24 |
| 2.1.9. Sujeto activo..... | 33 |
| 2.1.10. La previa recepción de la cosa | 34 |
| 2.2.11. Tipo subjetivo | 35 |
| 2.1.12. Perjuicio patrimonial | 38 |
| 2.2.13. <i>Iter criminis</i> | 39 |
| 2.1.14. Aplicación al supuesto concreto | 41 |
| 2.2.DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL | 43 |
| 2.2.1. Introducción y regulación..... | 43 |
| 2.2.2. Bien jurídico protegido..... | 44 |
| 2.2. 3. Objeto material: concepto de documento | 46 |
| 2.2.4.Comportamiento típico | 55 |
| 2.2.5 Tipo subjetivo..... | 59 |
| 2.2.6.Imputación objetiva | 59 |
| 2.2.7.Grados de ejecución..... | 60 |
| 2.2.8.Aplicación al supuesto concreto | 62 |
| 3.CONCURSO MEDIAL Y DELITO CONTINUADO | 63 |
| 3.1. CONCURSO MEDIAL | 63 |
| 3.1.1. Requisitos concurrencia concurso medial | 65 |
| 3.1.2. Límites penológicos/tratamiento punitivo..... | 67 |
| 3.2.CONTINUIDAD DELICTIVA | 73 |
| 3.2.1. Concepto y requisitos | 73 |
| 3.2.2. Regulación | 75 |
| 3.3. Aplicación de la continuidad delictiva y del concurso ideal al caso concreto | 77 |

| | |
|---------------------------------|----|
| 4. CONCLUSIONES | 79 |
| 5. BIBLIOGRAFÍA..... | 87 |
| 6. RELACIÓN DE SENTENCIAS | 89 |

1. HECHOS

D. José Ignacio, mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñaba funciones de gestión de cobro e ingresos en el Despacho de un Procurador, desde marzo de 2017 hasta enero de 2019, primero como trabajador asalariado hasta el 28 de febrero de 2018 y posteriormente como trabajador autónomo.

Derivado de la actividad de gestión de los pagos de clientes de la que era encargado, tenía acceso a la cuenta bancaria abierta al efecto, propiedad del Procurador para él que trabajaba. Asimismo, también era el encargado de la contabilidad del despacho. De manera que, el acusado tenía la potestad de confeccionar a mano los distintos cheques, realizar las anotaciones oportunas en el talonario y asignar el número de expediente que le correspondía.

Durante los años que desempeñó las funciones anteriormente descritas, emitió en los años 2017 y 2018 numerosos cheques a su nombre, en los que estampó el sello del despacho profesional del Procurador, escribiendo dentro de él un número de expediente que no requería ningún pago y, falsificando la firma del profesional para el que trabajaba. Tales cheques los ingresaba en su cuenta bancaria, abonándose el importe de los mismos mediante el sistema de compensación bancaria.

A través de este sistema incorporó a su patrimonio la cantidad de 132.467,50 euros, en perjuicio del Procurador.

Como puede observarse, no cabe duda que los hechos descritos suponen la comisión de varias conductas delictivas, que van a ser objeto de análisis en los siguientes epígrafes.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

2.1 El delito de apropiación indebida

En primer lugar, de la lectura de los hechos objeto del dictamen, se infiere que estaría presente un delito de apropiación indebida. Para poder efectuar la subsunción de los referidos hechos en este delito es preciso analizar previamente los diversos elementos que lo componen a la vista de su regulación legal. También considero conveniente a, estos efectos, proceder a deslindarlo de figuras afines como la estafa y la administración desleal.

2.1.1. Introducción

El delito de apropiación indebida se recoge dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (Título XIII), concretamente dentro del Capítulo de las defraudaciones (Capítulo VI), en la sección segunda bis.

Tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, este delito se encuentra tipificado en el art. 253. Así, dispone este precepto en su apartado primero que *“serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”*. Añade que, en caso de que la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, *“se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”*.

Asimismo, en el artículo siguiente se recoge una modalidad subsidiaria de apropiación indebida: *“1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses”*¹.

La reforma del Código Penal en 2015 ha introducido numerosas novedades en relación con este delito. La más importante de ellas, la separación de la figura de la apropiación indebida y administración desleal, que se encuentran reguladas en preceptos distintos².

Otro de los aspectos más destacados de la reforma es la supresión de la referencia a la “distracción” como conducta típica de apropiación indebida. Cabe entenderse que esta modalidad es abarcada ahora por el delito de administración desleal³.

Por otro parte, la reforma ha supuesto, entre otras, la desaparición del tipo agravado de apropiación indebida en caso de depósito miserable o necesario, así como de los tipos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y de cosa recibida por

¹ Artículo 254 Código Penal.

² Apartado 3.2 “distinción con otras figuras afines” del presente trabajo

³ Así lo vemos en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal”*.

error (arts. 253 y 254 en su redacción anterior a la reforma de 2015); la supresión del activo patrimonial del catálogo de posibles objetos materiales; la inclusión entre los títulos posesorios de la “custodia” y la correlativa supresión de la administración; la posibilidad de que la apropiación beneficie tanto al sujeto activo como a un tercero y la incorporación de un delito leve de apropiación indebida (art. 253.2) en sustitución de la falta prevista en el art. 623.4 CP, hoy suprimido, manteniéndose el criterio cuantitativo -400 euros- como límite entre el tipo básico y el delito leve de apropiación indebida⁴.

2.1.2 Distinción con la estafa y la apropiación indebida

La estafa, comparte con la apropiación indebida una serie de características comunes. La primera de ellas, el carácter defraudatorio.

También convergen en cuanto al carácter doloso (el CP no contempla la sanción de una modalidad imprudente de apropiación indebida) y la dinámica fraudulenta, consistente en la quiebra del deber de entrega o devolución de la cosa y no en la maniobra engañosa que caracteriza a la estafa.

En tercer lugar, apunta QUINTERO⁵ que, ambos delitos se enmarcan entre los delitos de apoderamiento lucrativo, en los que se produce un traspaso de una determinada esfera de dominio a otro.

A pesar de estos elementos comunes, la diferencia entre ambos delitos la encontramos en la inexistencia de engaño previo en la apropiación indebida, que es esencial en la estafa, pero sí se da un abuso de confianza, y por tanto un cierto componente fraudulento. En la apropiación indebida la posesión de la cosa es originariamente lícita y después surge el ánimo de apropiársela ilícitamente. En la estafa, cuando lo que se consigue es la posesión de una cosa mueble, dicha posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es el origen o la causa de esa constitución, con lo que la posesión es desde ese momento ilícita.

2.1.2.4 Diferencias con la administración desleal

⁴ DOMÍNGUEZ, A. C. (2016). "Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)". *La ley digital* N° 5974, 2016).

⁵ QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. Navarra: Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi

Más compleja resulta la diferenciación entre la figura de la apropiación indebida y la administración desleal en la medida en que hasta la reforma de 2015 ambas figuras se regulaban en gran parte conjuntamente.

En la Exposición de Motivos de reforma del Código Penal⁶ se explica que los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal: *“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error”*.

Lo que el legislador ha hecho con la reforma, además de introducir el delito de administración desleal del patrimonio ajeno (artículo 252), es alterar la numeración de este capítulo, de modo que la apropiación indebida en sentido estricto queda ubicada en los artículos 253 y 254.

Con la regulación actual, comete apropiación indebida el que recibe la posesión de una cosa mueble por un título que le obliga a devolverla o entregarla y realiza algún acto que implica el incumplimiento definitivo de esta obligación, mientras que responde del delito de administración desleal quien tiene facultades de disposición de un patrimonio ajeno y realiza sobre él actos para los que no estaba autorizado y que causan un perjuicio al administrado, sin que tenga por qué haber ánimo de apropiación. Las diferencias entre ambos delitos son, sin embargo, sutiles, aunque la delimitación no tiene consecuencias demasiado relevantes al tener prevista la misma pena.

Con anterioridad a la reforma de 2015, el art. 295 CP preveía un delito específico de administración desleal, pero limitado al patrimonio societario. Esta regulación de la administración desleal fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina que consideraba necesario un tipo más amplio de administración desleal, no restringido al

⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

ámbito societario. La inexistencia de un delito genérico dio lugar a que se sancionaran las conductas de administración desleal llevadas a cabo fuera del medio societario a través del delito de apropiación indebida. De forma que el delito de apropiación indebida incluía por un lado, la conducta de quien con ánimo de lucro se apropia de cosas muebles ajenas que posee en virtud de un título que le obliga a entregarlas o devolverlas, o niega haberlas recibido y, por otro lado, la conducta de gestión desleal que comete el administrador cuando el perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero que posee para su administración. Para la realización de éste último supuesto, de acuerdo con la jurisprudencia, era suficiente la prueba del perjuicio patrimonial sin necesidad de que el dinero quedase incorporado al patrimonio del administrador.

Así pues, algunos actos de administración desleal eran subsumibles al mismo tiempo bajo la apropiación indebida y la administración desleal societaria, de manera que se solapan parcialmente dando lugar a un concurso de normas que el TS resolvía por la vía del art. 8.4 CP, es decir, a favor del precepto que imponía la pena más grave (SSTS 26-2-1998, 27-11-2001, 7-11-2002, 15-1-2005, 17-7-2006, 21-6-2007).

No obstante, el TS en alguna ocasión declaró que la apropiación indebida exigía que el autor incorporase a su propio patrimonio los bienes pertenecientes al sujeto pasivo, de manera que los usos dominicales no apropiatorios podían sancionarse de acuerdo con el art. 295 CP (STS 29-7-2002).

Por tanto, la redacción contenida en el CP de 1995 sobre el delito de apropiación indebida y administración desleal dio lugar a serie dificultades a la hora de determinar cuándo había que parecía una u otra modalidad delictiva, que incluso llega a fecha actual.

Así, en un primer momento, el TS consideró que entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal existía un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad. En la Sentencia de la Sala II, de 26 de febrero de 1998 (Caso Argenta Trust), se describió la relación entre estos dos delitos como dos círculos secantes. Según esta Sentencia, *“hay actos de administración que pueden ser calificados alternativamente de apropiación indebida o administración desleal, pues hay una amplia zona común a ambos delitos, pero habrá también actos de administración desleal que no podrán calificarse de apropiación indebida. La relación entre los dos delitos había de hacerse a partir del concurso aparente de normas, mediante la aplicación del principio de alternatividad, imponiendo la pena más grave en aquellos casos en que la conducta pudiera ser tipificada con arreglo a los dos delitos”*

En la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, 29-07-09 (Caso Banesto), se decía, entre otras cosas, lo siguiente: *“El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y, desde esta posición, puede desarrollar diversas y variadas conductas. En la apropiación indebida, se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en el administración desleal se reprueba una conducta societaria, que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. Por tanto, cuando el administrador realiza actos que persigan adjudicarse bienes de la sociedad, se habrá realizado la acción típica del delito de apropiación indebida y habrá administración desleal en los demás casos”*.

Con posterioridad a dichas Sentencias, la Sala entendió que los dos delitos abarcaban conductas distintas, de ahí que el problema se centraba en determinar cuándo nos encontraríamos en presencia de una y otra modalidad delictiva⁷.

La LO 1/2015 ha modificado profundamente el delito de administración desleal y en menor medida el de apropiación indebida, que, en esencia, se mantiene acorde con su

⁷ Los criterios seguidos por la Sala II en orden a diferenciar ambos delitos han variado con el tiempo. En efecto, en un primer momento la Sala II se atuvo al carácter intensivo o extensivo del abuso cometido por los administradores, conforme al cual la diferencia ha de hacerse a partir de la estructura de los tipos y del bien jurídico protegido. Así, mientras en el art. 252 el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295, quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también será distinto en ambos casos, pues mientras que en la apropiación indebida del art. 252 Código penal el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295 Código penal, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

Por el contrario, las últimas Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo se atienen no al carácter intensivo o extensivo de las facultades de administración sino a la mayor o menor intensidad de la ilicitud. Así, en diversas sentencias de la Sala II, entre las que cabe mencionar la del 12 de mayo de 2009 y la 476/ 2015, se dice, en lo que aquí importa, lo siguiente: *“En el ámbito doctrinal, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el especio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 Código penal se refería a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre actos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad. El art. 295 Código penal abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante el abuso de la función del administrador y b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con el abuso de la condición de administrador. No existiría pues un concurso de normas porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez”*.

significación tradicional. Las principales reformas introducidas son la supresión del delito societario de administración fraudulenta (art. 295) introducido en el Código Penal de 1995, la creación de un delito genérico de administración desleal dentro del renovado artículo 252 del CP y la modificación de algunos aspectos de la apropiación indebida, que ahora pasa a incluirse dentro del artículo 253 del CP.

La voluntad del legislador es que las conductas de administración desleal realizadas en el ámbito societario, castigadas hasta la reforma de 2015 dentro del artículo 295 del CP, pasan a incluirse dentro del tipo genérico de la administración desleal del artículo 252 del CP y se reconducen al nuevo delito de administración desleal todas aquellas conductas desleales cometidas por el administrador que actúa en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, incluyendo las apropiaciones definitivas.

Para ello, elimina la referencia a la administración como título jurídico de la obligación de entrega o devolución en el renovado art. 253 del CP y también elimina el concepto «distracción» en la descripción típica de la apropiación indebida.

De manea que únicamente quedan contenidos en el delito de apropiación indebida los denominados supuestos de apropiación fáctica, donde el administrador actúa completamente al margen de sus funciones.

En consecuencia, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos. Por tanto, el nuevo artículo 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el artículo 252 y ahora en el artículo 253 del CP.

La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal del patrimonio

ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no solo una sociedad.

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quién incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas sino a otro tanto de la misma calidad y especie. Por ello, quién recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa, o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de aplicación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y en caso de la apropiación de cosas recibidas por error.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 18/2016, de 26 de enero, recuerda que la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP. Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio, STS

938/08, de 8 de julio, STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo). Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los artículos 252 y 253 del CP fue algo más que una simple recolocación sistemática.

Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo nº 244/2016, de 30 de marzo, en la que se señala que así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es una exteriorización del "*animus rem sibi habendi*", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio . De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo, con citas de las SSTS 370/2014 y 905/2014. Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016).

La Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo 700/2016, de 9 de septiembre de 2016, aborda la problemática de la distinción entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida después de la reforma de 2015. Pues bien, en dicha Sentencia después de recordar cuáles han sido los criterios de la Sala II a la hora de abordar la relación entre ambos delitos señala, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "*Resulta evidente que la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha reformulado el entendimiento histórico del delito de apropiación indebida y de su relación con el de administración desleal. Ha dejado sin contenido el art. 295 y ha dado una nueva redacción a los arts. 252 y 253, diversificando así la tipicidad en dos preceptos de nueva redacción*". En dicha Sentencia se añade: "*La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la convergencia entre ambos preceptos y lo ha hecho además, de forma bien distinta a la tesis que sugiere el motivo, hasta el punto de que en alguno de estos precedentes se refleja la clara voluntad de apartarse de la exégesis de la defensa atribuye a la mejor doctrina. La sugerente controversia doctrinal sugerida por la defensa ya ha obtenido respuesta en numerosos precedentes esta sala, entre otros la STS 163/2016, de 2 de marzo, compendia el estado actual de la jurisprudencia a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que no solo se apartan del*

criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción”.

La Sentencia analizada matiza lo siguiente: *“Como ha señalado la reciente STS 18/2016, de 26 de enero, la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales por su naturaleza fungible. Pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art. 253 Código penal. Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el punto sin retorno, es decir, que se constate que se ha alcanzado un momento en el que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución. Este criterio jurisprudencial consolidado trae causa de varios precedentes, en el que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 Código penal fue algo más que una mera recolocación sistemática”.*

En definitiva, según la STS núm. 700/2016, de 9 de septiembre, que resume la doctrina legal actualmente en vigor sobre la diferenciación entre administración desleal y apropiación indebida: *“hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos. En consecuencia, en la reciente reforma legal operada por la ley orgánica 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 290 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253”.*

En la misma sentencia se aborda la problemática de la continuidad del delito de administración desleal, admitiendo la posibilidad de la continuidad en el mencionado delito siempre que se den los requisitos del delito continuado que uno de ellos es según la sentencia citada *“el requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.*

Para concluir: la reforma del delito de administración desleal en virtud de la Ley 2015 resulta coherente con la reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes, sin pérdida definitiva de los mismos. En consecuencia, el nuevo art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que fuera el origen de las facultades administradoras y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido en dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el 253.

El TS en su Sentencia 80/2018 de 15 de febrero de 2018 establece que, en la administración desleal no existe expropiación definitiva de los bienes, mientras que en la apropiación indebida existe el ánimo de apropiarse definitivamente del bien, siendo el carácter definitivo o no de la actuación el que delimita si estamos ante una u otra figura delictiva.

Si el Tribunal no advierte una voluntad seria de devolver los bienes, a pesar de que hipotéticamente se pretendiera hacerlo, seguirá calificándose como apropiación indebida, así se defiende desde antaño por el Tribunal Supremo, como por ejemplo en su Sentencia de 21 de mayo de 1993.

La delgada línea roja que separa la apropiación indebida de la administración desleal viene determinada por la gran diferencia que existe entre la atribución definitiva de un bien y el uso desleal del patrimonio ajeno.

2.1.3. Concepto

Tal y como hemos señalado anteriormente, la apropiación indebida, en sentido clásico, pasa ahora al artículo 253. Se define como la conducta del que, en perjuicio de otro, se apropie para sí o un tercero de dinero o cualquier cosa mueble que hubiera recibido en virtud de un título que produjera la obligación de entregarlos o devolverlos. Al igual que sucede en el delito regulado en el precepto anterior referido a la administración desleal, el legislador se remite a las penas de la estafa (artículos 249-250), salvo que los hechos estuvieran ya tipificados en otro precepto, o bien que su cuantía fuera inferior a 400 €, en cuyo caso se castiga con multa de 1 a 3 meses.

El delito no requiere el enriquecimiento del sujeto activo, sino la expropiación del sujeto pasivo (con o sin merma de su patrimonio)⁸.

La apropiación indebida es un delito especial del que solo pueden ser autores quienes quieren recibido ya la cosa (CASTRO MORENO, 2016). Pero la tienen que haber recibido en virtud de un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.

Asimismo, se consuma en el momento en el que el poseedor lícito toma la decisión de transformar su posesión lícita en un título dominical ilícito (*se ut dominium genere*), bien a través de un acto interno (por ejemplo, decide no devolver la cosa), bien a través de un acto externo concluyente (por ejemplo, la vende a un tercero). Es decir, en el *iter criminis* de este delito se distinguen dos momentos, el inicial, cuando se produce la recepción válida, y el subsiguiente, cuando se produce la apropiación ilícita de lo recibido (STS de 4 de febrero de 2003).

Resulta preciso señalar para definir esta figura, aunque será posteriormente objeto de desarrollo, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue cinco elementos en el delito de apropiación indebida:

- Haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título.
- El título por el que se recibe la cosa mueble o el dinero ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble o ese dinero.
- La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los termino distraer o apropiar en perjuicio de otro
- Doble resultado de enriquecimiento respecto del sujeto activo y de empobrecimiento patrimonial agraviado
- Debe concurrir necesariamente el dolo que, como requisito genérico de carácter subjetivo, tiene que acompañar a la acción que el tipo describe.

2.1.3. Bien jurídico protegido

Tradicionalmente se ha sostenido que el bien jurídico protegido es la propiedad. ZUGALDÍA ESPINAR⁹ y GÓMEZ BENÍTEZ¹⁰ consideran que la apropiación indebida

⁸ STS de 2 de junio de 2015.

⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. (1998). Delitos contra la propiedad y el patrimonio . Madrid : Akal .

constituye siempre y sólo un delito contra la propiedad entendida ésta, no como pérdida del derecho real, sino como privación al sujeto de todas las facultades inherentes al dominio. Para ellos no es un delito contra el patrimonio en el que tenga cabida los usos abusivos no dominicales con perjuicio o menoscabo no patrimonial.

No obstante, de dicha afirmación puede extraerse distintas matizaciones derivadas del análisis de la conducta típica. Así, autores como DE LA MATA BARRANCO¹¹ o MANJÓN-CABEZA¹², señalan que el bien jurídico es alternativo en función del objeto de ataque: se protege el derecho de propiedad cuando se trata de bienes no fungibles; mientras que cuando se trata de bienes fungibles, el interés protegido sería el derecho al cumplimiento de la obligación de devolución o entrega y, tratándose de dinero, el derecho de crédito.

Por otra parte, entiende ROCA AGAPITO¹³ que deben distinguirse “dos bienes jurídicos protegidos según el carácter fungible o no del objeto material. Si no lo es, lo tutelado sería el derecho real de propiedad sobre el objeto en cuestión. En el caso de los bienes fungibles el bien jurídico protegido sería el derecho personal o de crédito que el sujeto pasivo (acreedor) tiene a exigir del sujeto activo (deudor) el cumplimiento de la obligación o débito (en función de los casos, a que se le dé el destino pactado o a que se le devuelva el *tantumdem*, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad”.

En cuanto a la jurisprudencia, el TS ha sostenido también que no puede afirmarse categóricamente que el bien jurídico protegido por esta figura penal sea la propiedad, en la medida en que pueden ser objeto de este delito las cosas fungibles como el dinero (artículos 337 y 1753 del Código Civil) (STS 29-06-2009).

Por otra parte, el TS ha defendido también como objeto de protección “la confianza” (STS 25-1-2006), entendida como interés individualizable (cuando se refiere al perjudicado), o como bien colectivo o social-institucional, que sería el interés ideal ligado al sistema de relaciones económicas necesario para que los agentes económicos tengan

¹⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J. (2004). "Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la jurisprudencia". *Actualidad jurídica Aranzadi* N° 608, 2004.

¹¹ DE LA MATA BARRANCO, N. (1994). *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Barcelona : PPU.

¹² MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (1998). *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*. Madrid : Civitas.

¹³ ROCA DE AGAPITO, L. (2011). *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*.

confianza en esas relaciones y–ha llegado a afirmar que la esencia del delito radica en un acto de deslealtad a la confianza que en el autor ha despistado el perjudicado (STS 6-10-2006).

No obstante, no siempre ha sido esa la posición del Alto Tribunal. En anteriores resoluciones, con mejor criterio, ha defendido, por una parte, que ni en el nomen ni en la descripción típica figura el abuso de confianza como elemento del delito y, por otra parte, que si bien muchos de los títulos enunciados en el texto legal presuponen (Javier Boix) ciertos vínculos de lealtad que son quebrantados con la apropiación, que no es exigible en dolo o intención dirigidos a dicho abuso o quebrantamiento¹⁴.

Por ello considero que el elemento de abuso de confianza no es un elemento necesario para la apreciación del delito, aunque admite que normalmente estará presente en un buen número de casos. Así lo encontramos por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo, N° 76/2017, de 9 de febrero. : “2. *Efectivamente, como indica la STS núm. 925/2016, de 13 de diciembre , en relación a la figura delictiva de la apropiación indebida tiene declarado que la misma está constituida por el acto de deslealtad a la confianza depositada por el perjudicado que entrega al autor del delito una cantidad en custodia y con la finalidad de darle un destino concreto, de suerte que el dolo surge con posterioridad a la recepción --en este caso del dinero-- no dando el destino en cuyo concepto se efectuó la entrega. Por ello el tipo penal exige como presupuesto la ausencia de operaciones complejas entre las partes que pudieran exigir una liquidación económica entre las partes concernidas, porque el delito de apropiación indebida es un delito especial en la medida que la acción típica solo puede realizarla quien haya recibido el dinero u objeto con una concreta finalidad, porque solo él puede quebrantar el bien jurídico de la confianza que juntamente con el de propiedad protege el tipo delictivo.*

Si bien, la liquidación de cuentas pendientes como causa excluyente del dolo penal no es aplicable cuando se trata de relaciones perfectamente determinadas y separadas (STS 431/2008, de 8 de julio)”.

De todo lo anterior, puede extraerse a mi juicio que el delito de apropiación indebida se encuentra contemplado dentro del capítulo VI "de las defraudaciones", en el título XIII, que lleva por rúbrica "delitos contra el patrimonio". Por tanto, no puede negarse que, debido a su especial ubicación, lo que se quiere proteger es el patrimonio, el objeto de protección es el derecho de propiedad de los bienes muebles. No obstante, esto puede verse desvirtuado en el caso de la apropiación indebida de dinero.

¹⁴ (BOIX REIG, 2020)

No cabe olvidarse que, aunque es cierto que este delito supone un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo y, en algunas ocasiones también puede suponer un enriquecimiento del sujeto activo, pero realmente no sólo se debe proteger o tutelar el patrimonio sino también la seguridad jurídica que debe imperar en toda relación jurídica-obligacional, basada en la relación de confianza de las partes contratantes. Existe, pues, un abuso de esa confianza que debe ser objeto de tutela penal.

Asimismo, en los casos de insolventes, lo que se está protegiendo, no solo es el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, con lo que se está castigando el incumplimiento por parte del deudor del deber de mantener su patrimonio para el pago de deudas.

2.1.5. Tipo objetivo: acción típica

La acción en el delito de apropiación indebida del art. 253 consiste en actos de apropiación de las cosas, es decir, en disponer de ellas “como si fueran propias”, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica. Esta acción se puede llevar a cabo bien por actos positivos de disposición de las cosas o bien negando haberlas recibido.

Por tanto, podemos determinar que la conducta típica consiste en la apropiación de una cosa mueble ajena entregada por el dueño por título no traslativo de dominio o para uso determinado que se produce por el cambio de la naturaleza de la posesión de la que ya goza como titular el sujeto activo que se transmuta en una situación de propiedad de hecho, ejerciendo el autor poderes dominicales que no le corresponden e incorporando el objeto a su patrimonio. De este concepto se pueden extraer los siguientes elementos:

- Consiste en apropiarse, distraer o negar haber recibido el objeto. Lo que la separa del hurto y del robo es que en esta figura el sujeto ya tiene en su posesión la cosa, y se hace con su propiedad.
- Se exige actuar dominicalmente sobre la cosa, como si se fuera su propio dueño, incorporarla al propio patrimonio haciendo fracasar la pretensión de su devolución al dueño de la misma.
- El objeto material es una cosa mueble, cuya posesión ha de ser recibida en virtud de un título legítimo (depósito, comisión, custodia...).

Hay que determinar qué títulos jurídicos exigen la devolución de la cosa que se ha transferido, pues hay casos muy problemáticos.

- Se exige el ánimo de lucro, la intención de apropiarse de la cosa, produciendo un perjuicio en el sujeto pasivo.

2.1.6. Apropiación o negación de haber recibido

El primero y más importante de los requisitos que debe cumplir el sujeto para considerarlo autor de un delito de apropiación indebida es el acto de apropiación o negación de haber recibido el objeto.

Cabe señalarse que la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprime el verbo “distraer” dejando únicamente el verbo “apropriarse”. Supresión que se justifica por cuanto su presencia ha generado confusión.¹⁵

No basta con un simple mal uso de la cosa poseída, sino que son precisos verdaderos actos de apropiación, entendiendo por apropiación cualquier conducta que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver la cosa recibida. La mal llamada «apropiación indebida de uso»¹⁶ no encaja, pues, en el art. 253 CP (aunque el uso de automóviles o ciclomotores sin la debida autorización del propietario puede constituir hurto de uso del art. 244.1 CP). Tampoco se incluye ya en el delito de apropiación indebida, sino en el de administración desleal, la mera disposición indebida, sin ánimo de apropiación.

Por tanto, con la nueva redacción se confirma la posición de la doctrina mayoritaria: la apropiación indebida requiere la apropiación, la concurrencia en el autor de un *animus rem sibi habiendi*, incumpliendo definitivamente la obligación de devolución o entrega de la cosa recibida en virtud de cualquiera de los títulos que el precepto contempla¹⁷. Apropiación que, como la nueva redacción indica, puede ser en beneficio de

¹⁵ Cabe señalarse que no existe una diferencia sustancial entre la apropiación y la distracción, siempre que se entienda que la distracción es una forma de apropiación y no un mero uso distinto al pactado.

¹⁶ En ocasiones se ha discutido si es posible la apropiación indebida de uso, esto es, el auto no incorpora la cosa a su patrimonio sino que tiene intención de usarla y, posteriormente, devolverla. En realidad, la cuestión es un problema de prueba, pues no es fácil determinar el ánimo de la persona. En cualquier caso, la apropiación indebida exige el ánimo de comportarse con la cosa como titular de un derecho dominical sobre ella. De ahí que el mero uso no es suficiente.

¹⁷ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2016). "Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)". *La ley digital* N° 5974, 2016).

uno mismo o de un tercero. Para GÓMEZ BENÍTEZ¹⁸, con arreglo a la redacción anterior a la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, con el verbo apropiarse se hacía referencia a los actos llevados a cabo en beneficio del propio patrimonio, el *animus rem sibi habiendi*; mientras que con la segunda, la distracción, se aludía a los realizados mediante desviación de la cosa o el dinero en beneficio de otro: “apropiarse es desviar definitivamente los bienes respecto de su fin hacía el propio patrimonio; distraer es hacerlo pero hacía el patrimonio de otro”.

La apropiación en sentido estricto es considerada la forma clásica y genuina de apropiación indebida. Supone básicamente la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo o al de un tercero, mediante la realización de actos que convierten la lícita posesión previa en propio y autónomo dominio de carácter ilícito.

El TS advierte las dificultades que pueden surgir en los llamados “casos límite”, es decir, cuando se trata de determinar la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal. Y, en su opinión, “la línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida radica en que, en el primer supuesto, no existe voluntad de apropiación sino solamente un retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe un propósito de hacer la cosa como propia incorporándola al patrimonio del infractor” (ATS 1-2-2007 y STS 16-06-2006).

A juicio de la doctrina mayoritaria, sin embargo, los incumplimientos contractuales solo serán punibles a título de apropiación indebida si son incompatibles con la obligación de entrega o devolución de la cosa (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1998)¹⁹, siendo lo determinante no la intención subjetiva del autor de reponer la cosa sino la compatibilidad objetiva del uso con la devolución (DE LA MATA BARRANCO, 1994)²⁰. La distinción deberá regirse, en todo caso, por el principio de intervención mínima.

¹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J. (2004). "Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la jurisprudencia". *Actualidad jurídica Aranzadi* N° 608, 2004.

¹⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (1998). *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas* . Madrid : Civitas.

²⁰ También (PÉREZ MANJANO, 1998) en PÉREZ MANJANO, M. e. (1998). *Compendio de Derecho Penal (parte especial)* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Por tanto, supone que el sujeto obligacional que recibe el dinero o cualquier otro bien en cumplimiento de ese negocio jurídico le de una finalidad distinta de la que le corresponde. El concepto apropiarse indebidamente de un bien no siempre equivale exclusivamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien que tiene obligación de devolver, disponiendo de éste como si fuese el propietario.

La última modalidad de conducta mencionada en el precepto es negar haber recibido la cosa mueble. Si el sujeto, faltando a la verdad, niega haber recibido una cosa mueble con obligación de entregarla o devolverla, existe una presunción de apropiación, de ahí que se mencione expresamente esta modalidad comisiva. La negación de haber recibido la cosa, en principio, debe ser la respuesta ante la reclamación de la misma cosa, que exprese, objetivamente, la pretensión del receptor de hacerse con aquella, de manera que se perjudique al reclamante, que ve así frustradas sus legítimas expectativas de recuperarla mediante la devolución por parte del reclamado.

Requisito imprescindible en este caso es la acreditación de que la cosa se ha recibido en virtud de un título del que nace la obligación de devolver o entregar, si lo niega queda probado su acto de disposición.

La negación de la recepción no puede entenderse como una presunción *iuris et de iure* de que el sujeto se ha apropiado de la cosa. Negar haber recibido no siempre implica disponer, por lo que el juez deberá cerciorarse en cada caso de si la negativa supone o no un acto de disposición.

El mero silencio del sujeto tampoco será suficiente para entender realizada esta conducta. En definitiva, la negación de la recepción debe suponer sustancialmente la negativa a devolver la cosa²¹.

Distinta es la negativa a entregar las cosas recibidas, cuando se reconoce que se han recibido y que aún no se han devuelto, porque esta conducta puede deberse al ejercicio de legítimos derechos, como el de retención. Lo importante en todo caso no es la modalidad comisiva de la apropiación, sino el que ésta revele el ánimo de apropiarse de la cosa por hechos concluyentes.²²

²¹ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

²² BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

Por tanto, la conducta de negar haber recibido constituye pues una forma de apropiación.

En principio, no existe problema en sancionar la apropiación indebida en comisión por omisión. La jurisprudencia así lo ha contemplado en algún supuesto, pero generalmente se trata de casos de complicidad como en la STS 11-03-2010, caso GESFINSA, absolutoria. En otro caso, el TS, al concurrir en la conducta del sujeto tanto comportamientos activos como omisivos, consideró que procedía imputar en atención a los primeros por ser previos a los omisivos y haberse llevado a cabo dolosamente (STS 25-01-2006, caso KIO).

2.1.7. Objeto material

El objeto material es una cosa mueble, cuya posesión ha de ser recibida en virtud de un título legítimo (depósito, comisión, custodia...).

El concepto de «cosa mueble» debe entenderse en sentido funcional, como en el hurto, (por ej., dinero, efectos, valores, animales). En la reforma de 2015 se eliminó la referencia a los «activos patrimoniales», expresión que se interpretaba como referida a los derechos sobre inmuebles, por lo que ahora habrá que entender que su disposición indebida constituye administración desleal.

Hace referencia el precepto a cosas muebles, excluyéndose de esta manera los bienes inmuebles. Por tanto, el objeto de la acción en los casos de apropiación indebida han de ser básicamente cosas muebles ajenas.

Respecto a si son fungibles o no fungibles. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²³ establece que “siempre que no sean fungibles”. Por su parte, BOIX REIG²⁴ afirma que “puede tratarse de cosas fungibles o no fungibles”, criterio éste último que comparto.

Así, en el caso del dinero cuyo carácter extremadamente fungible hace que al ser recibido se incorpore al patrimonio del receptor de forma indiferenciada, lo que permite que el poseedor realice actos de apropiación sin que se produzca un daño patrimonial. La conducta solo será típica cuando “se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015). *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las solvencias punibles*. Navarra: Thomson Reuters Proview.

²⁴ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno” (STS 8-7-1998, 19-6-2007 y 9-9-2016).

Un presupuesto adicional del tipo, según cierto sector doctrinal, es la identidad entre la cosa recibida y aquella de la que el sujeto se apropia o niega haber recibido, siempre que se trata de cosas no fungibles (esta identidad no regiría para las cosas fungibles y, en particular, para el dinero). Señala BOIX REIG que, “esto dejaría fuera los supuestos en los que la cosa es entregada con la finalidad de que el receptor la venda y pague a quien se la ha entregado, además del precio pactado, un tanto por ciento de la cantidad obtenida por la venta, pero el receptor incumple su obligación de pago. Se trataría de meros incumplimientos contractuales que han de quedar al margen del Derecho penal, salvo que medie engaño previo y el hecho pueda ser constitutivo de estafa”²⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo si ha condenado por apropiación indebida en supuestos en los que no se produce la mencionada identidad entre lo recibido y lo apropiado (STS 26-11-2004). Este parece ser también el criterio de algún autor al afirmar que cuando la entrega tiene por objeto la venta de mercancías que siguen siendo propiedad del comitente y concurre la obligación del comisionista de conservar en su poder el dinero de las ventas hasta que entregarlo al comitente al hacer la liquidación correspondiente, habrá apropiación indebida si el comisionista se apropia del dinero o de los objetos muebles origen del negocio, por entender que el objeto de protección no es tanto la propiedad de dichos objetos como el valor económico que estos representan (BORJA JIMÉNEZ, 2009)²⁶.

En relación con la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el TS ha entendido que la conducta de quienes (constructores o promotores) desvían de la finalidad legal y contractualmente prevista las cantidades percibidas es constitutiva de apropiación indebida del art. 253 CP (SSTS 23-12-1996, 1-7-1997, 17-7-1997, y 11-11-1998). Tras la reforma de 2015, estas conductas serán constitutivas de apropiación indebida siempre que se lleven a cabo actos expropiatorios (STS 9-8-2016 y 21-11-2016). En este sentido, el Acuerdo plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del

²⁵ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

²⁶ También en el libro BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2017, ha establecido que en el caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación (garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y percibir esas cantidades a través de cuenta especial en entidades de crédito) no constituye delito de apropiación indebida. Solo cuando “las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los arts. 252 o 253 CP...si concurren los elementos de cada tipo (SSTS 5-6-2017 y 20-3-2018).

En definitiva, si se acredita que el receptor además de haber infringido las obligaciones de la LOE se ha apropiado de las cantidades recibidas, con arreglo a esta doctrina jurisprudencial el hecho será constitutivo de apropiación indebida.

2.1.8. Título habilitante: obligación de entregar o devolver

Es imprescindible para que se produzca la conducta típica, la existencia de una relación obligacional en virtud de la cual el sujeto recibe el dinero o cualquier otro objeto, entendido esto en sentido amplio.

El art. 253 CP establece “*que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*”. De este precepto se deduce que las cosas muebles objeto de la apropiación han de ser recibidas en depósito, comisión o custodia, o haberse recibido en virtud de otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Esta última cláusula que se emplea por el legislador (“*o por otro título que produzca obligación de devolverlos*”) es abierta, en el sentido de que la enumeración que se hace es de *numerus apertus*, se puede incluir cualquier negocio jurídico por extraño que sea, y que produzca esa misma obligación de devolución. Ese negocio jurídico puede ser cualquiera de los contemplados por las normas civiles y mercantiles o, incluso, cualquier otro que las partes hayan creado, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código Civil.

Según el Tribunal Supremo, pese al carácter de *numerus apertus* de los títulos mencionados en el artículo 253 del CP, como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver o entregar un equivalente, o invertir en fin predeterminado, es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida.

Es posible la apropiación indebida de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión o custodia, o que le hubiera sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido (STS de 10 de junio de 2020):

- El depósito (art. 1758 Código Civil).

El depósito, que se constituye desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla. Se denomina depósito regular cuando recae sobre bienes no fungibles y depósito irregular cuando recae sobre bienes fungibles (SSTS 11-10-1995 y 19-10-1996 y 13-2-2007).

En general, cuando se trata de dinero, lo que surge es el derecho del depositante a recibir una cantidad igual a la entregada. Y, para valorar si cabe o no la aplicación del delito de apropiación indebida, lo decisivo será si la entrega implica una disponibilidad absoluta o limitada de dinero (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1998)²⁷. Solo los títulos que otorgan esa disponibilidad absoluta quedan fuera del ámbito de la apropiación indebida; esto ha permitido incluir el depósito en cuenta corriente dentro de los títulos a los que hace referencia el art. 253 CP, sobre la base de entender que las facultades del depositario no son ilimitadas en la medida en que los depositantes pueden disponer en todo momento del *tantundem* (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS)²⁸. En todo caso, para entender realizado el tipo penal se requiere que exista una imposibilidad absoluta de devolver la cantidad recibida.

Un ejemplo de esta modalidad son los casos de apropiación del dinero del premio por parte de uno de los copropietarios de un título premiado. En este sentido la STS 119/2016, de 22 de febrero. La jurisprudencia estima que el portador del billete es

²⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (1998). *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas* . Madrid : Civitas.

²⁸ En el libro de BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

depositario de un título al portador que le obliga a custodiar el referido título, a hacerlo efectivo y, en su caso, al reparto del premio. Sin embargo, ha considerado que no es apropiación indebida el no repartir el premio extraordinario a la fracción de un número de lotería nacional que la depositaria compartía con otras cinco personas al no existir pacto de asignación de cuotas del premio a la fracción (STS 4-12-2019). Si el depositario no llega a apropiarse para sí del dinero sino que, por ejemplo, lo vuelve a invertir en apuestas, contrariando el acuerdo que hubieran adoptado los copropietario de cobrarlo, su actuación supondría un desvío patrimonial que podría ser sancionado más propiamente por el delito de administración desleal, siempre que se den el resto de requisitos que este tipo conlleva.

- La comisión (art. 224 Código de Comercio)

Tiene lugar cuando el sujeto activo recibe la cosa con la finalidad de aplicarla a un destino predeterminado. Por ejemplo, el TS apreció apropiación indebida en el caso del intermediario en la adquisición de vehículos procedentes de liquidaciones de entidades en situación de crisis, que se apropió de las cantidades anticipadas por los clientes (SSTS 30-3-1987, 12-12-2000, 24-3-2000 y 16-6-2005). O los responsables de una agencia de viajes que trabajaba a comisión con compañías aéreas, al apropiarse del dinero proveniente del importe de los billetes que habían recibido en efectivo de los clientes, sin abonarlo en el período de liquidación pactado a las compañías (STS 21-9-2010).

- La custodia: tanto judicial como particular. Introducida en la reforma de 2015.

En todas estas figuras civiles/mercantiles, siempre existe la obligación de restituir una cosa en todo o en parte.

La cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión. En estos títulos se aprecia además la existencia de una confianza derivada de las relaciones que tales formas contractuales reglan, de manera que la existencia de esa confianza constituye una característica del delito de apropiación indebida exigible en relación a los demás títulos posibles a los que se refiere la cláusula final. Los títulos no basados en esta confianza no son, en consecuencia, hábiles para dar lugar a la apropiación indebida (SSTS de 23 de julio de 2014, 17 de abril de 2006, 9 de diciembre de 2004, 2 de noviembre de 2004 y 8 de octubre de 2004).

Resulta por ello chocante que la reforma de 2015 incluyera expresamente el dinero como objeto material, ya que por lo general la transmisión de la posesión de cosas fungibles transmite también su propiedad: respecto del dinero, por tanto, habrá de entregarse por un título que excepcionalmente no atribuya la propiedad, sino que produzca la obligación de entregar o devolver el mismo dinero entregado. También habrá que incluir en este delito los casos de comisionistas que emplean para cubrir gastos propios, con fines distintos a los previstos, cantidades recibidas en comisión, conducta que no podría subsumirse en el delito de administración desleal por tratarse de sujetos que no poseen facultades para administrar el patrimonio ajeno.

Un caso específico relacionado con dinero es el anticipo de cantidades dinerarias para la construcción a los promotores de viviendas. La STS 406/2017, de 5 de junio, aunque en el supuesto enjuiciado falló la absolución, indicaba que tras la reforma “*seguiría constituyendo un delito de apropiación indebida la conducta consistente en hacer propios los caudales ajenos recibidos de los compradores de viviendas como cantidades anticipadas para ser empleados en la construcción de las viviendas adquiridas, como única finalidad*”. Dicha sentencia indicaba además que, en estos casos cabría plantearse la calificación de administración desleal si se usaran los caudales sin cumplir las imposiciones de la ley de Ordenación de la Edificación dando lugar a un perjuicio. Y por supuesto, en ambos casos, siempre que no se demuestre la existencia de un engaño previo, pues en este caso habría estafa²⁹.

En la frase “en virtud de cualquier otro título” han de entenderse comprendidos, además de los títulos explicitados, el mandato (el empleado que no devuelve a la empresa el vehículo que ha recibido para realizar el trabajo, STS 22-4-1999 o el agente de seguros que cobra las primas a los asegurados y no las reintegra a la compañía STS 16-7-1999 y 14-1-2005), apercería, transporte, prenda, comodato o préstamo de uso (STS 22-1-1980), la sociedad, y arrendamiento de cosas, obras o servicios.

Ejemplos: abogado que no entrega cantidades que ha recibido de un órgano jurisdiccional o de terceros para entregarlo a su cliente – STS de 27 de marzo de 2018; Consejero Delegado que se apropia de dinero de su empresa – STS 2 de julio de 2015- ; tutora que se apropia del dinero de sus pupilos -STS de 6 de junio de 2015- comisionista que se apropia de dinero de su empresa – STS de 7 de julio de 2015- apropiación indebida

²⁹ Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2017

de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda – STS de 16 de julio de 2015- apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas – STS de 15 de octubre de 2015- patrón de una fundación que se apropia de dinero dela misma- STS de 10 de febrero de 2016- apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas -APNJ de 23 de mayo de 2017.

También se han considerado títulos aptos para aplicar el precepto: los contratos factoring; contrato de correduría y comisión; contrato de agencia; sociedad de gananciales (acuerdo Pleno sala segunda TS de 25 octubre 2005); contrato de fiducia; contrato de cuentas de participación y el contrato de arras. El contrato atípico denominado «leasing» o arrendamiento financiero puede suscitar dudas, aunque, hasta el total pago, no transmite la propiedad y, en consecuencia, parece apto para dar lugar al delito.

Por otra parte, la jurisprudencia, a lo largo de los años, basando en la amplitud y flexibilidad de la fórmula legal, ha admitido como título relevantes otras relaciones jurídicas de carácter atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas establecidas en la legislación civil o mercantil, pero que cumplen con la exigencia del precepto penal de que produzca obligación de entrega o devolución (SSTS 31-5-1993 15-11-1994, 1-7-1997 3-2-2000 10-7-2000 21-7-2000 11-12-2001 8-3-2002 4-6-2002 9-7-2002 15-7-2002 21-9-2002).

Se excluyen, por ser traslativos de dominio, la compraventa, las cláusulas con reserva de dominio o prohibición de enajenar ya que en ninguno de ellos se da la obligación de devolver lo recibido (acuerdo Pleno sala segunda TS de 3 febrero 2005), el mutuo porque transmite la propiedad³⁰, el contrato de cuenta corriente, el depósito irregular, la permuta (STS 21-9-2010) o donación.

Por no ser traslativo de la posesión se ha excluido, por regla general, el arrendamiento de servicios, se halle o no sometido al derecho laboral: el llamado «servidor de posesión», comete, en virtud de tal exclusión, hurto y no apropiación indebida. Tampoco considera título adecuado el contrato de arrendamiento de obra, salvo que exista apropiación de materiales por parte del *dominus*: o, con ciertas condiciones, cando aparezca

³⁰ No se consideran adecuado el mutuo, pues no hay obligación de devolver la misma cosa recibida, sino otro tanto de la misma especie y calidad. En efecto, el mutuo es un contrato traslativo de dominio y un elemento esencial es la *datio*, por ello, debe devolverse el *tantundem eiusdem generis et qualite*.

singularizado el importe total que ha de destinarse específicamente a la adquisición de los materiales necesarios (STS 378/2013 de 12 de abril).

En cuanto a la prenda genérica (con desplazamiento), la venta, por parte del acreedor, de los objetos pignorados se ha estimado, por regla general, típica; más, si se vende exclusivamente con el fin de hacerse pago, quedaría excluido el delito, por ausencia de ánimo de lucro.

Respecto al contrato de sociedad no hay obstáculo legal alguno que impida que uno de los socios sea castigado por apropiación indebida cuando dispone ilícitamente de bienes muebles del patrimonio comunitario en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos, pero si se trata de una administración desleal del patrimonio social entonces el delito aplicable es el de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

De los enumerados anteriormente, existen una serie de supuestos complejos, que vamos a estudiar en profundidad³¹:

- La compraventa con cláusula de reserva de dominio

La jurisprudencia reiteradamente (SSTS 198/94 de 15 de noviembre; 955/1997, de 1 de julio; 98/2000, de 3 de febrero; 1311/2000, de 21 de julio, 2333/2001, de 11 de diciembre, 445/2002 de 8 de marzo, 916/2002, de 4 de junio, 165/2005 de 10 de febrero), venían confiriendo a la venta con pacto de reserva de dominio la cualidad de título a los efectos del delito de apropiación indebida. Es decir, cuando el que adquiere un bien con dicha cláusula, deja de satisfacer los pagos aplazados y vende el vehículo, se considera una conducta que se subsume en el delito de apropiación indebida; la razón se encuentra en que en caso de impago el comprador-vendedor está obligado a devolver la cosa. Así pues, el dominio del bien no se transmite hasta el total pago convenio, el deudor transmite algo de ajena pertenencia que debe devolver. Recibe la cosa, pero, en caso de impago debe devolverla.

³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015). *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las solvencias punibles*. Navarra: Thomson Reuters Proview.

Esta situación genera la necesidad de adentrarse en la naturaleza del pacto de reserva de dominio. Existen distintas posiciones³²:

– El pacto de reserva de dominio no es jurídicamente posible. No es posible una transmisión formal condicional (STS sala de lo civil 13-12-1911), estaríamos más bien ante una especie de prenda o garantía para asegurar el total cobro del precio.

– El pacto de reserva de dominio es una condición resolutoria explícita.

– El pacto de reserva de dominio es una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad. Se acude a la naturaleza obligacional de la compraventa y la necesidad de la entrega material o *traditio* del bien bajo el amparo del art. 1255 del CC. Lo que se condiciona no es la compraventa sino la transmisión de la propiedad.

– El pacto de reserva de dominio equivale a un derecho real de garantía, como es el contrato de prenda con desplazamiento. Por lo tanto, pese a dicho pacto es posible una transmisión de la propiedad, si bien con una garantía añadida, un contrato de prenda implícito que permite la recuperación del bien.

De cuál sea la naturaleza que se le reconozca a un contrato que incluya esta cláusula, así serán las consecuencias que se producirán tanto en el orden civil como penal.

La Sala 2º del TS ha adoptado al respecto el siguiente acuerdo de fecha 3 de febrero de 2005: “*Las cláusulas contractuales de reserva de dominio o prohibición de enajenar no constituyen un título apto para generar el delito del art. 252 del Código Penal*”.

En ese sentido la STS 410/2005, de 28 de marzo:

“La Sala ha considerado en su decisión del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 que las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar carecen de efecto en el ámbito de los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles. Se trata de cláusulas, por lo tanto, que sólo tienen efectos obligacionales (SSTS de 25-6-2001 y 18-6-2004) siempre y cuando hayan sido inscritos en el Registro de Venta a Plazos. Consecuentemente, se trata de cláusulas que no convierten por sí mismas la infracción del derecho civil en una conducta de relevancia penal. Dos razones avalan este punto de vista: en primer lugar,

³² (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2015)

el derecho penal no puede ser objeto de contratación entre las partes. En segundo lugar, la criminalización del incumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato de compraventa sería incompatible con el principio de proporcionalidad.

La legislación vigente prevé en el ámbito del derecho civil medios suficientes para la protección de los acreedores que venden a plazos. El legislador, por lo tanto, no ha querido recurrir en esta materia al derecho penal, que, por lo que tanto, sólo debe ser entendido desde la perspectiva de la última ratio y por tal razón como innecesario para la protección de relaciones jurídicas privadas ya suficientemente protegidas. En el presente caso los acreedores han sufrido un daño patrimonial que no es sólo consecuencia del incumplimiento del deudor, sino también de su propia incuria, dado que inscribieron los contratos en el Registro de Venta a Plazos cuando ya se habían efectuado las transferencias de la motocicleta y del turismo. Si, por el contrario, hubieran realizado la inscripción en tiempo y forma hubieran estado suficientemente protegidos frente a terceros adquirentes”.

- El contrato de arrendamiento

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha venido considerando que el contrato de arrendamiento es título hábil a efectos del delito de apropiación indebida.

Ya desde la sentencia de 31 de mayo de 1993, se venía reconociendo: “*La jurisprudencia de esta Sala ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el artículo 535, 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 precisar 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 en 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, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación (...)*”.

Similar fundamentación se recoge en las SSTS 1210/2005 de 28 de octubre, 78/2008 de 8 de febrero, 1332/2009 de 23 de diciembre 776/2010 de 21 de diciembre, 797/2012 de 16 de octubre, 378/2013 de 12 de abril y 358/2014 de 28 de abril.

- Distracciones económicas realizadas sobre bienes gananciales por un cónyuge en perjuicio de otro

Existe unanimidad en este caso y así lo ha declarado el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 25 de octubre de 2005 que “*el régimen de la sociedad de gananciales no es*

obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal”.

- Supuestos de separación de hecho, pero sin liquidación de la sociedad de gananciales

La STS 100/2013, de 14 de febrero, que se refiere a un supuesto de separación de hecho, pero sin disolución en la liquidación de sociedad de gananciales señala que: *“la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que es posible la existencia de un delito de apropiación indebida en el marco de una sociedad matrimonial de gananciales, desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, en el que se acordó que “el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.*

En cuanto a la necesidad de una previa liquidación, la jurisprudencia la ha admitido en aquellos casos en los que las circunstancias la hicieran necesaria. Pero de la sentencia impugnada se desprende que, partiendo de que todos los bienes corresponden a la sociedad de gananciales y que a su disolución se repartirían por mitad entre ambos cónyuges, no se ha realizado ni atentado ningún acto de compensación que pudiera conducir a atribuir al recurrente la titularidad exclusiva de las cantidades de las que dispuso”.

- Entre personas con cuenta conjunta en un banco

La STS 149/2008 de 24 de enero, trata un supuesto en el que existe una relación de amistad entre las partes, que abren una cuenta conjunta con el fin de destinar el dinero a un negocio común, habiéndose apropiado el condenado de 43.000 euros que aportó el recurrente, y sin haber ingreso él cantidad alguna. Dispone el Alto Tribunal que *“la presencia de una cuenta bancaria en la que dos personas son cotitulares no implica facultades de disposición del dinero allí ingresado de forma indiscriminada por parte de uno de ellos. como afirma la Jurisprudencia es posible que sobre el dinero proveniente de una sociedad de gananciales se puedan efectuar actos de apropiación indebida, de igual forma, sobre dinero proveniente de una cuenta bancaria conjunta, es posible apropiarse del dinero ajeno. Es más la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de apreciarse este delito en el caso de disposición de dinero de cuentas bancarias conjuntas STS 97/2006, de 8 de febrero)”.*

En conclusión, cabe afirmar que el círculo de posibles autores del delito queda delimitado por la recepción material de la cosa y la obligación de entregarla o devolverla, dimanante del título en virtud del cual se recibió.

La determinación de si el supuesto de hecho concreto se ajusta a una clase de título o relación jurídica que legal o consuetudinariamente conlleva la obligación de devolución puede resultar a veces compleja. Ello va a depender de las circunstancias concretas y de las estipulaciones que, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, pudieran haber establecido los implicados. Eso sí, como tiene declarado la jurisprudencia, la calificación que constituye una genuina labor de interpretación, no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, debiendo estarse al contenido real, “*es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenio*”, sin olvidar “*el protagonismo que las partes adquieren (...) con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato*” (SSTS-10-2016 y 2-9-2009)³³.

2.1.9. Sujeto activo

Sujeto activo sólo puede ser el que ha recibido la cosa en depósito, comisión o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla. El propietario no puede ser sujeto activo del delito.

Esto lleva a considerar a la apropiación indebida como un delito especial, del que sólo pueden ser autores quienes ostentan una determinada posición de confianza, delimitada legalmente por un doble requisito: la recepción de la cosa y el título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, en este sentido se pronunciando autores como PÉREZ MANJANO³⁴, , y GONZÁLEZ RUS³⁵.

El TS ha declarado que el círculo de los sujetos activos posibles está reservado a los que han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo pues solo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que se protege juntamente con el de la propiedad (STS 25-1-2006). En coherencia con ello, absolvió del delito de apropiación indebida al cónyuge de una abogada que se apropió de

³³ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

³⁴ MANJANO, M. e. (1998). *Compendio de Derecho Penal (parte especial)* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

³⁵ GONZÁLEZ RUS, J. e. (2005). *Derecho Penal español, Parte especial*. Madrid : Dykinson.

un reloj que ésta última había recibido de un cliente ingresado en prisión, con la finalidad de que se lo guardara hasta que fuera puesto en libertad (STS 10-6-2009).

De modo que, el extraño o persona ajena a esta relación, solo podrá responder en calidad de partícipe.

Cuando el receptor de la cosa y obligado a devolverla sea una persona jurídica, el directivo de la misma no podrá ser considerado autor, pero sí podrá responder por la vía del artículo 31 CP que regula las actuaciones en nombre de otro.

2.1.10. La previa recepción de la cosa

Como se ha indicado, solo pueden ser sujetos activos del delito quienes han recibido previamente la cosa con la obligación de devolverla. Por esta razón, la recepción es considerada un presupuesto fáctico del tipo objetivo, necesario para que la conducta sea relevante penalmente, sin que sea suficiente el mero cambio de título en virtud del cual se tiene la cosa (González Rus)³⁶.

La jurisprudencia ha sido cambiante sobre este tema. En resoluciones anteriores, el TS ha entendido que sería suficiente el cambio del título jurídico en virtud del cual se posee la cosa, de manera que una nueva situación posesoria se consideraría como recepción del objeto y daría lugar a la apropiación indebida (Pérez Manzano). En sentencias más recientes suele poner de relieve el “carácter objetivo de este condicionamiento”, subrayando que la previa recepción de la cosa es, al mismo tiempo, el fundamento del quebranto del abuso de confianza que el acto conlleva intrínsecamente (STS 13-2-2007, 21-3-2002). Interesante resulta la STS 122/2016 de 22 de febrero en la que, a pesar de lo anterior, se parecía apropiación indebida en el supuesto de la esposa que, incumplimiento las capitulaciones firmadas tras la separación de bienes, se apropia de los depósitos bancarios a plazo fijo que habían sido adjudicados al marido. La entrega debía hacerse por la mujer a medida que fueran venciendo los plazos de los depósitos, cosa que no hizo.

³⁶ Por ejemplo, no habría apropiación indebida cuando el sujeto se apropia de lo que en ese momento tiene como poseedor, pero que antes tenía como propietario. En este supuesto estaríamos ante un ilícito civil. El *constitutum possessorium* o cualquier otro tipo de ficción de entrega no comportan una auténtica recepción de la cosa. Por lo tanto, en tales ocasiones no podrá apreciarse la concurrencia del tipo.

Sin embargo, no es este el criterio con que operó la jurisprudencia en los casos de cantidades retenidas para pago de la cuota obrera de la seguridad social o del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La discusión se centra en si los asalariados cometen este delito o si, por el contrario, al no tener la posesión, dado que son servidores de la misma por cuanto detentan la cosa para servir a la posesión de un tercero, cometen un delito de hurto. Asimismo, similar problema se planteaba en relación con los empleadores en los supuestos de apropiación de la cuota obrera de la SS, dado que los obreros no habían llegado en ningún momento a tener la posesión del dinero correspondiente a dicha cuota. Igualmente, el problema aparecía en relación con la retención del Impuesto sobre la Renta. La jurisprudencia del TS en reiteradas ocasiones había considerado que en todos estos supuestos existía delito de apropiación indebida. Sin embargo, en la actualidad, en relación con las retenciones del impuesto y las correspondientes a la cuota obrera, y debido a la dificultad de subsumir el hecho en la apropiación indebida, se introdujeron por la LO 6/1995 preceptos que abarca, entre otros, estos supuestos. En el CP actual, la cuestión se resuelve mediante la aplicación de los arts. 305 y 307, cuya redacción vigente proviene de la reforma operada en el CP por la LO 7/2012, de 27 de diciembre³⁷.

Por último, señalar que como destaca ROCA AGAPITO³⁸, “*el propio sentido del término “recibir” implica tomar algo de ajuine, con lo que tiene que haber (como en el hurto) un desplazamiento físico del objeto*”.

2.2.11. Tipo subjetivo

Lo mismo que en el delito de hurto, se exige también aquí el ánimo de lucro referido a la intención de apropiarse de la cosa: “*animus rem sibi habendi*”, o de disponer de ella sin facultades para ello, lo que produce un perjuicio en el sujeto pasivo.

³⁷ Extensamente ha expuesto CASTIÑEIRA (CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (1983). *Ventas a plazos y apropiación indebida*. Madrid : Bosch) la inaceptabilidad de tal doctrina, incompatible con las exigencias dimanantes del principio de legalidad. Que el tribunal constitucional, en sentencia 8/81, de 30 de marzo, no lo entendiera así, obedece sólo a que el defensor de la constitución, obligado a trazar una línea diferencial entre legalidad ordinaria y constitucionalidad, por la propia naturaleza de sus funciones, no era todavía consciente de la especialidad del principio «nullum crimen, nulla poena sine lege», recogido en el artículo 25.1 de la norma suprema. no obstante, tras la reforma de 1995, la situación cambió radicalmente, al menos en cuanto a la «apropiación» de la cuota obrera, con la creación de un delito específico en el artículo 307, que al exigir una cuantía de defraudación superior a los cincuenta mil euros, determinó la declaración de atipicidad de todas las conductas anteriores que no llegaban a esta cifra.

³⁸ ROCA DE AGAPITO, L. (2011). *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*.

Hay que hacer una diferenciación de los dos momentos constitutivos del ánimo de lucro en la apropiación indebida: el propósito de atribución y el de enriquecimiento³⁹.

Respecto al primero, parece que puede afirmarse que no hay acción sin voluntad de atribución. En consecuencia, puesto que se trata de un momento definitorio de la conducta típica, habrá de ser conceptuado como elemento subjetivo del tipo. Así, el sujeto ha de actuar con conocimiento de tener una determinada cosa mueble entregada con obligación de devolverla. En cuanto al segundo, sin embargo, si se admite que la apropiación indebida requiere un enriquecimiento como resultado, el propósito de obtenerlo (esto es, la voluntad de producir el resultado típico) se integrará, naturalmente, en el dolo.

De las consideraciones efectuadas se desprende que el propósito de ejercitar un derecho de retención o el de simple utilización de la cosa sin hacerla propia excluyen, no ya el «ánimo de lucro», sino el propio carácter dispositivo de los actos realizados.

La cuestión de si el delito de apropiación indebida requiere un resultado no es, en absoluto, pacífico en la jurisprudencia ni en la doctrina española. Un sector doctrinal comprende la apropiación indebida como un delito de mera actividad, que se consuma por la sola realización del acto dispositivo y entienden que, por ello, no admite las formas imperfectas. Esta tesis, en cuanto a la tentativa inacabada se refiere, no acaba de ser concluyente.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria exige, como resultado del delito, un perjuicio correlativo a la apropiación. Esta parece ser la posición más acertada. La apropiación indebida no se perfecciona con la realización del acto de atribución, sino que exige un mínimo de efectividad de la disposición; esto es, no en el sentido que se haya adquirido o transferido el dominio, pero sí que se hayan perturbado los derechos del dueño.

De ahí que resulten discutibles algunas sentencias que afirman que la consumación se produce desde que se recibe el dinero con la obligación de darle un destino determinado. Igualmente se ha estimado este delito al premiado con un billete de lotería que se niega a repartir el sustancioso premio con los compañeros de apuesta, entendiéndolo consumado desde el momento de su ingreso en la entidad bancaria, antes pues de su conversión en metálico (STS 9 marzo 2007; en igual sentido en relación a dos compradores de un cupón de la once, SSTs 3 julio 2006 y 9 marzo 2007).

³⁹ VIVES ANTÓN, T. G. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Hay autores, como ROCA AGAPITO⁴⁰ que establecen que “la ley no lo exige expresamente, aunque tradicionalmente doctrina y jurisprudencia lo vienen exigiendo implícitamente”.

Tal y como dispone la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca: “*el tercer elemento del delito está compuesto por la conducta de apropiación con ánimo de lucro, momento en el que la inicial posesión legítima se transforma en ilegítima, apoderamiento que, como antes se indicaba, debe tener vocación de permanencia, carácter definitivo revelador de la intención de hacer suyo lo que al sujeto activo le consta que n lo es y que solo detenta gracias al título posesorio anterior, en definitiva, revelador del animus rem sibi habiendo, intención que no es solo un estado psicológico del autor del delito, sino una actuación jurídica en conflicto con el derecho de propiedad del perjudicado. Este elemento del delito característico de la apropiación indebida concurre cuando el culpable niega haber recibido el objeto material del delito, negación que causa perjuicio al verdadero dueño debido a la desposesión*”. En este sentido se manifiestan también las STS 13-2-2007, 21-3-2002, 5-4-2003.

Con todo, ese *animus rem sibi habiendi* en la apropiación indebida se ha descartado ante la presencia de un “*ánimo de devolución*” serio y claro (SSTS 8-10-1992, 10-5-2002 y 17-5-2007).

En el fondo, en este delito siempre se trata de la prueba del ánimo de apropiación por parte de quien dispone indebidamente como propietario de las cosas que posee legítimamente. El mero uso indebido de las mismas o la negligencia en su custodia o administración no son, por tanto, suficientes para constituir este delito. Sin embargo, en determinados casos se puede deducir el ánimo de apropiación de situaciones claramente indicadoras del mismo, como por ejemplo cuando no se devuelve el coche alquilado durante semanas. Los casos de error sobre las facultades o los límites jurídicos para disponer de los bienes deben trasladarse al ámbito del error de prohibición, aunque pueden incidir ya directamente en la exclusión del tipo subjetivo, que sólo admite la comisión dolosa.

Este elemento del delito característico de la apropiación indebida concurre también cuando el culpable niega haber recibido el objeto material del delito, negación que causa perjuicio al verdadero dueño debido a la desposesión.

⁴⁰ ROCA DE AGAPITO, L. c.-C. (2011). *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*.

La apropiación indebida constituye un delito doloso. En opinión del TS, la constatación del dolo requiere que el sujeto conozca que con su actuar está suprimiendo las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

Por tanto, el ánimo de devolución posterior a la apropiación no excluye el dolo, pero puede constituir el presupuesto subjetivo de la impunidad por desistimiento voluntario en las formas imperfectas de ejecución o de la atenuación en los casos de reparación del daño posterior a la consumación. Pero si es posible el dolo eventual, STS de 10 de febrero de 2005, STS 24-6-2008.

Como en otros delitos patrimoniales (sobre todo defraudatorios), para una determinación más precisa del dolo de la apropiación indebida, es preciso delimitarlo respecto del llamado dolo civil, reseñándose al respecto que, mientras la infracción analizada requiere una voluntad apropiatoria indicativa del propósito de apropiación de la cosa para sí o para un tercero, el dolo característico del mero incumplimiento contractual supone solamente un retraso o imposibilidad transitoria del cumplimiento de la obligación de devolver.

2.1.12. Perjuicio patrimonial

El perjuicio típico consiste en la pérdida, por parte del dueño, del valor económico de la cosa y tiene, como necesaria contrapartida, el enriquecimiento del autor por la incorporación a su patrimonio de ese valor. Pero ello no significa que sea indispensable haberse transferido el dominio de la cosa. Basta simplemente que se hayan dañado o perturbado las facultades de disposición del dueño. De aquí que deba excluirse la aplicación de este precepto, bien por ausencia de tipicidad o bien por vía del art. 20.7º CP, de las conductas en las que concurre compensación de deudas o un derecho de retención.

Por similares argumentos se ha excluido la aplicación de este precepto a la entidad bancaria que condona parcialmente la deuda a un partido político (ATS 22 febrero 2006), o el pago de elevadas cantidades de dinero por los responsables de una entidad financiera, tras aprobarse la fusión, a otros altos directivos que habían desarrollado su labor en una de ellas, al haber sido aprobado en el consejo de administración y en la junta general y no existir parámetros legales o convencionales para poder medir la posible desproporción del pago (caso Banco SCH, STS 17 julio 2006; SAN 13 abril 2005).

2.2.13. *Iter criminis*

Tal y como dispone la jurisprudencia (SSTS 415/12, 30-5; 64/07, 9-2; 309/06, 16-03; 915/05, 11-7), el *modus operandi* de este delito se concreta en dos momentos cronológicos:

1º Un momento inicial: perfectamente válido y lícito consistente en un negocio jurídico en cuya virtud se produce la entrega de dinero, efectos o cualquier cosa mueble en virtud de un título jurídico que genere obligación de entrega, recepción que viene presidida por la asistencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado para cumplir la finalidad pactada. No es delictiva esta fase, pero es presupuesto necesario del delito.

2º Un momento subsiguiente en el que se origina el delito: indebida apropiación de los mismos con perjuicio de otro a partir de la transmutación de la posesión legítima en ilegítima en la que, abusando de la tenencia material, se produce frustración de las obligaciones asumidas por realización de un acto de disposición de la cosa de carácter dominical que supone no sólo la ruptura de los límites contractuales que se impusieron a la posesión, sino también la mutación unilateral de ésta en plena y definitiva incorporación al patrimonio del detentador.

Un pequeño sector de la doctrina sitúa la apropiación indebida dentro de los delitos de simple actividad, que se consumarían con la mera realización del acto dispositivo (SAINZ PARDO CASANOVA, 1978)⁴¹. Sin embargo, la doctrina mayoritaria lo considera un delito de resultado, que requiere para su consumación que se cause un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo, en este sentido MUÑOZ CONDE⁴², QUINTERO⁴³.

Asimismo, es criterio general en la doctrina la consideración de que el delito no exige que se dé un lucro personal o enriquecimiento del autor (o de un tercero).

Conforme a este criterio, el resultado de la apropiación indebida consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizarse los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas. Normalmente apropiación y

⁴¹ SAINZ PARDO CASANOVA, J. (1978). *El delito de apropiación indebida*. Barcelona : Bosch.

⁴² MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

⁴³ QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. Navarra: Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi.

perjuicio suelen coincidir, pero sí, a pesar de los actos dispositivos, no se llega a producir el perjuicio patrimonial lesivo para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa (MUÑOZ CONDE, 2019)⁴⁴. La cuestión tiene trascendencia para apreciar la impunidad en los casos de desistimiento voluntario que habrá que admitir cuando gracias a ese desistimiento el perjuicio no se produce. Así, por ejemplo, en el caso fallado por la STS de 25 de octubre de 1882: el autor sustituyó un cuadro que tenía en depósito por una copia, pero al entregarla al depositante éste notó el cambio y reclamó el original que inmediatamente le fue devuelto. En los casos de cantidades recibidas en comisión y empleadas para cubrir gastos propios con fines distintos a los previstos, la devolución de estas cantidades, al ser exigidas, excluye la consumación e incluso el castigo por tentativa, si se trata de un desistimiento voluntario.

Distinto del desistimiento es la reparación del daño, es decir, posterior a la producción del perjuicio, que todo lo más puede constituir una circunstancia atenuante (art. 21.5^a). En la práctica sólo se presentan casos de apropiación indebida en grado de consumación, porque normalmente la apropiación supone casi siempre el perjuicio y porque sólo cuando se produce el perjuicio se presentan las correspondientes querellas.

Algunas resoluciones judiciales, sin embargo, parecen apartarse de la caracterización de la infracción como de resultado cuando señalan que el delito se consuma con la realización por parte del autor directo de la conducta apropiatoria (por ejemplo, cuando el sujeto se apodera de las cosas que tiene guardadas en depósito- o niega haber recibido la cosa), de tal manera que lo que parece dedicarse es que la mera realización de la acción típica conllevaría ya la consumación del delito⁴⁵ (SSTS 31-7-200, 12-7-2000 y 15-1-2004).

Señala BOIX como ejemplo, cuando las apropiación indebidas se realizan a través de entidades inversoras o financieras, el hecho habitual de que las compañías aseguradoras reintegren las cantidades apropiadas no afecta a la realización del delito; a todos los efectos se habría consumado (siempre que el acto de disposición tenga carácter definitivo).

En este sentido la STS de 11 de junio de 2013: *“en el delito de apropiación indebida el momento consumativo se produce cuando el sujeto activo incumple de forma definitiva la obligación a la que se comprometió al tiempo d la recepción, o su devolución, teniendo en cuenta que no se castiga penalmente el mero retraso en la devolución sino la realización de un acto que suponga una apropiación, o al menos, una*

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

⁴⁵ BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

negativa a la devolución o negarlo haberlo recibido". (STS 16 de marzo de 2006, 15 de marzo de 2005 y 10 de febrero de 2005):

Son punibles los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición para cometer la apropiación indebida, según dispone el art. 269 CP, que asocia para tales supuestos la pena inferior en uno o dos grados a la de apropiación indebida correspondiente. Según el tenor literal de la ley, cabe entender (BOIX REIG, 2020) que esta regla se aplica a todas las modalidades de apropiación indebida, pese a que resulte cuestionable desde el punto de vista político criminal, tanto en el caso de la modalidad residual de apropiación indebida del art. 254, como en los supuestos de delitos leves.

2.1.14. Aplicación al supuesto concreto

De lo anteriormente expuesto, podemos determinar respecto de los hechos descritos lo siguiente:

Los hechos son legalmente constitutivos, en primer lugar, de un delito de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 253.1 en relación con los artículos 250 y 74 del Código Penal.

En el caso enjuiciado resulta acreditada la concurrencia de tales elementos constitutivos del tipo en la conducta de Jose Ignacio , al tener encomendada la gestión de las cuentas del despacho del procurador para el que trabajaba, verificándose posteriormente que había estado emitiendo durante los años 2017 y 2018 numerosos cheques a su propio nombre en los que había estampado el sello del despacho profesional del Procurador, escribiendo dentro de él un número de expediente que no requería ningún pago, y finalmente, falsificando la firma de Don Víctor, procediendo el acusado a ingresar tales cheques en su propia cuenta bancaria, abonándose la totalidad de los referidos cheques mediante el sistema de compensación bancaria, logrando de esta forma incorporar a su propio patrimonio un total de 132.467,50 euros, todo ello en perjuicio de D. Víctor.

Lo que sí resulta evidente es que José Ignacio estuvo durante varios años disponiendo del dinero percibido, así como del reintegrado de la cuenta bancaria citada, sin hacer entrega del mismo a su legítimo titular o en actividad autorizada por éste, reconociendo que efectuó pagos que no respondían a procedimiento alguna.

Como elementos del tipo subjetivo, se desprende que D. José Ignacio era consciente y conocía que se estaba excediendo en sus facultades al actuar de esa manera,

suprimiendo las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada, se produce una infracción del deber de lealtad existente dada la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad.

El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

De manera que D. José Ignacio ha actuado ilícitamente sobre el objeto material, en este caso el dinero, como poseedor legítimo del mismo que lo incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, causándose un importante perjuicio a la denunciante.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que concurren los requisitos necesarios para poder determinar que estamos ante un supuesto de apropiación indebida:

1.- El Sr. José Ignacio tenía poder de disposición sobre los fondos de la cuenta bancaria del Procurador para el que trabajaba, cuenta que se nutría con los ingresos de los clientes en pago de los servicios prestados por éste último en el ejercicio de su actividad profesional.

2.- Como tal autorizado, el acusado, mediante el libramiento de cheques a su propio nombre en los que había estampado el sello del despacho profesional del Procurador, escribiendo dentro de él un número de expediente que no requería ningún pago, y finalmente, falsificando la firma del procurador, a través del sistema de compensación bancaria, realizó multitud de actos de disposición de los fondos de dicha cuenta dando a los mismos como destino, el de la incorporación del dinero a su propio patrimonio.

3.- Que dicha actuación ha supuesto un perjuicio para las arcas del Procurador, que se cifra en 132.467,50 euros

En definitiva, el acusado, que era el encargado de la gestión de pagos y cobros a clientes, contando con la confianza de su empleador y encontrándose autorizado en la cuenta mencionado, aprovechando tal situación consiguió en su propio beneficio, y a

sabiendas de su improcedencia, la percepción de las cantidades a las que se refiere el "factum", con el consiguiente perjuicio patrimonial al despacho profesional.

2.2.DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL

En segundo lugar, cabría apreciar un delito de falsificación de documento mercantil. Al igual que hemos hecho con el delito de apropiación indebida y de cara a una correcta subsunción de los concretos hechos referidos en el caso procedemos a examinar los elementos del citado delito

2.2.1. Introducción y regulación

En el Título XVIII del Libro II, referido a las falsedades, se incluyen una serie de delitos de difícil reducción a un bien jurídico protegido común, de ahí que el legislador emplee en la rúbrica un nombre bastante vago, referido más que al bien tutelado a la forma comisiva de todos los delitos que abarca el título.

Así, en todos estos delitos nos encontramos con un comportamiento falsario, pero esta falsedad a lo largo del título se refiere a objetos materiales muy distintos en cada uno de los delitos, de modo que lo único común en ellos es la forma comisiva.

De este modo, la doctrina mayoritaria entiende que ese mínimo común entre estos delitos vendría dado por el quebrantamiento de la confianza, de la fe colectiva, la confianza colectiva en determinados signos que tienen valor de cambio o valor probatorio. Por tanto, la fe pública sería el mínimo común a las distintas conductas que aquí se recogen.

Lo que trata de protegerse en este título es, por tanto, la apariencia de verdad que determinados signos engendran, en tanto son, al mismo tiempo, medios probatorios de ella en su sentido general.

- El Capítulo II del Título XVIII (artículos 390-399) se refiere a las falsedades documentales, que se dividen a su vez en distintas secciones.
- Sección 1.^a: falsificación de documentos públicos (artículos 390-394).
- Sección 2.^a: falsificación de documentos privados (artículos 395-396).
- Sección 3.^a: falsificación de certificados (artículos 397-399).

- Sección 4.^a: falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (artículo 399 bis). Introducido en el año 2010.

El Capítulo II del Título XVIII trata de las «falsedades documentales», que a su vez se tipifican en cuatro Secciones según el tipo de documento sobre el que recaen, variando en función de ello las modalidades delictivas y las penas.

La falsedad en documento mercantil, que es la que va a ser objeto de estudio en el presente trabajo, se regula en el art. 392 con remisión al 390 CP.

2.2.2. Bien jurídico protegido

No existe acuerdo en la doctrina acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental.

Un pequeño sector, defiende la función de perpetuación como bien jurídico protegido en la falsedad documental en cuanto a que el documento determina la durabilidad de las manifestaciones de voluntad que en el mismo se contienen. Teoría defendida por SCHILLING y SAMSON. El primero de ellos llega a la conclusión de que lo que específicamente se protege en la falsedad documental es la institución del documento. Sin embargo, no es una materialidad documental sin más la que se hace acreedora de la tutela, sino el documento en tanto que institución porque al mismo le corresponde una característica que lo diferencia claramente de la declaración oral. Así manifiesta que “el documento sirve a la materialización y con ello a la pertenencia de una declaración jurídicamente relevante que puede fundamentar el convencimiento de los demás”.

A diferencia de quienes sostienen que de entre las funciones que el documento desarrolla es la de perpetuación, considera PUPPE que lo que se tutela con estos delitos es la función de garantía propia del documento, puesto que mediante el mismo se acredita la existencia de una determinada relación jurídica. Los defensores de esta tesis entienden que el documento es una declaración producto inmediato de la acción de declaración y afirmación con efectos jurídicos de un determinado sujeto. La declaración vale como tal en el tráfico jurídico justamente por la voluntad del declarante, por ello el ordenamiento jurídico y el tráfico jurídico se atienen a ese objeto corporeizado en tanto que acción de declaración, pues se supone representa la voluntad del declarante. De manera que, el objeto material alcanza en el tráfico jurídico el valor de la declaración misma, presuponiendo que

el declarante responde de ese objeto material como de su declaración, lo que constituye la función de garantía que el documento desempeña.

La concepción sostenida mayoritariamente en Italia alude a la fe pública como bien jurídico protegido. Criterio que siguió el CP de 1822 pero que no continúa en los que le siguieron, ni se refleja en el CP vigente, que se limita a describir los medios empleados para cometer el delito de falsedad sin hacer mención al bien o interés tutelado por el mismo.

Dentro de las tesis que defienden la fe pública como objeto único de tutela, pueden distinguirse dos acepciones distintas. Por un lado, la llamada concepción psicológico-normativa de la fe pública, que la conceptúa como certeza atribuida por el ordenamiento jurídico a determinados objetos, cuya relevancia dependen de la garantía de genuinidad y veracidad inscrita en la naturaleza de los objetos mismos por la función que éstos están llamados a desarrollar en las relaciones públicas y privadas.

El máximo exponente de esta teoría es CARRARA⁴⁶. Así manifestó que “nace en los asociados una fe que no proviene de los sentidos, ni del juicio, ni de las simples afirmaciones de un individuo, sino de lo prescrito por la autoridad que la impone”. Considera, en definitiva, que la fe de los ciudadanos se produce porque “confían en los mandatarios del gobierno o en los que de la autoridad superior recibieron facultad para establecer, mediante estos documentos o esos sellos, una presunción de verdad en una declaración, o de existencia de ciertas condiciones de un objeto”.

GROIZARD⁴⁷ considera que la buena fe “tiene de un lado cierto carácter de solmene publicidad, al paso que en otras ocasiones es puramente privada”. RODRIGUEZ MUÑOZ⁴⁸ consideró que la fe pública consiste en el revestir de garantías por parte del Estado a ciertos modos de prueba y signos de valor. Según DÍEZ PALOS⁴⁹, la prevalencia de la legitimidad sobre la estricta veracidad parece llevar a la deducción de que la falsedad ataca a la fe pública. Y NUÑEZ LAFOS, la fe pública para el es “el valor mismo que a la cosa da la Ley”⁵⁰.

De otro lado, la concepción psicológica-naturalista, que la concibe como sinónimo de una real posición psicológica de la colectividad, llevada a atribuir genuinidad y veracidad a

⁴⁶ CARRARA. (1978). *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* (Vol. VII). Bogotá: Temis.

⁴⁷ GROIZARD. (s.f.). *Código Penal de 1870 concordado y comentado*.

⁴⁸ MUÑOZ, R. (1949). *Derech penal. Parte especial* (Vol. II). Madrid : Gráfica Administrativa .

⁴⁹ PALOS, D. (1962). "El delito de falsedad documental". *RJCat* N°1, 1962.

⁵⁰ LAGOS, N. (1949). Perfiles de la fe pública. *Anuario de Derecho Civil* n°1, 1949.

determinados valores, documentos o signos relevantes para la vida social. El máximo representante de esta ideológica es MANZINI, pues “la confianza asume el carácter de fe pública cuando se considera como un fenómeno colectivo, como una costumbre social, como un comportamiento particular de la moralidad pública y no como un hecho meramente individual o contingente”.

Realmente, a la hora de determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de falsedad documental, no es posible adscribirse solo a una de las mencionadas posturas, ya que son de carácter pluriofensivo, pudiendo afectar a cualquiera de las funciones del documento, ya sea la probatoria, la de perpetuidad o la de garantía y, desde luego, a la seguridad del tráfico jurídico y, dentro de la misma, a la fe pública.

Así lo entiende con carácter general la jurisprudencia, en cuanto que considera que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vía mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica, teniendo en cuenta, además, que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, pudiendo cumplir, en consecuencia, funciones de garantía o perpetuidad. En este sentido se pronuncia la STS de 21 de enero de 2003.

Así pues, dado el carácter pluriofensivo del delito de falsedad, su consecuencia inmediata es fijación del límite que separa la falsedad punible de la impune, que vendrá determinado, en todo caso, por el hecho de si el bien jurídico protegido en el caso concreto, ha sido o no perturbado.

2.2. 3. Objeto material: concepto de documento

En primer lugar, y antes de entrar a analizar la figura delictiva, es necesario aportar un concepto de documento, que es la base sobre la que se asienta la interpretación de la falsedad.

Es preciso aportar las notas características que debe reunir el concepto de documento, en cuanto que constituye el objeto material del delito de falsedad documental.

La definición de documento ha sido objeto de debate, lo cual el legislador decide resolver fijando un concepto legal de documento. En la discusión histórica estaban siempre en contraste dos tendencias. Por un lado, la línea latina, que dice que documento es

siempre un escrito, por lo que el soporte tiene carácter fundamental. Por su parte, la línea germánica atendía más bien a la funcionalidad. Decía que documento, independientemente del soporte es algo que va a hacer prueba, va a ser utilizado en el tráfico jurídico como medio de prueba de algo y es indiferente el soporte.

En este sentido que ahora nos interesa, hay amplio acuerdo, desde BINDING, en entender que el concepto de documento se nutre de dos elementos esenciales: una declaración de voluntad y un garante de veracidad de la misma, el emisor. A ello añadía BINDING que la mencionada declaración tuviera carácter escrito, dato que hoy, sin embargo, no se considera esencial, aunque sí se exige que aparezca “corporeizada” de algún modo⁵¹. Define PUPPE el documento como “una declaración en el tráfico jurídico, incorporada en signos estables, que permite reconocer la identidad del declarante (del emisor)”⁵².

El concepto legal de documento lo encontramos en el art. 26 del Código Penal, que considera documento “*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”. El legislador terminó optando por la concepción germánica

En el origen de esta disposición, está la idea de adaptar el concepto de documento a la creciente tendencia jurisprudencial que venía admitiendo que no podía limitarse a los “escritos”, debiendo admitirse otro tipo de soportes. De ahí que en la definición transcrita se ponga el acento en este dato de la indiferencia del soporte. Critica SANZ MORAN⁵³ que el concepto legal peca de insuficiente, por un lado, y de excesivo, por otra parte. En efecto, resulta insuficiente en cuanto que del mismo no se desprende la exigencia de ninguno de los momentos centrales del concepto de documento antes reseñados: que se trate de una declaración de voluntad y que haga cognoscible al emisor.

La disposición establece los requisitos del concepto tradicional expresado como todo objeto material susceptible de incorporar una declaración de voluntad o un pensamiento, atribuible a una persona y destinado a ingresar en el tráfico jurídico⁵⁴.

⁵¹ SANZ MORAN, A. (2021). "Los Delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* N°4, 2021

⁵² También en la doctrina italiana MALINVERNI afirma que el documento es “declaración”, “contenido de pensamiento”, siendo éstos elementos centrales.

⁵³ SANZ MORAN, A. (2021). "Los Delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* N°4, 2021

⁵⁴ VIVES ANTÓN, T. G. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Cabe decirse, por otra parte, que la mención a todo soporte material del art. 26 CP soluciona el debate existente respecto al soporte en que ha de contenerse la declaración documental, Bastara un soporte que, por su configuración, sea capaz de dotar de cierta estabilidad en el tiempo a la declaración en él contenida, independientemente de su falta de movilidad. Lo decisivo es la funcionalidad de ese objeto, y no el soporte en el que se exprese ese dato o narración.

El Tribunal Supremo (STS 13-09-2002) señala que, documento a efectos penales, es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones, caracterizándose la fórmula legal por las notas siguientes: a) al ser una materialización, debe constar en un soporte indeleble; b) debe tener procedencia humana; c) el contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativa en sí misma; d) se requiere la entrada en el tráfico jurídico; e) el documento válido es el documento original y no tienen tal carácter las copias ni fotocopias. Se extrae, por tanto, que el documento debe reunir los siguientes elementos:

- **Carácter material:** El documento requiere un soporte material susceptible de incorporar algún dato, hecho o narración, que es lo que le da al documento su cualidad de perpetuidad o posibilidad de retener lo que en él se materializa por un tiempo relevante.

Es necesario que tenga una mínima consistencia física para perdurar en el tiempo. Normalmente dicho contenido viene redactado en papel, pero el desarrollo tecnológico y la legislación han ido aumentando la diversidad de posibles plataformas físicas que son consideradas como documentos. Eso sí, deben reunirse, además, el resto de requisitos para que el objeto del mundo exterior sea considerado documento.

Se pueden perpetrar falsedades a través de medios informáticos [así, STS 528/2014, de 16 de junio, pero para que dicha falsedad tenga relevancia jurídica, tiene que materializarse en papel, o disco compacto, o memoria USB, o en cualquier otro soporte con consistencia física [la STS 1066/2009, de 4 de noviembre, señala, y con razón, que el disco duro es el soporte material de las actas de juicios consideradas como documentos públicos.

Las imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de grabación y/o filmación u otros semejantes, también serán considerados documentos a efectos penales si se satisfacen todos los requisitos señalados, y por supuesto, se encuentran

en un objeto que los pueda proyectar o reproducir de forma permanente y sin alteración alguna. Entre otras, STS 392/2011, de 5 de mayo.

- **Carácter subjetivo**

Aunque no se diga expresamente en la definición del art. 26 CP, del precepto 390.1 apartado 3º del art. 390.1 se desprende que el documento que refleje una determinada declaración de voluntad o pensamiento debe poder atribuirse a una persona; con ello el documento cumple otra de sus funciones la de garantía.

Por tanto, el documento es la expresión de una relación o situación jurídica en un soporte material atribuible a una o varias personas físicas determinadas o determinables. Así, las declaraciones de voluntad anónimas, por tanto, no son documentos pues no pueden crear ni derechos ni obligaciones, ni situaciones jurídicas.

Es necesario, por tanto, que de algún modo, normalmente mediante la firma o rúbrica, se pueda atribuir el documento a alguien, aunque ese alguien realmente no exista o sea en realidad una persona distinta del que realmente confecciona el documento⁵⁵.

- **Carácter ideológico:**

El documento ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico y tener eficacia probatoria o algún tipo de relevancia jurídica.

Es preciso también que el documento sea adecuado objetivamente para tener efectos probatorios o algún tipo de relevancia jurídica.

Puede tratarse de la identidad de una persona, de un contrato entre varios sujetos, de un título que acredita la capacidad para el ejercicio de una profesión u oficio, o la declaración de voluntad de un sujeto del destino de sus bienes cuando este fallezca, etc. Si el contenido no tiene ninguna relevancia jurídica ni otorga prueba de situación jurídica alguna, el correspondiente objeto no será considerado documento, aunque pueda tener apariencia del mismo.

⁵⁵ Esto no quiere decir que el que confeccione materialmente el documento y el que lo suscriba tengan que ser siempre el mismo. Puede suceder que sea uno el que redacte el documento y otro el que lo suscriba o que lo suscriban varios o que incluso se firme con la autorización de otro. Lo importante es que se atribuya a alguien como «declarante» de voluntad y no simplemente como redactor material, o que se demuestre una concreta relación jurídica entre una declaración documental y la persona que aparece en el documento como declarante.

No tiene esta cualidad el documento absolutamente nulo, con nulidad de pleno derecho, cuando falta alguno de los elementos esenciales para su existencia jurídica (testamento ológrafo escrito a máquina) o cuando contradice una disposición legal de interés público conteniendo algún negocio ilícito o inmoral.

Tampoco tiene esta cualidad el documento sin contenido alguno, en el que no figura ni una declaración de voluntad ni un testimonio. Por ello carece del carácter de documento el papel firmado en blanco⁵⁶.

La simple copia y la fotocopia de un documento original tampoco son adecuadas para producir efectos jurídicos, a no ser que hayan sido legitimadas por un notario o que particularmente las partes estén de acuerdo en atribuirles efectos jurídicos (cfr. arts.1220 y 1221 Cc).

En este sentido, las SSTs de 2 de abril de 2013 y 25 de marzo de 2015, distinguen entre falsedad material e ideológica: *“Como es sabido, la falsedad material es aquella que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad; la falsedad ideológica se refiere a la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento”*.

- Carácter teleológico: El objeto material que recoge una declaración de voluntad de una persona, debe ser apto para ingresar en el tráfico jurídico.

De estas notas se deducen las funciones que cumple el documento en este tipo de delitos a las que hemos hecho referencia anteriormente: probatoria, de perpetuación y de garantía.

- Función perpetuadora: el documento tiene siempre la idea de reflejar hacia el futuro una manifestación de voluntad, un dato o un hecho.

- Función probatoria: el documento es un medio que puede hacerse valer en una relación jurídica o en un procedimiento.

- Función garantizadora: el documento en principio da fe de lo que allí se expresa, lo que se expresa en él se corresponde con la realidad. Esta función es fundamentalmente la que se ve alterada cuando estamos ante una falsedad.

El carácter material persigue asegurar la perpetuidad del documento, para que éste permanezca en el tiempo y pueda cumplir con los objetivos asignados en las otras dos. El

⁵⁶ El abuso de firma en blanco puede constituir, sin embargo, la estafa del art. 250.1.2º o el delito de administración desleal del art. 252 CP.

carácter ideológico y teleológico determina la función probatoria, en virtud de la cual el documento refleja lo que las partes expresaron o acordaron, con independencia de que su contenido sea o no acorde con la realidad. Finalmente, el carácter subjetivo define la función de autenticidad, en virtud de la cual el documento acredita las personas que lo han creado o intervenido en el mismo⁵⁷. Con gran claridad se expresa, a este respecto, la STS de 17 de marzo de 2005 “*A estas finalidades se ha referido reiteradamente nuestra jurisprudencia al señalar como cualidades del documento, el ser un medio de perpetuación y constatación del contenido que refleja, el tratarse de un medio que garantiza respecto a su autor, y el servir de instrumento de prueba sobre su contenido*”⁵⁸.

De forma que las falsedades inocuas son atípicas, entendiendo por tales, las que no afectan a ninguna de las funciones del documento antes citadas (STS 09-12-2008). Así, no reúnen los requisitos del tipo las llamadas falsedades domésticas (SAP Palma de Mallorca de 17-03-2014⁵⁹), la falsedad en documento mercantil conocida por todos los receptores (STS 19-07-2004), el documento que carezca de toda potencialidad lesiva (STS 11-12-2002) o cuando la imitación de firma hubiese sido autorizada por el aparente signatario (STS 30-06-2011). La STS de 3 de junio de 2015, relativa al caso cooperación, expone muchos ejemplos de cuándo el elemento falseado del documento tiene relevancia o resulta totalmente inocuo.

En la doctrina y en la jurisprudencia hay diversas clasificaciones de documentos. De acuerdo con la clase de documento, varían las distintas modalidades de conductas tipificadas en el Código.

Podemos hacer una primera clasificación atendiendo al sujeto activo: la falsedad puede ser cometida por particulares y por autoridades o funcionarios públicos, concepto que suministra el artículo 24 del Código penal, siendo imprescindible que los mismos actúen en el ejercicio de sus funciones.

La falsificación de un documento público puede ser cometida tanto por los particulares como por las autoridades o funcionarios públicos, si bien el artículo 390 del

⁵⁷ DELGADO SANCHO, C. (2018). "La falsedad documental: clases de documentos y tipos". *Revista Aranzadi Doctrinal* N°5, 2018.

⁵⁸ En término similares la sentencia del TS de 21 de diciembre de 2012

⁵⁹ El esposo durante un dilatado periodo de tiempo venía simulando la firma de la esposa a cuyo nombre figuraba el negocio común, teniendo en cuenta que en tales casos suele existir un consentimiento tácito, si no expreso, para tal modo de proceder a modo de un apoderamiento tácito que, aun contrario a la rectitud del tráfico mercantil, excluye el dolo penal de carácter falsario, aunque pueda tener determinadas consecuencias en el orden meramente privado)

Código penal solo se aplica en los casos en que “*el documento objeto de la falsificación sea de aquellos en los que el funcionario actúa con competencia propia*” (STS de 2 de diciembre de 2013), mientras no lo sería cuando el sujeto activo opera “*dentro de la esfera de la actuación pública, pero fuera del campo de sus propias atribuciones*” (STS de 4 de junio de 2003). Cabe señalarse que existen importantes diferencias en función del sujeto que incurre en falsedad documental:

- Se castiga tanto el dolo como la culpa⁶⁰ en la falsedad cometida por autoridad o funcionario público.
- La punición es mayor cuando la falsedad la realiza el empleado público.
- Los particulares no pueden incurrir en falsedad ideológica, ya se vierta la misma en documento público o privado.

Sin embargo, la clasificación que más nos interesa a efectos penales es la que divide documento en público y privado, prevista con carácter principal en la Ley de Enjuiciamiento Civil y con carácter supletorio en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quedan como categoría intermedia los documentos mercantiles, los cuales son una modalidad más de documento privado que a efectos penales se equiparan a los documentos públicos u oficiales.

Para tener clara la distinción de estos conceptos, hemos de estar a las definiciones de los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Documento público u oficial: son aquellos que tienen que estar autorizados por Notario o funcionario público competente, cumpliendo las solemnidades requeridas por la ley (artículo 1216 del Código Civil). Dan prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, el artículo 319 dispone que los documentos públicos darán prueba plena del hecho o acto que documenten, de la fecha y de la identidad de los fedatarios y demás personas interventoras en ellos.

El propio artículo 317 LEC ofrece un amplio catálogo de los documentos considerados públicos u oficiales, y en concreto sus números 1 a 6 se refieren a los documentos administrativos.

⁶⁰ La sentencia de 3 de abril de 2002 confirma la condena a un Notario de 6 meses de multa y suspensión de empleo por tiempo de 6 meses, al considerar que constituye imprudencia grave legitimar unas firmas afirmando que estaba presente su autor cuando en realidad no lo estaba.

La eficacia que se otorga a los mismos es la establecida en el art. 1218 del Código civil, según el cual los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste y contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

A los documentos públicos se asimilan los documentos oficiales, que no son más que una clase de los públicos: los expedidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, cuando están legalmente facultados para dar fe (art. 317.5 LEC). Tiene este carácter la placa de matrícula de un automóvil (Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998: *”Con relación a las placas de matrícula de los vehículos automóviles la sustitución de la verdadera por la de otro vehículo es conducta subsumible en el artículo 390.1.1.º del Código penal, por ser la matrícula con el vehículo u/n documento conjunto. En igual precepto debe subsumirse la parcial modificación de la matrícula auténtica. Y el artículo 390.1.2.º debe aplicarse en los casos de elaboración o falsificación de la matrícula”*)⁶¹.

- Documento privado: se definen de forma negativa, son de acuerdo con el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos aquellos no comprendidos en la definición de documento público del artículo 317. El Tribunal Supremo incluye dentro de estas categorías las facturas de compañías de electricidad, los contratos privados de arrendamiento o compraventa... Son aquellos que generan las relaciones jurídicas entre particulares, y que no pueden incardinarse en las categorías anteriores

- Documento mercantil: es una modalidad especial de documento privado, que el Legislador, dada su trascendencia para el tráfico jurídico, equipara a efectos penales a los documentos públicos. Estos documentos vienen regulado por el Código de comercio y legislación mercantil especial, es decir, los formados con arreglo al Código de Comercio y demás leyes mercantiles (como la Ley 95/1985, de 16 de junio, Cambiaria y del Cheque) y que, según estas normas, tengan validez y efecto.

⁶¹ También se consideran documentos oficiales las recetas médicas de la Seguridad Social y las necesarias para el despacho de estupefacientes y de cualquier otro medicamento cuya prescripción requiera dicha formalidad. Los despachos de los servicios de telecomunicación, en la medida en que sean realizados por la autoridad o funcionario encargado del servicio, pueden también considerarse documentos oficiales, aunque su falsificación tiene un régimen especial en el art. 394.

De gran relevancia es también la actividad bancaria y de seguros. De tal forma que se entienden por documentos mercantiles los libros de contabilidad requeridos por la legislación de comercio, las libretas de ahorro, las pólizas de seguro, cheques bancarios, letras de cambio, etc. La STS de 17 de abril de 2015 señala que éstos cuentan con una mayor tutela penal merced al profundo grado de confianza que generan.

La misma sentencia de 17 de febrero de 2015 ha manifestado que se trata de un concepto amplio⁶², equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo mercantiles “*no solo los expresamente regulados en el Código de comercio o en las leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio este acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad*”, por su parte, la sentencia de 6 de marzo de 2001 señala que tienen tal conceptualización, primero, los que se encuentran regulados en el Código de comercio o leyes especiales –letras de cambio, cheques, pagarés, acciones, obligaciones, pólizas bancarias, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito, o pólizas de seguro–, segundo, los que, aun careciendo de *nomen iuris* se documentan con fines de preconstitución probatoria o sirven para plasmar contratos o suponen la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil, y tercero, los que aparecen en la fase de ejecución o consumación de los contratos u operaciones mercantiles, como las facturas, albaranes o recibos, por último, no se consideran documentos mercantiles una nómina, un certificado de haberes o un contrato de trabajo, pues no puede decirse que estos documentos, en sí mismos considerados, tengan naturaleza mercantil, pues ni son de los nominados expresamente en la legislación

⁶² La sentencia de 27 de octubre de 2009 aclara que la moderna jurisprudencia no se ha mostrado insensible al sentido restrictivo del concepto que impera en la praxis mercantilista, declarando que el artículo 392 del Código penal se refiere solo a aquellos documentos mercantiles merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la ratio legis de la asimilación, de modo que «no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil, sino que se requiere una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual»

mercantil, ni se refieren a la celebración de contratos o asunción de obligaciones de naturaleza mercantil, ni tampoco afectan a la fase de ejecución de aquellos.

El criterio jurisprudencial aplicable a supuestos concretos relativos a la confección de certificados de juntas societarias que ni siquiera se celebraron y que por lo tanto no pudieron adoptar acuerdo alguno, en palabras de la sentencia de 23 de octubre de 2014 ⁶³, es que son documentos mercantiles falsos con potencialidad lesiva y efectos en el tráfico jurídico por el mero hecho de ser inscritas en el Registro Mercantil, pues en estos casos se lesiona la seguridad y la confianza del tráfico mercantil, y mediante la punición de la falsedad documental se protege la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica al servir de medio de perpetuación de las declaraciones de voluntad allí contenidas y de su inherente veracidad.

Las fotocopias constituyen documentos que pueden ser objeto del delito de falsedad, si bien como admite la sentencia de 29 de enero de 2015 la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Sala Segunda en relación a las fotocopias y su falsedad, no ha sido, ni mucho menos uniforme, ya que en ocasiones la falsedad de la fotocopia trasciende al documento que se pretende simular, pero en otros supuestos la falsedad se limita al medio empleado, esto es, a la simple fotocopia.

2.2.4. Comportamiento típico

Dispone el art. 392 CP que “ 1. *El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.*

⁶³ En el caso que nos ocupa la certificación elaborada por el acusado reflejó como producida una reunión inexistente. Aparentó que los socios aprobaron unas cuentas y una gestión social, cuando no fue así ya que la reunión no tuvo lugar. Y esa certificación en cuestión se inscribió en el Registro Mercantil, lo que sirvió para el depósito de las cuentas sociales, unas cuentas que no habían sido aprobadas. De acuerdo con la doctrina expuesta, el documento mendaz incidió en la seguridad del tráfico jurídico, con independencia de que se haya derivado o no un perjuicio concreto para la mercantil a la que se refería el documento, lo que no es exigible desde el punto de vista de la tipicidad.

Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España”.

En el presente trabajo vamos a estudiar el delito de falsedad de documento mercantil del art. 390.1 CP en relación con los arts. 390.1.1º y 2º CP.

El primero de los apartados se remite al art. 390 CP, que dispone lo siguiente:

“1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

Los supuestos 1º y 2º son falsedades materiales. Los supuestos 3º y 4º son falsedades ideológicas.

Como se deduce de la redacción de este precepto, el legislador no ha concretado que debe entenderse por falsedad, pero sí ha considerado conveniente reflejar de forma expresa qué acciones son constitutivas de dicho delito.

Por tanto, para describir la acción el art. 390.1 menciona cuatro modalidades que, salvo la citada en el número 4º, sirven de referencia también para las falsificaciones cometidas por los particulares y las falsedades en documentos privados. Entre ellas:

- Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

Elementos esenciales, según QUINTERO OLIVARES⁶⁴, son todos aquellos que condicionan su sentido y función: lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la eventual futura prueba.

Se provoca una transformación de un componente relevante, de tal forma que es susceptible de perturbar la relación jurídica que lo acompaña.

En general, se puede decir que se altera la esencialidad del documento cuando la acción falsaria recae sobre alguna de las funciones del documento a las que hemos aludido anteriormente, es decir, la función de perpetuidad, la de garantía o la probatoria.

La esencialidad del elemento documental se deriva también de la naturaleza del hecho que materialice.

- Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

En este supuesto se incluyen los casos de creación *ex novo* de un documento inexistente o el aprovechamiento de un parte completando totalmente la otra.

Tal y como establece MARIA ROSA MORENO-TORRES, el art. 390.1.2º CP exige la simulación de un documento, no la simulación del negocio jurídico que se documenta. Por ello, simular un negocio jurídico y simular un documento inauténtico no pueden tener legalmente la misma consideración⁶⁵.

- La suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Se trata de una falsedad ideológica en el sentido en el que se altera la realidad sobre los sujetos que ciertamente no han participado en el acto, se le atribuyen manifestaciones que no realizaron. De nuevo hay que reiterar que la

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. Navarra: Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi.

⁶⁵ La simulación de un negocio jurídico en perjuicio de otro es un delito con autonomía propia, que aparece tipificado en el art. 251.3º CP como una modalidad de estafa. Por su parte, la simulación del documento, tipificada en el art. 390.1.2º CP, no es otra cosa que convertir un documento en inauténtico, lo que implica que no proviene de la persona que aparece como su emisor. Y esta distinción conlleva que el documento puede ser simulado (inauténtico) y el negocio jurídico real.

posición personal o sus declaraciones tiene que ser relevantes en la afectación al tráfico jurídico.

- Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

El CP vigente, con buen criterio, ha optado por destipificar la falsedad ideológica cometida por particulares consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. Ahora bien, hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones⁶⁶:

– No basta con que la falsedad consista en faltar a la verdad en la narración de los hechos por el particular para concluir que nos hallamos ante una conducta atípica, pues puede suceder que dicha conducta sea subsumible en alguna otra de las modalidades falsarias comprendidas en el art. 390.1 CP.

– Existen supuestos en los que el particular desempeña una función que le autoriza a emitir documentos de forma unilateral, bien sea por disposición legal o a causa de usos y costumbres especialmente mercantiles, supuestos en los que no se puede excluir radicalmente la existencia de un deber de veracidad y, en consecuencia, faltar a la verdad en la narración de los hechos en tales casos sería punible siempre que la conducta tenga acomodo en alguna de las modalidades de los tres primeros números del art. 390.1 CP, como sucede, por ejemplo, en el caso de las facturas falsas en su totalidad.

– Por último, deben tenerse en cuenta aquellos casos, en los que la manifestación del particular tiene por sí misma eficacia probatoria y es determinante de situaciones o estados de derecho trascendentales, por ejemplo, las manifestaciones ante el encargado del Registro Civil, en cuyo caso el particular será responsable del delito de falsedad en la modalidad que corresponda de las comprendidas en el tres primeros números del 390 como autor mediato, conforme a lo dispuesto por su art. 28, ya que en tales casos el funcionario público aparece como instrumento a los fines falsarios perseguidos por el particular (STS de 1 de julio de 1999).

– No cabe olvidarse que existen determinados supuestos de falsedad ideológica cometida por particulares expresamente sancionados por el legislador en distintos preceptos del CP. Así, por ejemplo, el art. 290

⁶⁶ ARROYO DE LAS HERAS, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch

sanciona a los administradores, de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación, que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, si bien la penalización de tales conductas exige, además, que dicha falsedad lo sea de forma idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero. Lo mismo ocurre en el art 261 CP, que sanciona al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél.

2.2.5 Tipo subjetivo

En relación con los particulares sólo es punible la comisión dolosa, ya que no existe una previsión expresa como la del art. 391.

La posibilidad de que también quepa apreciar este delito cuando la falsedad del otro (particular) sea imprudente extendería en demasía el tipo y los deberes que le sirven de base, además de estar en contradicción con el principio de la accesoriadad de la participación que exige que por lo menos el hecho principal sea doloso.

2.2.6. Imputación objetiva

Dadas las características del delito de falsedad documental, conviene resaltar que también es aplicable a los mismos la teoría de la imputación objetiva. En efecto, *“la conducta falsaria, para ser penalmente típica, debe constituir riesgo relevante de afectación a la confianza de los ciudadanos en las funciones del documento. Cuando la falsedad cometida no es idónea para producir esa perturbación, por su carácter burdo, porque podría ser descubierta por cualquiera que participara en la correspondiente interacción social o, sencillamente, porque no altera las funciones del documento, la conducta es atípica”*⁶⁷ (SILVA SÁNCHEZ, J.M.), puesto que no crea ningún riesgo jurídica desaprobado, faltando, por lo tanto, el primer requisito normativo de la imputación objetiva.

En esta línea se inscribe la STS de 20 de noviembre de 2002 que, exige que la “mutatio veritatis” recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y no tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, por lo que se excluye de la consideración de delitos los mandamientos de verdad inocuos o

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. (. (2019). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Atelier

intrascendentes para la finalidad del documento”. O la STS de 28 de enero de 2002 que afirma que “*semejante modo de actuar, cuando está efectivamente animado por el propósito de producir una alteración relevante en un marco de relaciones mercantiles y goza de aptitud para hacerlo, podría ser perfectamente apto para justificar la aplicación de los preceptos que aquí se dicen infringidos. Pero, en ausencia de ese dato, constituirá una manera de operar connotada de irregularidad – en la medida que la firma es el modo de acreditar la intervención personal de un sujeto en un acto documentado- pero sólo de una irregularidad meramente formal y sin más trascendencia. Pues, en efecto, al obrar así, el curso normal de la actividad en la que tal conducta se inscribe no habría experimentado ninguna alteración en sus efectos; de manera que la firma estaría operando realmente como si la hubiera estampado realmente su titular. Por tanto, si que la fe pública y la seguridad del tráfico mercantil, en general y en concreto, hubiera llegado a resentirse lo más mínimo (...). Por ello, ha sido valorado, con toda razón, como penalmente irrelevante”.*

2.2.7. Grados de ejecución

El delito de falsedad documental es un delito de simple actividad, por tanto, a efectos de la consumación del delito, es irrelevante que el perjuicio pretendido por el agente llegara o no a causarse, puesto que el delito se consuma con la sola voluntad tendencial de ocasionar el perjuicio a otro, equiparando el legislador de este modo, la perfección ejecutiva con las fases de ejecución en cuanto que equipara la existencia real del perjuicio a la intención o propósito de causarlo, sin perjuicio, de que ocasionado el mismo, pueda darse el concurso de delitos en su caso (ARROYO DE LAS HERAS, 2005)⁶⁸.

Pues bien, dado que no se exige la existencia real de un perjuicio, se plantea el problema de determinar en qué momento de la actividad delictiva se produce la consumación y si son posibles firmas imperfectas de ejecución.

Tal y como dispone ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS⁶⁹, el delito de falsedad documental se consuma en el momento de la alteración, ocultación, o mutación de la verdad en el documento, cualquiera que sea el propósito ulterior del sujeto activo del delito, es decir, sin necesidad de un efectivo uso externo del documento, uso que se situaría ya en la fase de agotamiento del delito. Ahora bien, lo que sí es preciso es que, al menos, potencialmente el documento ofrezca idoneidad suficiente para surtir efectos en el tráfico jurídico al que va destinado por la voluntad del agente, sin que sea necesario, por otra parte, que el documento haya salido del poder del falsificador para entenderse consumado. De acuerdo con la STS de 19 de febrero de 2003, la falsedad en documento mercantil u oficial

⁶⁸ ARROYO DE LAS HERAS, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch.

⁶⁹ ARROYO DE LAS HERAS, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch.

no requiere perjuicio efectivo ni intención de causarlo y se satisface y consume con la mera alteración de la eficacia probatoria, de constancia o de perpetuación del documento, a través de cualquiera de las conductas descrita en el art. 390 CP.

De acuerdo con la STS de 20 de febrero de 2005, la consumación del delito de falsedad documental tiene lugar cuando el documento falso se introduce en el tráfico jurídico, independientemente de que el sujeto activo alcance o no la finalidad perseguida con la falsedad.

En definitiva, es necesario que el bien jurídico protegido sufra potencialmente un riesgo debidamente constatado.

El principal problema que se plantea en relación con la consumación del delito de falsedad documental, es el de si admite o no formas imperfectas de ejecución y, si puede hablarse de tentativa.

Para ello, es necesario determinar si estamos ante un delito formal o de mera actividad o si por el contrario, se trata de un delito de resultado. En alguna sentencia el TS se ha pronuncia al respecto, así la sentencia de 23 de junio de 1988 señala que “*el delito de falsedad documental es delito formal y de mera actividad, consumándose cuando se ejecuta y sin precisión de resultado alguno*”. En caso de admitirse esta tesis, dicho delito sería incompatible, por su naturaleza, con cualquier manifestación imperfecta de ejecución.

ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS⁷⁰ afirma que lo que sucede en los delitos formales o de simple actividad es que el resultado coincide temporalmente con la manifestación de voluntad, el delito de falsedad documental es, por sí mismo, un delito de resultado con independencia de que se alcance o no el ulterior resultado que con el acto falsario se pretenda por el agente, ya que dicho resultado entra de lleno, en la fase de agotamiento de la actividad delictiva.

Así pues, caben a mi juicio, formas imperfectas de ejecución, es decir, tanto la tentativa inacabada como la tentativa acabada, si bien ésta última es difícilmente concebida porque, si el sujeto ha practicado “todos” los actos que objetivamente debería producir el resultado, o el bien jurídico protegido no ha sido potencialmente puesto en peligro, no sufriendo riesgo alguno o, el bien jurídico ha corrido un evidente riesgo aunque solo sea potencial entonces estaremos ante un supuesto de consumación del delito.

⁷⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch.

Un argumento a favor de la tentativa en este delito la encontramos en el hecho de que no sería lógico que el legislador sancione determinadas conductas, en relación con tales delitos, que no son más que actos preparatorios en el art. 400 CP y, sin embargo, quedarán impunes actos propios de ejecución, como es la tentativa, que suponen un paso más en el desarrollo del *iter criminis*. Lo que ocurre es que dichos actos son sancionados más gravemente que la tentativa por razones de política criminal dada su peligrosidad.

2.2.8. Aplicación al supuesto concreto

Los hechos en el presente dictamen también son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el artículo 392 en relación con el artículo 390. 1. 1º y 2 y 74 del CP.

La falsedad documental presupone la existencia de un documento verdadero que se altera o falsifica, convirtiéndolo así en falso.

Es obvio, porque así resulta del Código de Comercio y de la Ley específica que lo regula, que los cheques son documentos mercantiles.

El bien jurídico protegido por el delito de falsedad en documento mercantil lo constituye la confianza en dicho tráfico jurídico y la necesidad de dotar fluidez al mismo, de forma que las relaciones comerciales estén señaladamente amparadas por los principios de la buena fe y confianza.

El objeto material utilizado en este caso para la comisión del hecho delictivo es un cheque, con plena validez en el tráfico jurídico.

No puede negarse que se trata de un documento mercantil, puesto que el objeto material es un cheque, regulado por la Ley Cambiaria y del Cheque.

Asimismo, es innegable que se produce una falsificación del nombre de la persona a quien debía abonarse estas cantidades, en ningún momento es conocer ni autoriza el propietario del despacho profesional la firma de tales cheques, falsificando su firma. Es requisito imprescindible para la comisión del delito la falsificación de la firma del procurador para poder autorizar la salida de dinero de la cuenta y que, de haber sido otro el propósito de José Ignacio, éste no hubiera cumplimentado.

Se produjo una manipulación de los hechos, falsificando la firma en los cheques. El acusado creó el documento mercantil (cheques), falsificando la firma del procurador para el que trabajaba, con el fin de incorporar ese importe a su patrimonio.

Ninguna duda ofrece por tanto la falsificación apreciada en los documentos mercantiles (cheques), realizado de propia mano por el acusado, o que en realidad no es sino un acto más que integra el *modus operandi* de la finalidad de desposesión patrimonial del denunciante por parte del acusado.

Por tanto, como se ha razonado, la prueba practicada permite considerar acreditado, por una parte, que en el documento en cuestión (cuya naturaleza de documento mercantil no puede negarse) se había falseado el nombre de la persona a la que debía abonarse y el importe de dicho abono, y, por otra, que, con la presentación al cobro del cheque falso se realizara el acto de disposición patrimonial consiste en el abono de 132.467,50 euros en la cuenta de José Ignacio, fraudulenta finalidad lucrativa que, como se ha dicho, confirma el hecho de que, se elaboró el cheque con tal finalidad, estampando para ello el selo del despacho y falsificando la firma del procurador, requisito necesario para el abono en su cuenta.

No hay duda, por tanto, que estamos, en primer lugar, en presencia de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392.1 y 390.1.3º CP, delito instrumental para cometer el otro.

3.CONCURSO MEDIAL Y DELITO CONTINUADO

El delito de falsedad en documento mercantil, entendemos, a la vista de los hechos analizados se encuentra en una relación de concurso medial con el delito de apropiación indebida. A su vez se aprecia continuidad delictiva tanto en la apropiación indebida como en la falsedad, por ello se va a proceder a su estudio en los siguientes apartados.

3.1. CONCURSO MEDIAL

Nuestro Código Penal vigente se ocupa en la Sección Segunda del Capítulo II del Título III del Libro I, de unas reglas especiales para la aplicación de las penas, regulando la materia concursal en los arts. 73, 75, 76 y 77. La LO 1/2015 también ha introducido

novedades en la regulación de esta modalidad concursal, pero solo se ciñe a los efectos penológicos, no afectando su concepción.

Así dispone el art.77 CP:

“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

En el Derecho Penal, se conoce como concurso medial de delitos el supuesto en que el agente realiza varias acciones distintas que lesionan bienes jurídicos diversos, dando así lugar a la existencia de dos o más delitos, siempre que uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, debiendo entenderse tal necesidad (medio-fin) en un sentido objetivo, esto es, desconectada del plan o de los designios particulares del autor.

Una de las cuestiones más debatidas tanto por doctrina como jurisprudencia es la calificación de esta figura dentro del concurso ideal o, más bien, considerarlo como un concurso real.

La doctrina mayoritaria, de la que soy partidaria, se inclina por su entendimiento como un supuesto de concurso real, pero que hasta 2015 recibía el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal por sus particularidades. A mi juicio se trata de un concurso real al tratarse de una pluralidad de acciones en correspondencia a una pluralidad de delitos.

La STS de 15 de marzo de 1988 consideró que *”propiaamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal”*. En este sentido, el TS ha considerado alguna vez el concurso medial

como una “rara figura en nuestras leyes”, pero de aplicación inexcusable (SSTS de 29 de julio de 1998 y 19 de octubre de 2001).

Mismo criterio es el seguido por el TS en las sentencias de 25 de septiembre de 2008 y 30 de septiembre 2014, al afirmar que se trata de una figura compuesta por diversos hechos delictivos (pluralidad fáctica) en la que uno o varios hechos son medio necesario para cometer otro delito diferente.

3.1.1. Requisitos concurrencia concurso medial

La existencia de una dirección final de la voluntad es, pues, uno de sus requisitos esenciales; el otro, la necesidad medial ya que lo característico de este supuesto “especial” de concurrencia de infracciones es el carácter necesariamente instrumental de una de ellas, que debe ser el camino imprescindible para realizar la otra. Como elementos determinantes de esa “relación medio/fin”, es común exigir la presencia de requisitos objetivos y subjetivos⁷¹.

Entre los requisitos objetivos:

La jurisprudencia siempre ha interpretado el concurso medial en el sentido de que la exigencia legal de que uno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro, no se satisface con la mera existencia de esa conexión medio-fin en la mente, la voluntad, la conveniencia el autor o la facilidad que represente su comisión. La calificación de la clase de concurso no puede depender de la decisión del sujeto activo, sino de criterios objetivos. Por ello, se exige una conexión objetiva que se deduce de la exigencia de “necesidad” o de “medio necesario” .

La STS de 11 de abril de 2014 establece que *“la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso (..), pues el Código exige que la relación entre lo delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes”*.

La STS de 9 de octubre de 2002, afirma en los mismos términos que, *“la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los*

⁷¹ MAQUEDA ABREU, M. y. (2017). *El Derecho Penal en Casos Parte General . Teoría y Práctica*. Valencia : Tirant lo Blanch.

diferentes hechos delictivos” aunque “tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea”.

Por su parte, la sentencia del Alto Tribunal de 19 septiembre de 1996 señala al respecto que *“el concurso medial que se contempla parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa -Sentencias de 25 mayo 1990 (RJ 1990\4202), 15 abril y 7 julio 1992 (RJ 1992\3059 y RJ 1992\6142)-. El "medio necesario" a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal -expone la Sentencia de 9 febrero 1990 (RJ 1990\1361)- no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual”*. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (en su sentencia de 2 de marzo de 1998).

Es decir, suele requerirse una cierta y lógica conexión temporal y espacial entre las infracciones concurrentes, así como una relación de idoneidad para conseguir el fin propuesto. Por infracción “necesaria” debe entenderse la que es precisa, indispensable, de acuerdo con las circunstancias concretas y la forma en que realmente ocurrieron los hechos, para posibilitar la realización de la otra infracción que se pretende, no bastando el plan subjetivo del autor ni la mera conveniencia ni la mayor facilidad para la comisión del delito. En este sentido, las SSTS 12 de diciembre de 2002 y 3 de febrero de 2003 niegan la relación de necesidad y afirman la de contingencia en la usurpación de función en un delito de agresión sexual y en un caso de detención ilegal respectivamente. Cabe excluirla igualmente, según la Circular 4/2015 de la FGE, en casos de apoderamiento de un vehículo de motor (hurto) para facilitar la práctica de un robo violento o de un delito de tenencia ilícita de armas para favorecer un homicidio.

En todo caso, el requisito de que el primer delito sea medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo⁷².

A efectos de prescripción, debe recordarse que cuando conjuntamente se enjuician varios delitos se aplica a todos el plazo del más grave⁷³, lo que se ha declarado en concreto respecto del concurso medial (STS de 14 de mayo de 2009 y 7 de enero de 2013).

Requisito subjetivo:

Por otra parte, la idea de fin sugiere una preordenación de las infracciones realizadas y, por tanto, un nexo psíquico entre ellas. Es el complemento subjetivo indispensable que requiere que la ideación sea anterior a la comisión del delito-medio y que la conexión con el delito-final sea dolosa⁷⁴.

3.1.2. Límites penológicos/tratamiento punitivo

La reforma del Código Penal de 2015 modificó, entre otros, el artículo 77 del CP⁷⁵, En concreto, modificó el régimen punitivo del concurso medial, quedando redactado de la siguiente manera: “ *se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos*”. Y, añade que, “ *dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 ; en todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior*”.

El legislador pretende romper con el sistema precedente y deja sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos⁷⁶.

⁷² Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado en relación con la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

⁷³ STS de 12 de septiembre de 2005.

⁷⁴ MAQUEDA ABREU, M. y. (2017). *El Derecho Penal en Casos Parte General . Teoría y Práctica*. Valencia : Tirant lo Blanch.

⁷⁵ La redacción finalmente aprobada coincide con la del Anteproyecto de 2012, con la única salvedad de que en éste no se contenía el límite de que la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el art. 76 CP.

⁷⁶ El Anteproyecto de 2012 establecía en su Exposición de Motivos una explicación a dicha modificación: “*se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de (...) concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad (...) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos*”.

Así, incorpora una nueva respuesta penológica mucho más severa: se aplicará la pena superior a la de la infracción más grave, hasta la suma de las que le hubiera correspondido a todas las comeditas por separado⁷⁷.

Ante esta novedad en el tratamiento punitivo del concurso medial, tanto la Fiscalía General del Estado como el TS han establecido algunas precisiones en cuanto a su significado (SSTS de 30 de diciembre de 2015, de 28 de enero de 2016), de 27 de julio de 2016 y de 12 de enero de 2017).

Afirma la FGE en su Circular de fecha 13 de julio de 2015 que el legislador diseña un sistema que *“pivota entre una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Una vez establecido el mínimo y el máximo, este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del art. 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo concursal”*.

Asimismo, debe determinarse que quiere decir el art. 77.3 CP cuando establece que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso.

Las operaciones para concretar la pena en este tipo de concurso, de acuerdo con la FGE, sería el siguiente:

“La primera operación es la de seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al art. 33 CP. En el caso de que todas las penas sean de igual gravedad, cabe optar por cualquiera de ellas. Para determinar cuál de los delitos es “la infracción más grave”, habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación (arts. 62 y 63 CP), en cuanto constituyen -según cualificada doctrina- formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas, así como las eximentes incompletas (art. 68 CP), y el error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal aplicable al delito.

⁷⁷ ORTS BERENGUER, E. y. (2019). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. Valencia : Tirant Lo Blanch .

Dentro de este marco, la tarea de concreción de la pena se completará mediante la aplicación de todas las reglas del art. 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común. En todo este trabajo de individualización de la pena se atenderá exclusivamente a las circunstancias concurrentes en el delito más grave, sin entrar a valorar, de momento, las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañaron a la comisión del otro delito en concurso

La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el umbral de esa pena única que el precepto analizado destina a abarcar el completo desvalor de los delitos concurrentes.

Definido el umbral de la sanción aplicable al conjunto de las infracciones, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables.

Determinados ya techo y suelo, el siguiente paso previsto en la norma es la individualización final de la pena “dentro de estos límites” y “conforme a los criterios expresados en el artículo 66” según su tenor literal. El mandato de operar dentro de los límites les confiere un carácter infranqueable, lo que permite afinar el sentido que ha de otorgarse al segundo inciso, que no alude a las “reglas” del artículo 66, sino a sus criterios o fórmulas de moderación equitativa. En esta segunda fase, se ponderarán de modo conjunto las circunstancias concurrentes en ambos delitos para delimitar la pena que habrá de abarcar el desvalor de ambas conductas, aunque sin posibilidad de traspasar, sea por elevación, sea por degradación, los límites definidos por la previa aplicación de las reglas de los arts. 61 a 72 CP a la infracciones en concurso.

La concreta pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes. Este incremento punitivo habrá de definirse, respetando el principio de proporcionalidad, valorando la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del art. 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes.

Habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del art. 66.1.6ª (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habría de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal.

Siempre habrá de operarse con tres límites: 1) la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave; 2) la pena final no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos y 3) la pena final no podrá exceder del límite de duración previsto en el art. 76.

Cuando las penas imponibles por los delitos que integren el concurso medial sean penas heterogéneas (un delito sancionado con prisión y el otro con multa) el tope mínimo se cifrará en la pena concreta que correspondería al delito sancionado con prisión y el tope máximo se integraría por las penas concretas que corresponderían al delito sancionado con prisión y al delito sancionado con multa”.

Por tanto, esta nueva regla penológica obliga a formar un marco penal que oscila desde día de la pena más grave ya individualizada (límite mínimo), hasta la suma de las que le hubiera correspondido a todas las cometidas por separado (límite máximo). Después, una vez formada esta nueva pena, llamada pena síntesis, existen dos posiciones. Una primera que sugiera que dentro de este marco, se aplican de nuevo las reglas del art. 66, con lo que provocaría un doble efecto del citado precepto (GUARDIOLA GARCIA). Conforme a la segunda, asumida por la Circular 4/2015 de la FGE, en la operación de individualización final, ya no se volverían a aplicar las reglas del art. 66.1, sino únicamente los criterios generales de la individualización judicial: circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6°).

El TS ha estimado que el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo. El límite mínimo no se refiere a la pena “superior en grado” de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso será la de cinco años y un día. El límite máximo de la pena procedente para el concurso no podrá exceder de “la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito”. Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art. 66 CP, pero ya no deberíamos tenerlas en cuenta como reglas dosimétricas del art. 66, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, en caso de hacerlo, se incurriría en un “bis in idem” prohibido en el art.67; deben tomarse en cuenta los criterios general del art. 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo (SSTS 30-12-2015 y 17-1-2017).

Así, en cuanto al límite mínimo sostiene que “ *no se refiere a la pena superior en grado de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día*”. Por su parte, en cuanto al límite máximo afirma que este “ *no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito. Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima*”. Además, deberán tenerse en cuenta las reglas generales del artículo 66 –Cfr. Circular 4/2015-.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 863/2015 (Sala de lo Penal), 30 de diciembre.

DETERMINACIÓN DE LA PENA CON EL NUEVO SISTEMA PUNITIVO DEL CONCURSO MEDIAL.

TRIGESIMOTERCERO

Como hemos señalado el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.

El límite mínimo no se refiere a la pena “superior en grado”, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena que correspondería tomando en consideración las circunstancias

concurrentes e incluso los factores de individualización punitiva, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día.

El límite máximo de la pena procedente por el concurso no podrá exceder de la “suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito”. Es preciso determinar, en consecuencia, la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP , debiendo tomarse en consideración, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, que en ese momento ya no debemos tener en cuenta las “reglas dosimétricas” del artículo 66 CP , que ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo por lo que, caso de hacerlo, se incurriría en un “bis in ídem” prohibido en el artículo 67 CP . Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado, por ejemplo, el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada dos veces.

Competencia objetiva para concurso medial:

Dadas las reglas para el cálculo de la pena, surge también la duda de quién es el tribunal objetivamente competente para enjuiciar esta cuestión. Dicha cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2018.

El Ministerio Fiscal, recurrente en casación, sostiene en ella que es la Audiencia Provincial la competente para conocer los hechos enjuiciados, porque dada la nueva redacción del artículo 77.3 del Código Penal, la pena en abstracto a imponer en los casos de concurso medial es una pena de nueva construcción, resultante de la suma de las penas de los delitos de que se acusa, establecidas por separado. Dado que la estafa (art. 249) se encuentra penada con una pena de prisión de seis meses a tres años, más multa y la revelación de secretos (art. 197.1), con una pena de prisión de uno a cuatro años, más multa, resultaría que el límite máximo de las penas en abstracto a imponer sería la suma de las penas correspondientes a los dos delitos, lo cual podría dar lugar a la imposición tras el juicio oral, de la pena de hasta siete años de prisión y multa. Todo ello al margen de que en las conclusiones provisionales del Fiscal hubiese solicitado una pena inferior a los cinco años de prisión.

Sin embargo, el Alto Tribunal resuelve la cuestión en favor del Juzgado de lo Penal para lo cual recuerda que, la atribución competencial no viene determinada por las penas a imponer, sino por razón de los delitos a enjuiciar, que ahora sí, se concretan por la previsión abstracta de la pena fijada en el tipo. Y tomando como base un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la misma Sala de fecha poco anterior a la de la sentencia (12 de diciembre de 2017) declara que: “ *En caso de concurso medial , cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no supere los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal*”.

Así pues, la competencia conferida al Juez Penal no imposibilita la imposición de penas superior a cinco años, sino enjuiciar delitos cuya pena abstracta de prisión exceda de cinco años. Nada obsta, por tanto, que como consecuencia de un concreto concurso medial o real, la pena privativa de libertad que imponga el Juez de lo Penal sea superior a aquella de cinco años.

3.2.CONTINUIDAD DELICTIVA

3.2.1. Concepto y requisitos

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito.

Por lo tanto, estamos hablando de una pluralidad de acciones que individualmente son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes, pero que desde una perspectiva de la antijuridicidad se presentan como una infracción unitaria.

Los requisitos del delito continuado, establecidos jurisprudencialmente, por ejemplo, en la STS de 22 de marzo de 2019 , o en la reciente STS de 7 de octubre de 2021, son:

- Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de «hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión», por ello «esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos», ya que «en estos la acción es única aunque los delitos sean plurales;

aqué las acciones son plurales pero el delito se valora como único», es decir, una pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables.

- Identidad de sujeto activo, aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (STS. n.º 409/2018, de 18 de septiembre,

- El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice «*en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*». Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de «*una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos*»; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace «caer» al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

- Homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito. Las distintas acciones deben llevarse a cabo utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

- El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

- Una cierta conexidad espacio-temporal, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

El delito continuado se encuentra regulado en el Código Penal, Título III (de las penas) Capítulo II (de la aplicación de las penas), Sección 2ª (reglas especiales para la aplicación de las penas), artículo 74⁷⁸.

⁷⁸ La reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no modificó el art. 74 y olvidó eliminar la mención de la «falta», categoría suprimida por dicha reforma. Lógicamente, debe darse por suprimida.

3.2.2. Regulación

Concretamente, el tipo básico de “delito continuado” es el que aparece definido en el primer párrafo del recién mencionado artículo 74 del Código Penal: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”*.

La primera regla (art. 74,1 Cp) se destina al delito continuado en general. Según ella, se aplica la pena de la infracción más grave en su mitad superior y, además, se faculta al juez o tribunal para imponer hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Por infracción más grave entendemos aquella que lleva aparejada una pena más grave según lo establecido en el artículo 33 del Código Penal. Cuando son penas de igual gravedad se puede optar por cualquiera de ellas.

Estamos ante una agravación de la pena alternativa, que el tribunal deberá motivar necesariamente por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de las sentencias, es decir, debe de estar debidamente argumentada y fundada en la gravedad de los hechos.

El Tribunal Supremo ha recogido que el precepto establece como necesaria una agravación de la pena típica consistente en la mitad superior de la que esté señalada para el delito más grave, fijando además una exasperación facultativa que consiste en llevar el límite superior de la pena hasta la mitad de la pena superior en grado (STS n.º 1367/2011 de 20 de diciembre,), indicándose que la opción que el tribunal realice por esta extensión superior deberá ser, por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de la sentencias, debidamente argumentada y fundada en la gravedad de los hechos (STS de 23 de enero de 2017).

La citada sentencia del Tribunal Supremo recoge que:

«La gravedad de los hechos a estos efectos, no viene marcada por la naturaleza del bien jurídico atacado o por el modo en que se despliega la agresión, pues ambos elementos están ya contemplados en la pena prevista por el legislador para cada uno de los delitos que se integran en la continuidad delictiva», si no que «la aplicación del límite superior de la pena resulta procedente cuando las concretas acciones que se suman en el delito continuado o el resultado en el que desembocan, desborda el marco de reproche previsto

por el legislador para los distintos comportamientos individuales; esto es, cuando, observando la intensidad con que resienten el orden penal el conjunto de acciones enjuiciadas y evaluando en qué medida sobrepasan el daño inherente a cada uno de los comportamientos que se integran, se concluye que el límite máximo de la pena prevista para el delito más grave, no guarda correspondencia con el comportamiento que se enjuicia, bien porque hay procederes individuales que serían merecedores por sí mismos de la máxima punición, bien porque la homogeneidad, el número o la gravedad de los comportamientos ilícitos que se acumulan o reiteran, muestran la insignificancia del reproche a la reiteración delictiva si todos los comportamientos se sancionaran globalmente con la pena prevista para el delito más grave, por más que la pena se exacerbara hasta su máxima extensión».

En el caso de que las distintas acciones ilícitas que conforman el delito continuado se cometan bajo la vigencia de diferentes leyes, se estará a lo dispuesto en el art. 7 del CP que determina la validez temporal de la ley penal, entendiendo que el delito continuado se consuma cuando se ejecuta la última acción que configura el complejo delictivo que se constituye en un ilícito penal por la conjunción de las distintas acciones que lo integran, aún en el caso de que la ley que rige después del comienzo de ejecución fuera más grave, ya que no existiría ninguna justificación para beneficiar al autor, que a pesar del incremento de la amenaza penal, no cesó en sus actos.

Dispone el art. 74.2 CP que *“Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”*.

La segunda regla (art. 74,2 Cp) se destina a las infracciones patrimoniales y es aplicable tanto al delito continuado como al delito masa). La pena por delito continuado se verá agravada en los casos de infracciones contra el patrimonio, si así lo considerara el Juez pertinente:

Según dicha regla, la pena se impondrá teniendo en cuenta el «perjuicio total causado», lo que significa que deben sumarse las cuantías de todas las infracciones aisladamente consideradas.

La agravación del artículo 74.1 del CP solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 del CP ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La mención a los hechos de notoria gravedad que perjudiquen a una generalidad de personas se corresponde con el delito masa, caso en que la pena es más grave porque se impone la pena superior en uno o dos grados.

La jurisprudencia (STS 1510/2002, de 24 de septiembre) considera que en el delito continuado sólo es obligatorio imponer la pena en su mitad superior (regla 1ª) cuando no se trata de infracciones patrimoniales.

En cambio, cuando en las infracciones patrimoniales (regla 2ª) la suma de cuantías provocaba que las faltas se convirtieran en delito continuado (lo que se conoce como salto de tipo), no debe aplicarse la pena en su mitad superior, ni la inferior de la superior en grado, para evitar el bis in idem (STS 1558/2002, de 23 de septiembre).

Por último, el apartado 3 del art. 74 CP parte del principio general de que las reglas anteriores no son aplicables a los delitos contra bienes eminentemente personales (por ejemplo, la vida o la salud), pero añade la salvedad de que —según la naturaleza del hecho y del precepto infringido— puede apreciarse la continuidad delictiva en los delitos contra el honor, la libertad o la indemnidad sexual cometidos contra un mismo sujeto pasivo. Así, el delito continuado se aplica a casos de abusos sexuales continuados en el tiempo⁷⁹.

Por otro lado, el delito continuado no es aplicable a los delitos culposos, solo se puede aplicar a los delitos dolosos. Además, solo puede aplicarse a las infracciones no enjuiciadas.

3.3. Aplicación de la continuidad delictiva y del concurso ideal al caso concreto

Ambos delitos son desarrollados por un periodo continuado de tiempo, se aprecia la figura de la continuidad delictiva. El investigado movido por el ánimo de ilícito enriquecimiento, aprovechó las funciones que tenía encomendadas para emitir durante los años 2017 y 2018 numerosos cheques a su propio nombre en los que había estampado el sello del despacho profesional del Procurador

En los hechos puede apreciarse una homogeneidad, tanto en la apropiación como en falsedad, puesto que responder a un único plan, no puede condenarse por delitos separados puesto que resultan difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo

⁷⁹ “Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

unitario, cuya meta se trata de conseguir aprovechando una idéntica ocasión, como exige el art. 74 CP, por lo que debe apreciarse la continuidad delictiva.

Ningún problema jurídico plantea la continuación delictiva en cuanto a la falsedad documental, primero, porque las falsificaciones relatadas, ni si quiera se realizaron en un solo acto (cobra los cheques en días distintos), pero aunque lo hubiera hecho en un solo acto, la STS de 10 noviembre 2005, califica la confección o falsificación de cheques en un solo acto como delito continuado pues se están generando diferentes documentos falsos, con vida propia y autónoma cada uno de ellos en el tráfico mercantil y por ello, otras tantas agresiones al bien jurídico digno de protección que se deben configurar como pluralidad de hechos delictivos como requiere el mencionado artículo 74.1 del Código penal .

No estamos ante una pluralidad de tipos básicos, sino ante un conjunto de acciones

Nos encontramos ante un concurso medial de delitos al ser la falsificación del cheque elemento necesario para cometer el otro, es decir, para aumentar su patrimonio ilegítimamente en perjuicio del procurador para el que trabajaba. Concorre una cierta y lógica conexión temporal y espacial entre las infracciones concurrentes, así como una relación de idoneidad para conseguir el fin propuesto. D. Jose Ignacio hacia suyo el dinero proveniente de los clientes a través de la emisión de cheques falsos.

Es el complemento subjetivo indispensable que requiere que la ideación sea anterior a la comisión del delito-medio y que la conexión con el delito-final sea dolosa

La mencionada relación debe reconducirse al concurso de normas ya que la apropiación indebida exige el ánimo de perjudicar a otro, no resolver la concurrencia de ambos delitos con un concurso de leyes "supondría una duplicidad o superposición. No obstante, no estamos ante un concurso de normas sino ante un concurso medial de delitos.

Cabe señalar que el delito de falsedades tiene un carácter casi siempre instrumental, lo cual significa que se utiliza con mucha frecuencia para perpetrar otros delitos. De este modo, es usual que se acompañe, en concurso medial (art. 77) a delitos de naturaleza patrimonial (estafas y apropiación indebidas), contra la Hacienda Pública y también contra la administración pública (prevaricación, cohecho y malversación de caudales públicos).

Lo más habitual es utilizar la falsedad documental para perpetrar delitos de estafa y apropiación indebida, como ocurre en el supuesto estudiado.

La conducta de cometer falsedad (arts. 390 y 395) absorbe a la de hacer uso del documento falsificado (arts. 393 y 396). De tal suerte que ésta última sólo podrá apreciarse en los supuestos en los que el sujeto no ha llevado a cabo la acción falsaria.

La falsificación del cheque ha sido el medio necesario para la comisión de la apropiación indebida y que, la posesión originariamente legítima se torna en indebida al disponer del dinero como propio, y sin que la posterior devolución o reintegro de las cantidades indebidamente apropiadas tenga relevancia alguna respecto a la consumación del ilícito; perteneciendo a la fase de agotamiento del delito cuál sea el destino final de la cantidad.

4. CONCLUSIONES

PRIMERO.- Estamos ante una conducta que resulta encuadrable en el delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal hoy en vigor, pues el criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal sigue centrándose en la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular en el caso de la apropiación indebida, y el mero acto abusivo con aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos, en el caso de la administración desleal (STS de 13 de julio de 2015 y de 9 de septiembre de 2016), reflejando claramente el relato fáctico de los hechos probados, que se ubica en el primero de los supuestos.

Entiendo que la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece, como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia en la reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo del delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida engloba los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253 (sentencia 515/2019 entre otras).

Para concretar este tipo penal resulta ilustrativo el auto del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 , que precisa que los elementos del tipo objetivo que requiere el delito de apropiación indebida cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles son:

a) D. Jose Ignacio recibe el dinero en virtud de las facultades de gestión de la cuenta bancaria que le fue otorgada para el desempeño de su puesto de trabajo, por tanto, lo recibe en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega.

b) El autor ejecuta un acto de disposición sobre el dinero que resulta ilegítimo, excediéndose de las facultades conferidas por el título de recepción, y abusando de la confianza que su empleador había depositado en él, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado;

c) Como consecuencia de ese acto se causa un perjuicio al despacho profesional, lo cual ordinariamente supuso una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

El perjuicio típico consiste en la pérdida por parte del dueño del valor económico de la cosa que tiene como contrapartida el enriquecimiento del sujeto activo por la incorporación a su patrimonio de ese valor.

En relación a los elementos del tipo subjetivo, no hay duda de que D. Jose Ignacio se ha excedido de sus facultades con sus actos y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado de apropiación indebida, previsto y penado en los artículos 252 en relación con el 250.3 del Código penal, al concurrir en el presente caso todos los requisitos del mismo.

SEGUNDO.- Concluimos igualmente que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de otro delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular del art. 392.1 del Código Penal en relación con el art. 390 del mismo cuerpo legal.

Comete el delito falsedad en documento mercantil el particular que altere un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, simule un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad o suponga en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las

que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Por tanto, tenemos que partir de la existencia de un documento verdadero, entendiendo por tal el recogido en el art. 26 CP, según el cual, *“a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*.

En el caso concreto, el documento objeto de falsificación es un cheque, por lo que resulta innegable su carácter mercantil. Aludiendo a la jurisprudencia antes mencionada, que son documentos de comercio todos aquellos que consignan un acto o derecho de naturaleza mercantil, como las letras de cambio, los cheques, pagarés u otros títulos valores, etc.

A partir del Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999, la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene adoptando un concepto amplio de autenticidad, incluyendo tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad) como los de formación de un documento esencialmente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva). En ambos casos hay simulación debido a los efectos del art. 390.1.2º Código Penal (sentencia de Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020). Esta misma resolución insiste en el consolidado criterio jurisprudencial de que *“ la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º Código Penal de modo que, según la doctrina de la Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno.”*

D. Jose Ignacio, a través de la creación de un cheque ex novo, con el objeto de integrar a su patrimonio dinero perteneciente de su empleador, introduce un documento en el tráfico jurídico, produciendo la quiebra de la confianza en la autenticidad del documento y en la veracidad de su contenido probatorio.

En todo caso, podemos determinar lo siguiente partiendo del estudio del comportamiento típico en los delitos de falsedades realizado en la parte expositiva:

- A través del comportamiento de D. Jose Ignacio, entra en el tráfico jurídico un documento, que aparentemente es legítimo y verdadero, con el objeto de inducir y producir efectos jurídicos. Por tanto, concurre el requisito de presentar capacidad objetiva para inducir a error en el tráfico jurídico, estando destinado a entrar en circulación el cheque.
- Por otro lado, la falsedad incide sobre aspectos esenciales del cheque, alterando la firma y el importe a percibir.

En cuanto al elemento subjetivo de este ilícito penal, la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es.

En este caso, sí que se consigue el fin pretendido, que es producir un incremento en su patrimonio ocasionando un perjuicio al procurador, realizando dicho acto de forma consciente, siendo su voluntad falsificar el cheque para conseguir dicho objetivo. Señala la jurisprudencia señala (sentencia del Tribunal Supremo 338/2019) que gozan de tal naturaleza todos aquellos documentos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos y obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos, manteniéndose en la actualidad un concepto amplio de documento que no se reduce a los expresamente establecidos en el Código de Comercio) y en la legislación mercantil.

Por tanto, es autor del mismo D. Jose Ignacio al ser quien realiza materialmente la alteración del documento, a creación de cheques falsos, estampando el sello del despacho y falsificando la firma del procurador,

TERCERO.- Estos delitos se aprecian además con el carácter de continuado, que nace de una pluralidad de acciones que, individualmente contempladas, son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes, pero que, desde una perspectiva de antijuricidad material, se presentan como una infracción unitaria, concurriendo todos los requisitos que el Tribunal Supremo exige para su existencia:

1.- Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de "hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión.

2.-Una cierta conexidad temporal dentro de esa pluralidad, no debiendo desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

3.- El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

4.-Homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

5.-El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico.

6.-Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones "fraccionadas" aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo.

Así en el caso que nos ocupa, el acusado hizo suyo y destinó el dinero del procurador para sus propios fines, utilizando los recursos ajenos en su propio provecho y beneficio exclusivo, extendiéndose esta conducta durante dos años, y llevándose a cabo a través de la falsificación de cheques y por diferentes cantidades cada vez.

Esta acción se desarrolla durante los años 2017 y 2018, por tanto, estamos ante un delito continuado, al existir unidad de acción. No estamos ante varios delitos, sino que lo relevante es que desempeñaba ese puesto de trabajo con esas facultades de administración y gestión, y durante el tiempo que lo ostentó, la falsedad de los cheques y el desvío de fondos a la cuenta de su propiedad presenta unidad de acción.

El acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 proclamó que : *"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración"*.

CUARTO.- Resulta frecuente el concurso de estas dos figuras delictivas, dando lugar a un concurso de delitos. Concretamente a un concurso medial, ya que el delito de estada es cometido para poder cometer el de apropiación indebida.

En este caso se aplica el punto 3. del artículo 77 CP: «En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

QUINTO.- Del expresado delito es responsable criminalmente en concepto de autor del número primero del art. 28 del Código Penal el acusado, por su participación material, directa y voluntaria en los hechos que lo integran.

Por tanto, en materia de autoría y participación estos delitos no presentan particularidad alguna.

No hay especialidades en materia de autoría y participación en este delito, salvo la especial condición del sujeto activo del delito que es además poseedor de la cosa (delito especial).

Concurre en el investigado la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal.

SEXTO.- Respecto de la apropiación indebida, el art. 253 CP se remite al régimen penológico de la estafa, contenido en los arts. 249 y 250 CP, con lo que se incluye la aplicación también de la regla específica de determinación de la pena del art. 249 CP.

Respecto a la falsedad, debemos acudir al art. 392 CP, que castiga, en primer lugar, con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses al particular que cometa las falsedades consistentes en alterar alguno de los elementos esenciales del documento, simularlo el mismo de manera que induzca a error sobre su autenticidad o, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Por otro parte, en su apartado segundo hace referencia a aquel que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. En este caso, se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses.

Resulta imprescindible a la hora de determinar la penalidad concreta de este delito, el hecho de que estamos ante un concurso medial. El art. 77 CP determina que “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos” . Y, añade que, “ dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 ; en todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

Para ello, deberán tenerse en cuenta los criterios establecidos por la FGE en su Circular de fecha 13 de julio de 2015, anteriormente expuestos que establece que, en todo caso, se hace referencia a la pena concreta, por lo tanto, individualizada, no a la pena en abstracto y no podrá superarse la pena que correspondería a la imposición separada de ambas (una vez concretadas cada una de ellas), que sería el resultado de sumar ambas penas.

Como el delito continuado viene a añadir un plus, una agravación sobre la agravación del art. 250.6, si la conducta del acusado ha de considerarse como delito continuado, por darse las características definidas en el art. 74 y más concretamente en su ordinal 2º (delitos económicos) la propia agravación que conlleva ha de excluir la penalización del delito a través del art. 250.6 CP. y aplicarse el art. 249 que en concurrencia con la continuidad delictiva, constituye la vía idónea para la presunción de la conducta del Sr. Joaquín

La apreciación de la continuidad delictiva puede implicar la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de la especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, pues ello podría originar una doble pluralidad agravatoria derivada de un mismo hecho por lo que resultaría vulnerado el principio "non bis in idem", art. 74.2 y 250.1.6º.

Las SSTS 27 de junio de 2002 y 6 de noviembre de 2001 han examinado la cuestión suscitada por el recurrente y declaran que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo del delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. El problema aquí planteado, en realidad, niega esta premisa. Se trata de una cuestión que ha sido también

objeto de decisiones de esta Sala en las que hemos excluido toda infracción del principio non bis in ídem.

La razón es clara, el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 CP. referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que han lugar a una unidad jurídica específica.

En virtud de todo lo anterior, procedería condenar a D. Jose Ignacio como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 del Código Penal en relación con los artículos 390.1. 1º y 2º y 74 del mismo cuerpo legal, en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida del artículo 253.1 en relación con los artículos 250.1. 5º y 74 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión y multa de ocho meses.

SÉPTIMO. A tenor del art. 101 del Código Penal, todo responsable criminal de un delito o falta lo es también civilmente, en la medida y por los conceptos que se determinan en sus arts. 110 y siguientes.

El autor percibió un total de 162.273,26 euros.

La cantidad determinada como responsabilidad civil devengará el interés legal previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta que el pago se realice, como interesa la acusación particular, y ello porque la acción civil "ex delicto", como es notorio, no pierde su específico carácter civil por el hecho de ejercitarse ante al jurisdicción criminal (arts. 109 y ss. CP y arts. 100, 108, 112, 114, 116 y 117 LECr. De ahí que, en lo que no sea específico de dicha acción, le sean de aplicación las normas del Código Civil (LEG 1889, 27) referentes al "responsabilidad civil".

Por ello, partiendo de que el art. 109 CP establece que al responsabilidad "ex delicto" comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, la responsabilidad civil inherente al tipo de delito patrimonial imputado debe reconducirse a la modalidad de la "indemnización" (art. 113 CP), en relación con la cual -y

por las razones ya expuestas- es preciso acudir a las normas del Código Civil, cuyo art. 1108 dispone que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistiría en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenido, en el interés legal".

5. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2016). "Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)". *La ley digital* N° 5974, 2016).

ARROYO DE LAS HERAS, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch.

BOIX REIG, J. (2020). *Derecho penal, parte especial. Delitos económicos* (Vol. II). Madrid : Iustel.

BORJA JIMÉNEZ, E. e. (2009). *Diccionario de derecho penal económico* . Madrid : Iustel.

CARRARA. (1978). *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* (Vol. VII). Bogotá: Temis.

CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (1983). *Ventas a plazos y apropiación indebida* . Madrid : Bosch.

CASTRO MORENO, A. e. (2016). *Comentarios Prácticos al Código Penal* . Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters .

DE LA MATA BARRANCO, N. (1994). *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)* . Barcelona : PPU.

DELGADO SANCHO, C. (2018). "La falsedad documental: clases de documentos y tipos". *Revista Aranzadi Doctrinal* N°5, 2018.

GILI PASCUAL, A. e. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. (2004). "Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la jurisprudencia". *Actualidad jurídica Aranzadi* N° 608, 2004.

- GONZÁLEZ RUS, J. e. (2005). *Derecho Penal español, Parte especial*. Madrid : Dykinson.
- GROIZARD. (s.f.). *Código Penal de 1870 concordado y comentado*.
- LAGOS, N. (1949). Perfiles de la fe pública. *Anuario de Derecho Civil*(1).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015). *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las solvencias punibles*. Navarra: Thomson Reuters Proview.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (1998). *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*. Madrid : Civitas.
- MAQUEDA ABREU, M. y. (2017). *El Derecho Penal en Casos Parte General*. Teoría y Práctica. Valencia : Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal : parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, R. (1949). *Derech penal. Parte especial* (Vol. II). Madrid : Gráfica Administrativa .
- ORTS BERENGUER, E. y. (2019). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. Valencia : Tirant Lo Blanch .
- PALOS, D. (1962). "El delito de falsedad documental". *RJCat* N°1, 1962.
- PÉREZ MANJANO, M. e. (1998). *Compendio de Derecho Penal (parte especial)* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. Navarra: Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi.
- ROCA DE AGAPITO, L. c.-C. (2011). *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*.
- SAINZ PARDO CASANOVA, J. (1978). *El delito de apropiación indebida*. Barcelona : Bosch.
- SANZ MORAN, A. (2021). "Los Delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* N°4, 2021
- SILVA SÁNCHEZ, J. (. (2019). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Atelier.
- VIVES ANTÓN, T. G. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

6. RELACIÓN DE SENTENCIAS

- Sentencias del Tribunal Supremo

| | |
|---------------------------------|---------------------------------|
| STS de 5 de julio de 2007 | STS 22 de marzo de |
| STS de 9 de octubre de 2008 | STS de 9 de octubre de 2008 |
| STS de 26 de febrero de 1998 | STS de 19 de junio de 2007 |
| STS de 29 de julio de 2009 | STS de 8 de julio de 2008 |
| STS de 26 de enero de 2016 | De 24 de junio de 2008 |
| STS de 30 de marzo de 2016 | STS de 28 de marzo de 2012 |
| STS de 9 de septiembre de 2016 | STS de 26 de enero de 2016 |
| STS de 21 de mayo de 1993 | STS de 9 de septiembre de 2016 |
| STS de 15 de febrero de 2018 | STS de 15 de febrero de 2018 |
| STS de 9 de febrero de 2017. | STS de 4 de febrero de 2003 |
| STS de 31 de mayo de 1993 | STS de 13 de diciembre de 2016 |
| STS de 17 de febrero de 2015 | ATS de 1 de febrero de 2007 |
| STS de 6 de marzo de 2001 | STS 11 de marzo de 2010 |
| STS de 23 de octubre de 2014 | STS de 25 de enero de 2006 |
| STS de 29 de enero de 2015 | STS de 10 de junio de 2020 |
| STS de 23 de junio de 1988 | STS de 4 de diciembre de 2019 |
| STS de 25 de septiembre de 2008 | STS de 21 de septiembre de 2010 |
| STS 30 de septiembre 2014 | STS de 23 de julio de 2014 |
| STS de 19 septiembre de 1996 | STS de 17 de abril de 2006, |
| STS de 2 de marzo de 1998. | STS de 9 de diciembre de 2004 |
| STS de 30 de diciembre de 2015 | STS de 2 de noviembre de 2004 |
| STS de 19 de enero de 2018 | STS de 5 de junio de 2017 |
| STS de 12 de diciembre de 2017 | STS de 27 de marzo de 2018 |
| STS de 12 de mayo de 2009 | STS de 2 de julio de 2015 |
| STS de 21 de diciembre de 2012 | STS de 16 de julio de 2015 |

STS de 3 de abril de 2002

STS de 27 de octubre de 2009

STS de 24 de junio de 2014

STS de 4 de junio de 2002

STS 9 marzo 2007;

ATS de 22 febrero 2006

STS de 11 de junio de 2013

STS 16 de marzo de 2006

STS de 30 de octubre de 2007

STS 16 de junio de 2014

SSTS de 2 de abril de 2013

STS de 17 de abril de 2015

STS de 11 de abril de 2014

STS de 9 de octubre de 2002

STS de 14 de mayo de 2009

STS de 7 de enero de 2013

STS de 7 de octubre de 2021

- Acuerdos pleno no jurisdiccional del TS

Acuerdo plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2017

Acuerdo Pleno sala segunda TS de 25 octubre 2005

Acuerdo Plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30 de octubre de 2007

- Circulares de la Fiscalía General del Estado

Circular FGE 4/2015

Circular FGE de fecha 13 de julio de 2015

Circular FGE de 2 de diciembre de 1988