

Francisco Muñoz Conde

Declaro Perdon,

parte especial

15º ed. revisada y puesta al día 2004

### CAPÍTULO XIX

#### B) Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones del fluido eléctrico y análogos

**Bibliografía:** Sobre la situación anterior al Código penal de 1995: ANTON ONECA, *Estafa*, NEJ IX, 1958; ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones)*. La teoría de la frustración del fin, ADP 1993; el mismo, *Estafa común y fraude de subvenciones*, en *Jornadas Tiedemann*, Madrid 1995; BACIGALUPO ZAPATER, *Estafa y abuso de crédito*, La Ley 1983; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados*, PJ núm. especial IX, 1989; BAJO FERNÁNDEZ, *Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales*, ADP 1977; el mismo, *Cláusulas contractuales abusivas que conducen por propia voluntad de la víctima a facilitar estafas atípicas*, RDP 1977; el mismo, *La llamada letra de colación y el delito de estafa*, RDP 1978; el mismo, *El delito de estafa*, en *Comentarios a la legislación penal V*, vol. 2, Madrid 1985; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado*, ADP 1964; CANDIL JIMÉNEZ, *En torno al «furtum possessionis»*, en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982; CASTINEIRA PALOU, *El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982; CASTINEIRA/CORCOY/SILVA, *La reforma del art. 531 del Código penal*, La Ley 1985; CEREZO MIR, *La estafa procesal*, ADP 1966; CERVELLO DONDERIS, *Algunas cuestiones sobre la delimitación de la estafa*, RGD 1991; DE LA MATA BARRANCO, *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa*, PJ 1994; DEL ROSAL, *Comentarios a la STS 18 enero 1961*, ADP 1961; ELGUERO Y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid 1988; FERRER SAMA, *Estafa procesal*, ADP 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADP 1985; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores, protección penal*, Madrid 1986; el mismo, *Aproximación al tratamiento de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, RFDUC monográfico 12, 1986; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid 1991; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980; LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes colectivos*, Barcelona 1978; LORCA MARTÍNEZ, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid 1990; el mismo, *El carácter pluriobjetivo de la estafa del art. 531 del Código penal*, AP 1993; MAPELLI, E., *El uso ilícito de transporte*, ADP 1985; MARTOS NÚÑEZ, *Polizónaje*, NEJ XIX, 1989; MUÑOZ CONDE, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, CPC 1977; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2ª ed., Madrid 1974; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid

1995; REIVES SEVA, *La estafa de polizonaje*, AP 1994; RIVACOBA Y RIVACOBA, *El delito de contrato simulado*, Madrid 1992; ROMAN PUERTTA, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, PJ núm. especial IX, 1989; ROMEO CASABONA, *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, AP 1987; el mismo, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1988; el mismo, *Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos*, PJ núm. especial IX, 1989; ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires 1986; SAINZ CANTERO, *El delito masa*, ADP 1971; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa*, CPC 1993; SERRANO PIEDECASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona 1991; SILVA SÁNCHEZ, *La estafa de seguro*, CPC 1987; el mismo, *El derecho penal bancario en España*, AP 1994; SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, EPC 1985/1986; el mismo, *Estafa a través profesor Aurelio Menéndez*, Madrid 1996; TORIO LÓPEZ, *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*, EPC 1980/1981; el mismo, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; VALLE MUÑIZ, *Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa*, ADP 1986; el mismo, *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona 1987; el mismo, *Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa*, RJCat. 1988; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ número especial IX, 1989; VARIOS, *Falsedades y defraudaciones*, PJ número especial XVI, 1990; VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, La Ley 1984.

Sobre el Código penal de 1995: BACIGALUPO ZAPATER, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, La Ley 1998; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Valencia 1997; CHOCLAN MONTALVO, *Intrusismo con ánimo de lucro y estafa*, AP 1996; el mismo, *Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática*, AP 1997; el mismo, *El delito de estafa*, Barcelona 2000; FERNÁNDEZ APARICIO, *El fraude inmobiliario: las urbanizaciones privadas*, PJ 2000; FERNÁNDEZ GARCÍA/LOPEZ MORENO, *La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código penal de 1995*, PJ 1997; GALÁN MUÑOZ, *Fraude informático*, Valencia 2004; el mismo, *El nuevo delito del artículo 248.3 Cp: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?*, La Ley 2004; GALLARDO RUEDA, *Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo*, CPC 1998; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia 2002; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251 del Código penal de 1995*, Pamplona 1997; MAGRO SERVET, *Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferenciador?*, La Ley 2001; MANZANARES SAMANIEGO, *Estafa inmobiliaria y figuras afines*, AP 1998; MATA Y MARTÍN, *Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática*, en Documentos penales y criminológicos 2001; el mismo, *Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen*, AP 2003; NAVARRO CARDOSO, *Algunas consideraciones*

sobre las estafas colectivas a los consumidores, PJ 1998; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia 2001; PASTOR MUÑOZ, *El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid 2003; el mismo, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid 2004; PASTOR ZAPATER, *Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997*, RDPC 2000; PÉREZ ALONSO, *La estafa de seguro*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; PÉREZ DEL VALLE, *El engaño omisivo en la estafa*, CPC 1996; QUINTERO OLIVARES, *Mito y racionalidad en el delito de estafa (apuntes sobre el significado práctico de la antijuricidad)*, RDPP 2000; ROBLES PLANAS, *Las conductas neurales en el ámbito de los delitos fraudulentos*, en Varios, Silva Sánchez (dir.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid 2003; SUÁREZ MONTES, *Estafa mediante cheque en el Código penal de 1995*, ADP 1995; TRUJILLO CALVO, *El pacto de favor: la letra de colusión en el ámbito del Código penal*, La Ley 1997; VARIOS, *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, CDJ 2002; VARONA GÓMEZ, *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Navarra 2002.

Sobre apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico, véase *infra*.

## B) DEFRAUDACIONES

La clásica definición de Cicerón «*Duobus modis fit iniuria, aut vi aut fraude*», también tiene reflejo en la clasificación de las infracciones patrimoniales. Hasta ahora se han estudiado los delitos patrimoniales llamados aquí de «apoderamiento», porque en ellos la modalidad de acción consiste en una conducta visible en el mundo exterior de injerencia en el patrimonio ajeno. Ahora trataremos de otros delitos contra el patrimonio realizados también con idénticos propósitos de apoderamiento de bienes ajenos, pero en los que la modalidad de la acción del sujeto activo es más bien de tipo ideal, caracterizada por el empleo del fraude, del engaño.

En el Capítulo VI del Título XIII se recogen, bajo la denominación de «De las defraudaciones», una serie de delitos que en mayor o menor grado responden a las características de este segundo grupo ya señalado. En ellos lo fundamental es el engaño, bien ocupando el papel rector de la acción, como ocurre en la estafa (Sección 1ª), o bien siendo algo derivado de la acción y no esencial a ella, como ocurre en la apropiación indebida (Sección 2ª). También se incluyen en este capítulo las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, que se

tipifican en la Sección 3ª de este Capítulo VI. Las insolvencias punibles, aunque se regulen en un Capítulo independiente, el Capítulo VII, responden en buena parte a la estructura de las defraudaciones, si bien el engaño no ocupa en ellas el papel rector que desempeña en la estafa.

En todos estos delitos el bien jurídico protegido tiene primordialmente un carácter patrimonial, pudiéndoseles considerar, por tanto, como delitos contra el patrimonio, si bien, al mismo tiempo, pueden tener una relevancia socioeconómica que los aproxima a algunos delitos contra el orden socioeconómico, con los que tienen gran parentesco (véase *infra*, por ej., delitos societarios, capítulo XXIII). De todos modos, ya hemos dicho antes que en muchos casos no existe una tajante separación entre el orden patrimonial y el socioeconómico, y que la adscripción a uno u otro grupo se hace más bien en función de la propia regulación legal que por razones de carácter material.

Empezaremos por estudiar los delitos que más se adecuan al significado de la denominación usada por el legislador en la rúbrica de todo el Capítulo VI, que son los tipificados en la Sección 1ª bajo el nombre «De las estafas».

## ESTAFA

### Consideraciones generales

En el Código penal se dedica la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII a «las estafas», es decir, a una serie de hechos que tienen como denominador común el que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa. A través de esta característica común, el engaño, la doctrina ha ido elaborando un concepto genérico de estafa capaz de acoger las diversas formas de aparición de ésta, aun cuando después alguna de ellas en su tipicidad concreta presente alguna particularidad que se estudiará en su momento.

*Bien jurídico protegido* común a todas las modalidades de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc., que pueden constituir el objeto material del delito. Esto no quiere decir, como entiende algún sector de la doctrina, que en la estafa sea el patrimonio como un todo el bien jurídico protegido, sino solamente que, salvo en alguna modalidad típica concreta, la estafa puede incidir en cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio al que ya hemos aludido anteriormente (véase *supra* capítulo XV). Al mismo tiempo, la estafa lesiona la buena fe o

las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas y que si, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político-criminal persiguida con la tipificación del delito de estafa sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

De todos modos, el tráfico comercial masivo característico de la sociedad de consumo pone de relieve que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los derechos de los consumidores tienen también un significado social de mayor trascendencia, incluso, que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude el art. 51 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios y a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil concepción jurídica, pero que no se identifica con los intereses exclusivamente patrimoniales individuales. Quien compra un producto corriente en el mercado (detergente, aceite, refresco, cadena musical) tiene una expectativa legítima de que el producto ofrezca las prestaciones y calidades que se mencionan en la publicidad de los mismos o en las etiquetas de los envases, que son, más o menos, los que se predicen de otros productos similares que con otras marcas se ofrecen, igualmente, en el mercado. Si luego el producto no ofrece estas prestaciones (el detergente no lava tan blanco, la cabeza de la cassette se rompe o ésta deja de sonar bien al poco tiempo), hay una frustración de los intereses de los consumidores en general, más allá del interés patrimonial del consumidor individualmente afectado. Sin embargo, la lesión de este derecho económico-social carece de protección directa a través del delito de estafa cuando no se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo relevante, ni siquiera a través de la tentativa, porque lo importante no es tanto el perjuicio patrimonial individualizado (normalmente de escasa cuantía o difícilmente cuantificable), como el perjuicio a los intereses de los consumidores en general, un bien jurídico de carácter socioeconómico que ahora se protege en el art. 282 a través del delito publicitario (véase *infra* capítulo XXII).

### Teoría general de la estafa

El apartado 1 del art. 248 define la estafa del siguiente modo: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante

para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Esta definición corresponde al concepto tradicional de estafa que, ya antes de su inclusión en el anterior Código penal en la reforma de 1983, había adoptado la doctrina y la jurisprudencia a partir del excelente trabajo de ANTÓN ONECA de 1958.

De esta definición se deducen los distintos elementos esenciales para la existencia de la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Entre engaño y perjuicio debe mediar una relación de causalidad de tal manera que el engaño sea el motivo o causa del perjuicio. Si falta esta relación no existe estafa.

*El fraude informático.* Aunque el esquema expuesto es referible a la mayoría de las estafas, hay que tener en cuenta que el art. 248,2 considera también reos de estafa a «los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiguen la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». En realidad, como dice GALAN MUÑOZ (Valencia 2004), aquí no hay verdaderamente una estafa, pues no se engaña a una persona («otros») para que realice una disposición patrimonial, pero sí existe un cierto fraude que permite un enriquecimiento. Constituiría este delito, por ejemplo, la conducta del *hacker* que se introduce mediante su ordenador en el de un Banco y ordena una transferencia a su favor o consigue modificar el programa de dicho Banco para que se transfieran los decimales de todas las operaciones que se realicen en él a una determinada cuenta a su nombre (sobre la estafa informática y la situación anterior a su tipificación, véase GUTIÉRREZ FRANCÉS; y sobre la postura jurisprudencial, RUIZ VADILLO, en VARIOS, 1990; y CHOCLÁN MONTALVO, 1997).

La reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, añade un apartado 3 al art. 248: «La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo» (cfr. también arts. 270 y 400). Este adelantamiento de la punición a conductas que, vistas desde el punto de vista patrimonial, no suponen más que simples actos preparatorios, se explica dada la importancia de los medios informáticos en el tráfico económico en general como una protección penal reforzada que se otorga al sistema informático, que se constituye así en una especie de bien jurídico colectivo. Parece, sin embargo, excesivo que se castigue con la misma pena que la estafa consumada (para más detalles véase GALAN MUÑOZ, La Ley 2004, quien se inclina por considerarlo un delito de peligro abstracto que puede entrar en concurso con los delitos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 248).

#### Tipo objetivo

— El primer elemento hace referencia a la acción del sujeto activo, es decir, a la *conducta engañosa*. Ésta consiste «en una simulación o

disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas» (ANTÓN ONECA, p. 61). Puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. Ejemplo de lo primero: la atribución de influencia que no se tiene o de bienes inexistentes; de lo segundo: la defraudación en la calidad de una cosa.

La interpretación del concepto de engaño ofrece bastantes dificultades, siendo, sin embargo, especialmente importante para delimitar y diferenciar la estafa de otros ilícitos que sólo tienen trascendencia en el ámbito civil. El concepto de dolo que da el art. 1269 del Código civil («palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes» que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho), en muy poco se diferencia del de estafa que da el art. 248 del Código penal. Las «palabras o maquinaciones insidiosas» pueden constituir también el «engaño bastantes» del delito de estafa. Para un sector de la doctrina y la jurisprudencia española la distinción se basa en un criterio puramente cuantitativo, considerando que el engaño en la estafa debe tener unas características de gravedad e idoneidad para causar el error y determinar la disposición patrimonial que no como el dolo civil (así BAO II, p. 274). No obstante, el problema se trata como un *problema de tipicidad* a resolver con los criterios hermenéuticos tradicionales, no excluyéndose la hipótesis de que dolo civil y estafa coincidan en un mismo hecho (VALLE MUÑOZ, 1987, pp. 39 ss.). Carece, pues, a mi juicio de interés intentar resolver *a priori* el problema con ayuda de fórmulas más o menos ingeniosas como la de la «mise en scene» del Código penal francés o la de los «actos concluyentes» del Derecho penal alemán, pues, en definitiva, el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal, teniendo en cuenta especialmente el *principio de intervención mínima* del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Especialmente problemática es la posibilidad de la *comisión por omisión* en la estafa. En el art. 251,2º se tipifica expresamente el disponer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, lo que implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte. Fuera de este caso se discute en la doctrina si existe estafa cuando se callan defectos o vicios de las cosas vendidas. QUINTANO (Curso II, p. 600) considera que deben aplicarse los preceptos civiles relativos al saneamiento y a los vicios rethibitorios. El Tribunal Supremo, en cambio, admite la modalidad omisiva cuando no se declaran circunstancias existentes en el momento de contratar, que, de ser conocidas, hubieran impedido la contratación, basándose para ello en el deber de declarar estos defectos o circunstancias en virtud de vínculos contractuales o del principio de fealtad y buena fe entre las partes (así, por

ejemplo, STS 6 diciembre 1974: omisión de declarar un accidente al contratar la póliza de seguro, para que sea cubierto por ésta). Según BAJO FERNÁNDEZ (ADP 1977, p. 554), el ocultar el carácter no comercial de una «letra vacía» al descontarla en el Banco no constituye *per se* engaño suficiente para la estafa de abuso de crédito, pero sí lo es el aparentar una solvencia de la que se carece, siempre que ello vaya acompañado de presentación de documentos falsos o la conducta sea lo suficientemente idónea como para provocar un error en la entidad bancaria (cfr. STS 16 mayo 1977 y comentario a ella de BAJO FERNÁNDEZ, RDP 1978, p. 467; VARONA GÓMEZ, pp. 41 s.). Ahora bien, la obtención fraudulenta de un crédito puede que no constituya directamente estafa por faltar otro de los requisitos de la misma: el perjuicio y el ánimo de perjudicar, ya que el sujeto que obtiene el crédito de esta manera puede, desde el primer momento, pensar en devolverlo y efectivamente hacerlo en el momento del vencimiento, lo que dificulta a veces la punibilidad de la llamada «estafa de crédito» (en este sentido, MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y NUÑEZ CASTAÑO, pp. 43 ss.).

La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar la posibilidad del engaño por omisión salvo que ésta vaya acompañada, como suele suceder, de actos concluyentes positivos (así, por ej., VALLE MUNIZ, 1987, p. 183; BAJO II, p. 280; SILVA SANCHEZ, 1987; GONZÁLEZ CUSACI VIVES, en VIVES Comentarios, p. 1269). Ciertamente, no comunicar el accidente ya ocurrido al contratar una póliza de seguro es una omisión, pero generalmente va acompañada de la afirmación, por lo menos implícita, de que el vehículo se encuentra en perfectas condiciones o no tiene defecto alguno que impida su aseguramiento. En la «estafa de hospedaje» se ve el engaño implícito en la apartencia de pagar que engendra el huésped (cfr. STS 2 abril 1981). No obstante, no creo que haya que excluir siempre la omisión no acompañada por actos concluyentes; el silencio o no sacar a alguien de su error puede ser, en algún caso, un engaño tan idóneo y grave como el comportamiento activo concluyente: ocultar vicios ocultos de la cosa o las cargas o gravámenes de la misma simplemente porque el comprador no lo pregunta o da por supuesto el buen estado de la cosa no deja de ser equivalente a negar dichos extremos cuando se pregunta (en este sentido STS 7 febrero 1997; CONDE-PUMIEDO, pp. 57 ss.; GONZÁLEZ ROS, en Curso I, p. 664).

— Esta conducta engañosa debe ser «bastante» para *producir un error en otra persona*. Se produce un error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa. Es decir, la acción engañosa debe ser causa de este error; debe existir pues una relación de causalidad entre ambos. El que el engaño sea o no causa adecuada para producir error es una cuestión que debe resolverse en

atención a las diversas circunstancias concurrentes. Es suficiente con que en abstracto pueda racionalmente ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo que le mueva a hacer la disposición patrimonial. Pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. En todo caso, el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas; si se trata de un menor o de un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. Cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño del que es objeto y por puro pasatiempo o liberealidad, tampoco existe estafa: echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, etc., que no engañan a nadie, pero que obtienen dinero y se ganan la vida de este modo.

Tiene, pues, razón GÓMEZ BENTÍZ (p. 338) cuando niega autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, ya que lo que importa es la idoneidad del comportamiento engañoso en sí, lo que debe valorarse de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva. Siguiendo esta línea, PASTOR MUÑOZ (pp. 103 ss.) considera que sólo existe engaño típico en la estafa cuando puede afirmarse que el sujeto activo ha infringido el deber de veracidad o ha lesionado un derecho a la verdad del sujeto pasivo, aplicando como criterios determinantes el modelo de información vigente en el mercado, la posición de los sujetos en la relación económica y, en casos de debilidad de la víctima (menores, persona inexperta), el nivel de relevancia que el Derecho otorga a esa debilidad. Con estos criterios se pueden excluir de la estafa los casos en los que el sujeto finge solvencia al solicitar un préstamo sin que el prestamista se cerciore de la misma (STS 9 junio 2003) o aquéllos en los que se aceptan cláusulas abusivas que la otra parte no oculta (así, por ej., sucede con la venta de inmuebles con reserva de dominio, reservándose el vendedor la facultad de hipotecar el inmueble en tanto no se le haya satisfecho el precio total, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, RDP 1977, pp. 545 ss.).

— Disposición patrimonial. El engañado a consecuencia del error debe realizar una *disposición patrimonial*, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un servicio; lo mismo da que consista en un hacer (realizar un pago) que en un omitir (renunciar a un crédito; cfr. VALLE MUNIZ, 1987, pp. 215 ss.). La diferencia entre la estafa y los delitos de apoderamiento estriba en que el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada.

El engaño puede actuar sobre el perjudicado o sobre otra persona.

Dos constataciones de casos se presentan en relación con este problema (*estafa en triángulo*).

a) El primero es si es posible la estafa por *utilización abusiva de una tarjeta de crédito*. La respuesta a esta cuestión viene condicionada por la propia praxis bancaria y comercial en relación con estos instrumentos. Desde luego puede considerarse que el particular que utiliza una tarjeta sabiendo que excede del importe autorizado realiza un comportamiento engañoso; y que el comerciante que entrega la cosa o presta el servicio, fiado en la cobertura del importe, realiza una disposición patrimonial que va a perjudicar al banco o a la institución de crédito que concedió la tarjeta. Pero en la práctica, el particular no sabe muchas veces si tiene o no agotado el crédito; el comerciante suele comprobar, llamando a servicios de control, la solvencia del titular de la tarjeta y pide autorización cuando la operación es de cierta entidad, y el banco asume el impago del crédito como un riesgo inherente a su propia política de ofrecer tarjetas de crédito, a veces inmoderada e innecesariamente, a sus clientes. En definitiva, el perjuicio para el banco se deriva del propio riesgo que asume al conceder la tarjeta; si esta concesión se debe a que el cliente finge solvencia puede haber estafa, pero no en otro caso. De todas formas, parece difícil concebir que la disposición patrimonial la haga el comerciante al entregar una cosa y no el banco al conceder la tarjeta. La jurisprudencia ha apreciado en algunos casos estafa (véase por ej., STS 25 octubre 1985); pero la doctrina ha criticado con razón esta praxis jurisprudencial (así BACIGALUPO ZAPATER, 1983; BAJO FERNÁNDEZ, 1985, p. 321; y ROMEO CASABONA, 1988, p. 133. Para una visión de conjunto del problema véanse MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y NÚÑEZ CASTAÑO, pp. 164 ss.).

b) Otro caso de estafa en triángulo es la llamada *estafa procesal*. Desde ya hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia admiten esta figura (véase MUÑOZ CONDE, 11ª ed., p. 365), que puede subsumirse en los números 2º ó 4º del art. 250,1 o en la cláusula general del art. 248. La posibilidad de engaño al juez por las partes es evidente sobre todo en el proceso civil, donde las facultades del juez están muy limitadas y se reserva casi toda la iniciativa a las partes que, conforme al principio dispositivo, pueden realizar todo tipo de maquinaciones para inducir al juez a fallar de acuerdo con sus pretensiones. Existen, por supuesto, una serie de medidas jurídicas para evitar estos abusos, pero no siempre son suficientes y también se burlan con relativa facilidad. En este caso, se utiliza al juez o Tribunal como un instrumento de comisión del delito de estafa. En la vida diaria tenemos abundantes ejemplos de estafa procesal: se fingen incapacidades para cobrar una mayor indemnización (STS 20 mayo 1958), se ocultan recibos de rentas de alquileres ya pagados para promover juicios de desahucio (SSTS 13 abril 1951 y 10 abril 1964), se intentan cobrar deudas ya cobradas (STS 9 agosto 1951), etc. De no admitir la estafa procesal estos hechos quedarían impunes, al no constituir otros tipos delictivos. No existe, desde luego, en nuestro Ordenamiento procesal civil un deber de veracidad para las partes, pero sí existe un principio de buena fe procesal que obliga a las partes a no abusar del proceso para conseguir beneficios patrimoniales ilegítimos defraudatorios. También la jurisprudencia admite la posibilidad de la estafa procesal ya desde antiguo (STS 30 junio 1906) y más recientemente en STS 10 mayo 1960, 6 mayo

1963, 3 y 7 octubre 1972, 31 enero y 12 noviembre 1975. Naturalmente que la finalidad de la maquinación debe ser de carácter patrimonial y la acción revestir todos los caracteres de la estafa: idoneidad para producir error en el juez, perjuicio patrimonial, etc.

El acto de disposición estará constituido normalmente por la decisión del juez que perjudica a la otra parte, pero la estafa se consuma cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por cumplimiento o ejecución de la sentencia (TORIO LÓPEZ, 1982, p. 897; VALDE MURUZ, 1987, p. 235). En cambio, otros autores (CAREZO MIR, p. 197; OLIVA GARCÍA, p. 234; y CONDE-PUMEDO, p. 141) consideran que se consuma ya cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, pero, como indica TORIO LÓPEZ, con ello aún no se ha producido una disminución patrimonial real y efectiva, pues hasta la ejecución la cosa continúa en poder del vencido en juicio.

Si la conducta engañosa constituye otros delitos además de la estafa procesal (falsedad documental, etc.), cabe estimar un concurso de delitos.

- La disposición patrimonial del engañado debe haber producido un *perjuicio* en el engañado o en un tercero. Este perjuicio es de carácter patrimonial, es decir, una lesión de elementos indeterminados del patrimonio, no de éste considerado como una totalidad.

Varios problemas se plantean en relación con la determinación del perjuicio en la estafa:

a) En la doctrina se discute si, salvo en los casos en que así se prevea expresamente, el viajar sin haber abonado el correspondiente billete constituye delito de estafa.

De un modo general se puede decir que el simple viajar sin pagar el billete, no ocupando plaza de viajero, no produce ningún perjuicio patrimonial al transportista, igual que tampoco lo produce contemplar un espectáculo sin abonar el billete pero sin ocupar plaza de espectador. Otra cosa sucede cuando el polizón o el «gorrón» dan la apariencia de un pasajero o espectador normal que ha abonado el billete. En este caso no sólo se da el engaño bastante (y, en consecuencia, el error), sino también la disposición patrimonial (el transporte, el espectáculo) y, por supuesto, el perjuicio, entendiéndose que este último no sólo consiste en el daño emergente, sino también en la pérdida de una ganancia a la que se tiene derecho por la prestación de algún servicio (así BAJO II, p. 287). Sin embargo, el problema en el polizoneo y en la entrada sin abonar el billete en espectáculos es que, de todos modos, el servicio se presta, por lo que el sujeto activo del engaño no causa la disposición patrimonial, sino que se aprovecha de ella, siendo, pues, muy difícil encajarlos dentro del concepto general de estafa. Por todo ello, aunque utilizando diversas fundamentaciones, la doctrina se muestra contraria a apreciar en estos casos estafa, dejando a salvo, naturalmente, los preceptos que, en relación con el polizoneo, castigan este hecho en *Leyes especiales* (véase, por ejemplo, art. 64 LPPNA; para más detalles, MARTOS NÚÑEZ).

b) Las meras expectativas de lucro no reconocidas jurídicamente no son elementos del patrimonio, ni en sentido jurídico, ni económico; y, por tanto,

su lesión no constituye un perjuicio patrimonial; vender un negocio asegurando al comprador unos beneficios enormes que luego no se dan en la realidad no constituye, desde luego, estafa. Otra cosa sucede con la clientela o con determinadas ventafas o cualidades de la cosa o negocio que indudablemente incrementan su cotización o valor económico. Piénsese que no es lo mismo que el negocio tenga o no una buena clientela, esté o no situado en un lugar comercial bueno, o que la casa o vivienda tenga vistas al mar o a un bloque de pisos o esté situada en un lugar residencial o junto a un vertedero. Engañar sobre estos extremos puede ser, sin duda, un engaño bastante, pero el problema es si la frustración de las expectativas prometidas constituye también un perjuicio patrimonial. Los casos de esta índole pueden multiplicarse. El comprador adquiere por su precio una vaca lechera porque cree, engañado, que es de carne, o una enciclopedia de jardinería porque le han dicho que es de agricultura o un solar para construir pisos cuando en las ordenanzas municipales sólo se permiten viviendas unifamiliares. En todos estos casos, es evidente que de haber conocido el comprador con exactitud lo que realmente se le vendía no lo hubiera comprado.

Para considerar estos casos como estafa habrá que incluir junto al concepto objetivo económico-jurídico de patrimonio un aspecto subjetivo o individual según el cual el dano o perjuicio patrimonial se determina también en función del valor de uso o del empleo que el adquirente de la cosa pensaba dar a la misma. La compra, por ej., de una enciclopedia por parte del poco ilustrado agricultor porque el vendedor le asegura que en ella viene todo lo referente a agricultura, siendo así que realmente trata de jardinería, sería estafa, aunque el comprador haya pagado el precio que dicha enciclopedia tiene en el mercado. Del mismo modo también sería estafa la venta de una vivienda en lugar residencial, con magníficas vistas al mar, que luego está junto a una autopista, rodeada de edificios, sin apenas vislumbrar el mar.

Obviamente casi todos estos casos se pueden resolver por la vía civil y sin necesidad de acudir al Derecho penal, pero de lo que aquí se trata es de saber si se puede considerar como perjuicio patrimonial la lesión de estas expectativas no mensurables estrictamente en términos económicos. Mi opinión es favorable a ello. En la valoración económica de un bien y, por tanto, en la determinación del perjuicio patrimonial, debe tenerse en cuenta el valor de uso o el empleo concreto que el adquirente quiere darle (*aspecto individual del concepto económico-jurídico del patrimonio*).

La consideración del indicado aspecto subjetivo no puede llevarse, sin embargo, hasta el extremo de incluir en el concepto de patrimonio y, por tanto, en el de perjuicio patrimonial, los simples valores afectivos que no se traducen en la valoración económica objetiva. Así, por ej., si alguien vende sus cuadros a menos precio porque el comprador le dice que es para una institución benéfica o para un personaje público importante, cuando en realidad es para él mismo, el pintor puede considerarse estafado subjetivamente, pero no habrá estafa si, a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto.

En consecuencia, también la *compensación patrimonial*, es decir, la pérdida de la cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente, elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa,

aunque personalmente el sujeto pasivo del engaño no esté de acuerdo. Así, por ej., quien compra equivocadamente un cuadro de Murillo por su valor en el mercado, creyendo que compra un Zurbarán, no podrá considerarse perjudicado económicamente, porque su interés personal no incide en el valor económico objetivo.

c) También puede apreciarse perjuicio patrimonial y, por tanto, delito de estafa, cuando el elemento patrimonial sobre el que recae la defraudación tenga su origen en una acción antijurídica o en una causa ilícita. Así, por ej., cabe la estafa al estafador, o al ladrón, sobre las cosas obtenidas por éstos mediante estafa o hurto. Naturalmente habrá que hacer la reserva de que esa protección se dispensa frente a terceros, no frente al propietario o legitimado para reclamar la cosa. En general, debe admitirse el principio de que la antijuridicidad de la posesión de una cosa no legitima la acción del que se apodera de ella o la adquiere de forma antijurídica también.

El negocio con causa ilícita (por ej., para traficar con drogas) también puede dar origen a una estafa, si bien no produce efecto alguno en el ámbito civil (art. 1275 Código civil). Ello es una buena prueba de la propia autonomía del Derecho penal, que no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito. Sin embargo, el estafado no puede exigir, en ningún caso, que se realice el negocio ilícito; no puede, por ej., exigir que el traficante le entregue la droga, que la prostituta cumpla su servicio o que se le entregue la máquina de hacer billetes. Esta distinción pasa a veces desapercibida a la doctrina, que no advierte que una cosa es la pertinencia de apreciar la estafa y otra la exigibilidad de la prestación (véanse, por ej., ROMERO, p. 291; BAJO II, p. 295; VALLE MUNIZ, 1987, p. 251; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 671; PASTOR MUÑOZ, p. 71; y PASTOR ZAPATER, pp. 340 ss., en comentario a la STS de 13 de mayo de 1997 —sujeto que se atribuye influencias en la concesión de una licencia urbanística—. Por su parte, GALLEGO SOLER, p. 281, sólo niega la existencia de un elemento patrimonial protegible cuando provenga de un hecho delictivo, pero no en los casos de hechos ilícitos o inmorales, como por ej. la prostitución. Sobre la posibilidad de cometer un delito contra la Hacienda Pública por ocultación de ganancias obtenidas ilícitamente, cfr. *infra* capítulo XLIII).

Una vez establecido qué se entiende por perjuicio habrá que proceder a su determinación, extremo éste importante tanto en la medición de la pena (cfr. art. 250.1.6º), como en la delimitación entre el delito y la falta de estafa (cfr. arts. 249 y 623.4). Para la determinación del importe del perjuicio patrimonial, tanto a la hora de aplicar la cualificación del art. 250.1.6º como de determinar la cuantía de 400 euros que diferencia el delito de la falta, habrá que atenderse al valor de mercado de la cosa o prestación defraudada, es decir, del elemento patrimonial concretamente dañado que es el específico bien jurídico protegido en el delito de estafa, no al perjuicio global o pérdida patrimonial total resultante que sólo debe tenerse en cuenta para determi-

nar la responsabilidad civil, ya que en la estafa no hay un ataque al patrimonio como un todo, sino a concretos elementos integrantes del mismo.

#### Tipo subjetivo

Correlativamente al perjuicio suele producirse un provecho para el autor del engaño o para un tercero. Por eso, la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de «enriquecimiento». Este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta, como en otros delitos patrimoniales, requiere un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro. Dentro del tipo subjetivo se requiere, además, el dolo, que debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio.

La dinámica lucro-perjuicio es, en definitiva, el *leit-motiv* de toda estafa. Pero ello no quiere decir que el perjuicio tenga que ser directamente querido por el sujeto activo de la estafa. El autor (o autores) de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces, le es penoso causarlo. Pero ello en ningún caso excluye el ánimo de lucro. La mayoría de los que emprenden un negocio arriesgado pretenden que el negocio salga bien, para evitar, entre otras cosas, problemas penales; pero la esencia del negocio constitutivo de estafa está precisamente en que ante la perspectiva del fracaso del mismo, quieren, desde el primer momento, desplazar el perjuicio patrimonial hacia terceras personas.

El «ánimo de lucro» se perfila en estos casos a través de todo un montaje en el que lo único que está claro es que de ningún modo se piensa asumir como propios los posibles perjuicios que del negocio se derivan. Beneficios para todos, perjuicios para los demás, sería pues, una forma de «ánimo de lucro», por lo demás muy corriente en el ámbito de los grandes negocios y empresas arriesgadas, que junto con los demás elementos podría dar lugar a un delito de estafa. No es, pues, el lucro como tal, sino la forma fraudulenta de conseguirlo lo que caracteriza al delito de estafa.

#### Consumación

La estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. En los casos en los que se acepta una letra de cambio a un determinado plazo sin ánimo de pagarla, la estafa no se consuma hasta el momento del

impago. Hay tentativa cuando la intervención judicial o policial, la interposición de demandas, etc., impiden oportunamente el daño patrimonial. En las estafas contractuales es necesaria, como indica VALLE MUNIZ (1987, p. 244), la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas para la consumación del delito.

La exigencia de que el engaño sea «bastante» exige una idoneidad del mismo para provocar error y determinar una disposición patrimonial y un perjuicio del mismo tipo, lo que excluye del ámbito de punición de la tentativa los engaños que en la vida social y en atención a las circunstancias concurrentes se consideran irrelevantes o simples pasatiempos (echadoras de cartas, adivinos del porvenir, conjuros mágicos, etc.).

#### Concurso

El problema del *concurso* con otros delitos es especialmente difícil en lo que se refiere al concurso entre la estafa y las falsedades en documento privado que se realizan para procurarse un provecho patrimonial ilícito y que en la realidad son medios para la comisión de estafa. El problema es de difícil solución, teniendo en cuenta la existencia en nuestro Código de las falsedades lucrativas en documentos privados como delitos autónomos distintos de las estafas. La cuestión es discutida y no hay un criterio jurisprudencial claro o unánime; últimamente el Tribunal Supremo se inclina por la absorción de estas falsedades en las estafas, a no ser que la falsedad tenga igual o mayor pena, castigando entonces sólo por falsedad (STS 7 octubre 1974). Ningún problema hay, en cambio, para admitir el concurso de delitos medial entre la estafa y la falsedad en documentos públicos, oficiales o mercantiles (véase *infra* capítulo XXXI).

#### Delito continuado y delito masa

Cuando existen pluralidad de estafas y pluralidad de sujetos pasivos deben aplicarse las reglas del concurso real (art. 73) con las limitaciones contenidas en el art. 76. Pero estas reglas paradójicamente pueden beneficiar al delincuente que, a través de pequeñas defraudaciones de cuantías que no sobrepasan las de la falta, puede conseguir grandes beneficios patrimoniales. Lo mismo sucede en los fraudes colectivos (estafas de pisos, sociedades de inversión y construcción ficticias, venta de alimentos adulterados, etc.), que individualmente



considerados son a veces de poca gravedad. Las penas a aplicar en estos casos conforme a las reglas del concurso real son irrisorias o desproporcionadas, por defecto, a la entidad del delito cometido y a la alarma social creada.

Actualmente el problema se resuelve expresamente en el apartado 2 del art. 74, que obliga a determinar la pena en estos casos (delitos patrimoniales) teniendo en cuenta el perjuicio total causado, disponiendo además que 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». Entiendo, sin embargo, que esta disposición no es aplicable si se da el supuesto 6º del art. 250.1, o el apartado 2 del art. 250 en relación a las circunstancias 1ª y 6ª del art. 250.1, en los que ya se tiene en cuenta el perjuicio total para formar un marco penal autónomo (véase *infra* y Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 3, de 17 de septiembre de 1999; a favor de la compatibilidad entre el art. 74.2 y el art. 250, CHOCLÁN MONTALVO, 2000, p. 220).

## Penalidad

Según el art. 249, los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros (si no llega a esta cuantía, el hecho es falta, art. 623.4). Según el mismo precepto, para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Pero el art. 250 contiene además una serie de cualificaciones específicas que obligan a imponer la pena de prisión de uno a seis años y la de multa de seis a doce meses, e incluso, en el caso de que se den las cualificaciones 6ª ó 7ª con la 1ª, el apartado 2 del mismo artículo impone la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Este régimen de punición es aplicable también al delito de apropiación indebida previsto en el art. 252, que se remite a los arts. 249 y 250 (véase *infra*).

## Análisis de las circunstancias cualificadoras del art. 250

Dice el art. 250: «1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- 1.ª Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- 2.ª Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.
- 3.ª Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.
- 4.ª Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
- 5.ª Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
- 6.ª Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
- 7.ª Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
2. Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».

Igual que sucede con el régimen de punición del hurto, el art. 250 contiene una serie de cualificaciones que deben ser abarcadas por el dolo. Se trata de subtipos agravados, que se sustruen al régimen general del cómputo de las circunstancias agravantes fijado en el art. 66, no cabiendo, por tanto, la compensación con las atenuantes que puedan concurrir. También la determinación de la pena en caso de tentativa y complicidad se llevará a cabo a partir del marco penal del art. 250, cuando se den las circunstancias citadas en el mismo.

— La primera de estas cualificaciones hace referencia a «cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social». En principio, su sola concurrencia determina la apreciación del tipo cualificado. Si, además, concurre con la circunstancia 6ª ó 7ª, las penas serán de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Con ello se pretende castigar con dureza las estafas en ámbitos de gran trascendencia social como la construcción de viviendas, en los que promotoras o constructoras reciben diversas cantidades a cuenta para la construcción de viviendas que después no construyen, o en los que se alteran la sustancia, calidad o cantidad de esas mismas viviendas o de otras cosas de primera necesidad como la

leche, el pan, etc., de forma grave y con grave quebranto patrimonial de sus adquirentes.

- La cualificación segunda hace referencia claramente a la estafa procesal y es una prueba más de la posibilidad de esta modalidad de estafa en nuestro Ordenamiento jurídico.

- En la cualificación tercera se le da un tratamiento agravatorio a la utilización en la comisión de estafas de títulos valores de gran trascendencia en el tráfico mercantil (cheques, pagarés, letras de confianza), pero obviamente el hecho debe revestir previamente los caracteres de estafa, pues, como ya hemos dicho anteriormente, la obtención de un crédito librando un cheque en descubierto o utilizando una letra de cambio de favor, conociendo el tomador del documento el carácter vacío del mismo, no es constitutivo de estafa (véanse MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y SUÁREZ MONTES).

- La cualificación cuarta puede reflejar también una estafa procesal, pero lo fundamental aquí es la manipulación de un documento, bien por falsificación, por ejemplo, por abuso de firma de otro, bien por daño o hurto del mismo, por lo que normalmente se dará un concurso con el respectivo delito.

- La cualificación quinta coincide casi literalmente con la del art. 235,1 que cualifica la pena del hurto, por lo que nos remitimos a lo allí dicho.

- La cualificación sexta tiene en cuenta la gravedad del perjuicio causado que, obviamente, no puede ignorarse a la hora de determinar la gravedad de la estafa. La indeterminación del término «especial gravedad» ha obligado a la jurisprudencia a fijar unas cuantías, puramente orientativas, que, como dice la STS de 23 de febrero de 1987, están sujetas a las revisiones que vayan aconsejando las circunstancias y las fluctuaciones del valor adquisitivo de la moneda. Las SSTs de 18 de junio, de 3 de octubre de 1985 y de 30 de enero de 1986, la consideraban aplicable cuando la cuantía de la defraudación rebasa el millón de pesetas. A partir de los años noventa esta cuantía ha pasado sin embargo a aplicarse a partir de los dos millones de pesetas o su equivalente en euros (así se acordó en la Junta General de la Sala 2ª del TS de 26 de abril de 1991, recogida en GRANADOS, Acuerdos, pp. 104 ss., y STS 9 marzo 1999).

- La cualificación séptima está en cierto modo implícita en la propia acción constitutiva de estafa, ya que precisamente el engaño suele darse cuando existe una relación de confianza, de la que de algún modo se abusa cuando se utiliza esa relación personal ya exis-

tente, por lo que no se comprende muy bien el carácter agravatorio y mucho menos el régimen de agravación especial que puede tener si se dan los presupuestos del apartado 2 del art. 250. Por ello, habrá que exigir para aplicar estas cualificaciones algo más que un simple abuso de confianza o de superioridad, ya de por sí agravantes genéricas (art. 22,2ª y 6ª) y de algún modo consustanciales al propio engaño. Así, por ejemplo, podrá aplicarse esta cualificación cuando la relación sea de especial confianza, como la de la anciana que confía el cobro de su pensión al director de la institución en la que reside, o el cliente del banco que confía sus ahorros al director de la entidad que los utiliza en su propio beneficio.

### ESTAFAS ESPECÍFICAS

El art. 251 tipifica expresamente una serie de estafas que obedecen al mismo concepto general de estafa que anteriormente hemos dado, pero que tienen un marco penal específico (pena de prisión de uno a cuatro años), sustraído al régimen de penalidad, básico y cualificado, previsto para las demás estafas. Estas estafas específicas son:

#### A) El otorgamiento de contrato simulado (art. 251,3ª)

La inclusión de este precepto entre las estafas sólo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien («otro»), ajeno a los contratantes, que, fiado de la apariencia contractual, realice una disposición patrimonial que le perjudique.

Si, por el contrario, el contrato simulado se realiza para perjudicar al acreedor de uno de los contratantes, tal simulación será, en principio, una forma de alzamiento de bienes (cfr. *infra* capítulo XX; STS 18 octubre 1972 y MUÑOZ CONDE, 1977, p. 105).

#### B) La estafa inmobiliaria (art. 251,1ª y 2ª)

El art. 251,1ª castiga al que atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenar, gravar o arrendar a otro, en perjuicio de éste o de tercero; y el pfo. 2ª al que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o al que, habiéndola

enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

El supuesto del pfo. 1º, ampliado en la reforma de 1983 al arrendamiento y gravamen, no plantea en realidad ningún problema de distinción con la estafa propia del art. 248, ya que el atribuirse falsamente facultad de disposición («fingirse dueño», como se decía en el anterior Código penal) es un engaño suficiente para generar los demás elementos del delito de estafa.

Otra cosa sucede con los supuestos del pfo. 2º. La ampliación que hizo la reforma de 1983 a los casos de doble venta o gravamen después de la enajenación complicó la regulación anterior. La venta de una cosa gravada ocultando el gravamen puede ser indudablemente estafa frente al adquirente, no desde luego frente al titular de la hipoteca que conserva intacto su derecho *erga omnes* (cfr. STS 13 marzo 1965 y MUÑOZ CONDE, 1977, p. 103). A ella había equiparado la jurisprudencia la enajenación seguida de gravamen previo a la entrega de la cosa (cfr. STS 17 marzo 1973). La equiparación a este supuesto de los casos de «doble venta» o de gravamen del inmueble tras haberlo vendido, antes de la entrega al adquirente, puede ser problemática, pues, como indican CASTIÑEIRA/CORCOY/SILVA, en algunos casos habrá un ilícito civil, pero no los elementos característicos de la estafa; piénsese en quien, tras haber vendido, recibe una mejor oferta y entrega la cosa al segundo vendedor. Por eso, es necesario exigir en todos estos casos la presencia de los elementos conceptuales de la estafa.

Según el art. 269, en relación con la estafa se castigan la proposición, la provocación y la conspiración.

## APROPIACIÓN INDEBIDA

**Bibliografía:** Sobre la situación anterior al Código penal de 1995: BELTRÁN BALLESTER, *El hurto de hallazgo*, Valencia 1979; CASTIÑEIRA PALOU, *Venta a plazos y apropiación indebida*, Barcelona 1983; el mismo, *Incumplimiento contractual y responsabilidad penal*. Sobre el art. 12 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en Homenaje a Pérez-Vitória I, Barcelona 1983; el mismo, *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida*, ADP 1985; DE LA MATA BARRANCO, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, ADP 1987; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída al titular*, PJ núm. especial IX, 1989; el mismo,

*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona 1994; DE PRADA BENGOA, *Periferia del delito de apropiación indebida y examen de un supuesto incluido y no penado*, en *La nueva delincuencia II*, CDJ 1993; DELGADO LÓPEZ, *La doctrina del TS sobre la falta de ingreso en las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario*, ADP 1985; DÍAZ PALOS, *Poseción de muebles y apropiación indebida*, en Homenaje a Casán III, Pamplona 1969; FERRER SAMA, *Apropiación indebida, NEJ II*, 1950; GONZÁLEZ CUSSAC, *Apropiación y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, RGD 1995; HUAS PALACIOS, *De la apropiación indebida*, ADP 1977; MANJÓN CABEZA-OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Madrid 1988; el mismo, *Cuentas corrientes indistintas y apropiación indebida*, RFDUC 1988/89; MARTÍNEZ PÉREZ, *Apropiación de la cuota obrera de la seguridad social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF*, EPC 1984/1985; el mismo, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC 1993/1994; MORILLAS CUEVA, *El no reintegro de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida*, ADP 1979; MUÑOZ CONDE, *Aspectos jurídico penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; OLIVA GARCÍA, *Sobre el llamado delito financiero*, RFDUM 1972; QUINTANAR DIEZ, *Sobre el «título y la apropiación» en el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código penal*, CPC 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apropiación de la totalidad del tesoro oculto*, CPC 1977; el mismo, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, CPC 1982; SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Barcelona 1977; ZUGALDÍA ESPINAR, *Hurto y apropiación indebida, criterios de demarcación*, CPC 1986 (también en RFDUC monográfico I, 1986).

*Sobre el Código penal de 1995:* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Apropiaciones indebidas*, Valencia 1997; FERNÁNDEZ TERUELO, *La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida*, La Ley 2000; GÓMEZ BENÍTEZ, *Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código penal y en la jurisprudencia*, AJA 2004; HAVA GARCÍA, *Comentario a las sentencias I/1997 y 224/1998 («Fifesa» y «Agentia Trust»)*, *Falsedad mercantil cometida por particular: apropiación indebida y administración desleal*, RCP 1998; MARCHENA GÓMEZ MORENO VERDEJO, *El delito de apropiación indebida en el Código penal de 1995*, Madrid 1998; PAREDES CASTAÑÓN, *Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida*, PJ 1997; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*, Madrid 1997; SIMONS VALLEJO, *Sobre el contenido de injusto de los delitos de apropiación indebida*, REPEN 2003.

Véase además la bibliografía de los delitos societarios en el capítulo XXIII.

La Sección 2ª del Capítulo VI trata de la apropiación indebida y en ella, junto a la apropiación indebida propiamente dicha del art. 252, se tipifican también dos supuestos similares a ella, aunque no exactamente coincidentes.

Dice el art. 252: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

### Diferencias con la estafa, con el hurto y con la malversación

El común origen histórico con la estafa y con el hurto hace a veces difícil delimitar la apropiación indebida de estos dos delitos.

— La diferencia con la estafa es de tipo morfológico y comisivo. En la apropiación indebida no existe el engaño previo que en la estafa es esencial. En la apropiación indebida la posesión de la cosa es originalmente lícita y después surge el ánimo de apropiársela ilícitamente. En la estafa la constitución de la posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es el origen ó la causa de esa constitución, con lo que la posesión es desde ese momento ilícita. Esta tesis es dominante desde antiguo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (cfr., por ej., STS 29 abril 1975; QUINTANO, Curso II, p. 873); sin embargo, en la praxis se plantean muchas veces problemas de prueba del engaño previo que determinan alternativamente la aplicación de la apropiación indebida cuyo marco penal es el de la estafa.

— Tampoco plantea ya mayores problemas, teóricos y prácticos, la diferenciación entre apropiación indebida y hurto. En términos generales puede decirse que la apropiación indebida difiere del hurto en no mediar sustracción, sino apropiación ilegítima de algo que ya se posee legítimamente. El sujeto activo de la apropiación indebida debe estar, por tanto, en posesión de la cosa apropiada, siendo la propiedad directamente el bien jurídico protegido en este delito. Pero la cuestión se complica cuando se trata de determinar el alcance de esa posesión. Existen hechos de apoderamiento de cosas muebles respecto a las cuales el sujeto activo tiene una relación posesoria y que, sin embargo,

son calificados como hurtos. El cajero que se apodera del dinero de la caja que custodia o la chica del servicio doméstico que sustrae algunos objetos de plata mientras está limpiándolos, poseen indudablemente estas cosas, aunque sea a título de meros «servidores de la posesión», y, sin embargo, cometen hurto.

La distinción hurto-apropiación indebida en el Derecho penal español no puede llevarse a cabo, por tanto, en base al concepto de posesión —que, por otra parte, no es pacífico ni está firmemente delimitado en el Derecho privado—, sino en base al título en virtud del cual se tiene la posesión. Por imperativo del art. 252, dicho título debe ser en la apropiación indebida uno de los allí señalados que produzca obligación de entregar o devolver los objetos recibidos. Así, será hurto el apoderamiento de las cantidades cobradas por el ordenanza de un Banco, y apropiación indebida el realizado por el director de la sucursal (cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, pp. 123 ss.).

Común con el hurto propio es en la apropiación indebida solamente el objeto material sobre el que recae la acción: cosa mueble ajena. El supuesto de la apropiación de cosa perdida constituye desde el punto de vista de la modalidad comisiva de acción también una apropiación indebida, ya que la posesión originaria de las cosas perdidas, por parte de los que se las encuentran, es lícita; pero debe tenerse en cuenta que el título en virtud del cual se poseen no puede equipararse a ninguno de los citados en el art. 252. De ahí la necesidad de su tipificación expresa que lleva a cabo el art. 253 (cfr. *infra*; respecto a la situación anterior, MUÑOZ CONDE, 4ª ed., pp. 194 ss. y 256).

— Respecto a la malversación de caudales públicos, que como delito contra la Administración pública se tipifica en los arts. 432 y ss., la distinción con la apropiación indebida es relativamente fácil en un plano estrictamente dogmático. En la malversación el sujeto activo debe ser un funcionario público o persona asimilada *ex lege* a él y el objeto material tener la conceptualización de caudal o efecto público, debiendo mediar una relación entre el objeto material y el sujeto activo; mientras que en la apropiación, además de algunas diferencias morfológicas, ni el sujeto activo ni el objeto material deben tener una cualidad especial. Estas diferencias se relativizan respecto a la llamada malversación impropia (art. 435), al imponerse en este caso la consideración de funcionario y de caudal público en supuestos que originalmente carecen de esta conceptualización. Razones político-criminales han pesado en esta calificación para imponer penas más elevadas cuando los bienes, aun siendo privados, están afectados a obras de interés

público o sujetos a administración o depósito judicial, etc. (cfr. *infra* capítulo XLII).

### La distinción propiedad-poseción y su relevancia en la apropiación indebida y figuras afines

Al igual que la posesión derivada de alguno de los títulos citados en el art. 252 sirve para diferenciar el delito de apropiación indebida del hurto, también la propiedad sirve para delimitar la apropiación de otros delitos e incluso del ámbito de la más absoluta impunidad. La libre disposición de los bienes de los que se es propietario no tiene, en principio, más limitaciones que la de no sustraer esos bienes al deber de cumplimiento de las obligaciones al que están sujetos por imperativo del art. 1911 del Código civil. La lesión de este deber, colocándose en insolvencia, puede constituir todo lo más una insolvencia punible, un alzamiento de bienes por ejemplo, pero nunca una apropiación indebida. Por eso fue objeto de críticas por PACHECO (III, p. 321) el precepto del Código penal de 1850 que castigaba como hurto el negar haber recibido dinero en préstamo y por parte de GROIZARD (VII, p. 182), la jurisprudencia que castigaba por la actual apropiación indebida el negar haber recibido dinero tomado a préstamo, ya que en estos casos se transmite la propiedad del dinero entregado y con ello la disposición sobre él. La cotitularidad sobre cuentas corrientes autoriza, por tanto, a cualquiera de los titulares a disponer de la totalidad (así MANJÓN, 1988/89), independientemente de la cuestión civil de reclamación de cantidad que pueda plantearse por la otra parte titular de la cuenta.

A lo largo de los últimos años han ido desapareciendo de nuestro Ordenamiento jurídico algunos preceptos recogidos en leyes especiales (como la de venta de bienes muebles a plazos o la de percibo de cantidades a cuenta para la construcción de viviendas) que castigaban como apropiación indebida casos de disposición de cosas por parte del propietario. Sin embargo, sigue vigente el art. 59 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 de diciembre de 1954, que dispone que «el dueño de los efectos pignoralados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal» (cfr. STS 19 mayo 1972 e *infra*: supuestos especiales de apropiación indebida).

Pero salvo esta excepción, la propiedad de las cosas por parte del sujeto que dispone de ellas desvirtúa el delito de apropiación indebida, pudiendo constituir la disposición sobre estas cosas todo lo más, cuando se trata de un uso abusivo del propio patrimonio, un delito de alzamiento de bienes (véase *infra* capítulo XX). De aquí se desprende que no pueda castigarse por apropiación indebida el hecho de que el prestatario no devuelva la cosa fungible objeto del préstamo o mutuo, pues este contrato transmite la propiedad y no la posesión de las cosas prestadas, aunque naturalmente subsistan las correspondientes acciones civiles o, si ha existido engaño previo que determinó la entrega de la cosa, la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a la estafa.

### Tipo objetivo

De lo dicho se desprende que la acción en el delito de apropiación indebida del art. 252 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.

— *Actos positivos.* La disposición, para la que no se está autorizado, implica un acto de apropiación del sujeto que dispone siendo sólo poseedor. En el art. 252 se habla de apropiarse o distraer. No existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre la apropiación y la distracción o, por lo menos, esta distinción carece de relevancia, siempre que se entienda que la *distracción* es una forma de apropiación y no un mero uso distinto al pactado. De aquí se deriva que no basta con un simple mal uso de la cosa poseída, sino que son precisos verdaderos actos de apropiación. La mal llamada «apropiación indebida de uso» no encaja, pues, en el art. 252. El Tribunal Supremo ha extendido, sin embargo, el delito de apropiación indebida a casos como el uso de automóviles arrendados por más tiempo del pactado, casos que, con la nueva redacción del art. 244,1 tras la reforma de 2003, pueden incluirse ahora en este precepto (cfr. *supra* capítulo XVIII). La «distracción» es también una forma de apropiación: el que distrae piensa devolver la cosa, mientras que el que se la apropia no piensa ni por un momento en la devolución. Esto es importante para incluir también en la apropiación indebida la utilización para negocios propios de cosas poseídas, por ejemplo, en administración, pues ya la disposición de las mismas, salvo que se trate de un simple uso, es una forma de

apropiación, como si se fuera propietario de la misma y, por tanto, exponiéndose a riesgos que sólo puede asumir el verdadero propietario. La mera disposición sin esta apropiación sólo es punible como administración desleal o fraudulenta prevista en el ámbito societario en el art. 295 (cfr. *infra* capítulo XXIII).

— *Negar haber recibido las cosas.* Si, faltando a la verdad, se niega haber recibido una cosa mueble con obligación de devolverla, existe una presunción de apropiación, de ahí que se mencione expresamente esta modalidad comisiva. Pero también existe esta presunción, aunque no se mencione expresamente, cuando se afirma, falsamente, haber ya devuelto la cosa entregada. En ambos casos la intención es la misma: apropiarse de las cosas. 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* (véase *infra* y STS 27 junio 1975).

El objeto material ha de ser una cosa mueble, mencionándose expresamente el dinero, efectos y valores, o activo patrimonial.

Estas cosas han de ser recibidas en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Es decir, *la cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión.* En la frase «u otro título» han de entenderse comprendidos otros contratos traslativos de la posesión como el comodato, el mandato y la prenda con desplazamiento. Respecto a las cosas cuya posesión se transmite se comprenden también los contratos de arrendamientos y aparcería. Por las razones ya dichas no pueden asimilarse a estos títulos el contrato de préstamo o mutuo, porque transmite la propiedad, y por las mismas razones la compraventa a plazos y la prenda sin desplazamiento, salvo la excepción ya citada. 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 objetos del patrimonio comunitario en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos (STS 27 junio 1975). Lo mismo puede decirse del administrador que utiliza los fondos sociales para fines propios, desviando el patrimonio social del objeto social a que estaba afecto (STS 23 junio 1973; véase comentario a esta sentencia de OLIVA GARCÍA, pp. 40 ss.). La cuestión de la tipicidad de la administración fraudulenta en el

Código penal vigente a través del delito de apropiación indebida ha sido, sin embargo, discutida, alegando que si la conducta no constituye una apropiación de fondos ajenos, sino sólo una disposición indebida en «abuso de confianza», sin ánimo de apropiación personal, puede constituir todo lo más el delito societario previsto en el art. 295. Sin embargo, en la STS de 26 de febrero de 1998 (caso «Argentina Trust») se considera que aunque no quede probada la apropiación en beneficio propio de 600 millones pertenecientes a la sociedad, el administrador que dispuso de ellos, sin que quede constancia de haberlos reintegrado a la sociedad, comete apropiación indebida, que en el nuevo Código penal sería de preferente aplicación por estar castigada más gravemente que el delito de administración social fraudulenta del art. 295 (en este sentido, también CONDE-PUMPIDO, pp. 50 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, pp. 1207 ss., quien considera que en el art. 252 hay en realidad dos delitos: uno, «apropiarse», de apropiación indebida; y otro, «distraer», de administración desleal; véanse STS 11 mayo 1999 y los trabajos de GÓMEZ BENÍTEZ, HAVA GARCÍA y SILVA CASTAÑO citados en bibliografía; en contra de esta interpretación, FERNÁNDEZ TERUELLO; cfr. *infra* capítulo XXIII).

### 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. 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 arrepentimiento posterior a la consumación (véase *infra*).

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 el tipo subjetivo. Sin embargo, en determinados casos se puede deducir el ánimo de apropiación de situaciones claramente indicadoras del mismo: no devolver el coche alquilado durante semanas, hacer préstamos con el dinero que se administra a intereses ridículos que prácticamente equivalen a su donación, etc. 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.

### Causas de justificación

El delito de apropiación indebida es el resultado de una serie de negocios jurídicos que motivaron la entrega o transmisión de la posesión de las cosas y que muchas veces condicionan su antijurisicidad. Como causas de justificación suelen invocarse el derecho de retención y el estado de liquidación o rendición de cuentas pendientes. Por lo que respecta al *derecho de retención* el Código civil y el Código de comercio permiten en algunos casos que se retengan por el poseedor las cosas a él entregadas hasta que se le satisfagan los gastos realizados para su conservación, manutención, etc.; el ejercicio de este derecho dentro de los límites marcados en estos cuerpos legales justifica indudablemente la apropiación (véase QUINTANO, Curso II, pp. 925 ss.). En íntima relación con el derecho de retención se encuentra la *liquidación de cuentas pendientes* entre los distintos sujetos del título traslativo de la posesión. El que exista una liquidación pendiente no implica necesariamente la justificación de la apropiación indebida y todo lo más puede tener importancia para la determinación de la cuantía del perjuicio y consiguientemente de la pena. Pero si la liquidación revela un estado de deudas recíprocas entre las partes, la apropiación de las cosas por un importe inferior a la cuantía de la deuda puede estar justificada.

### Consumación

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 perjuicio suelen coincidir, pero si, 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. 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, excluyen la consumación e incluso el castigo por tentativa, si se trata de un desistimiento voluntario (cfr. STS 17 abril 1964). Distinto del desistimiento es el arrepentimiento posterior a la consumación, es decir, posterior a la producción del perjuicio, que todo lo más puede constituir una circunstancia atenuante (art. 21.5ª). 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 querrelas (muy interesante al respecto STS 14 noviembre 1975. En contra, SAINZ-PARDO, pp. 156 ss., no admite las formas imperfectas de ejecución, considerando que la acción de apropiarse y el resultado perjudicial se dan *simultáneamente*, de la misma opinión BAJO II, p. 421. En el sentido del texto, VIVES, en VIVES/BOIX, p. 969).

### Delito continuado

Igual que en otros delitos patrimoniales como la estafa y el hurto, la apropiación indebida puede darse en ejecución de un plan preconcertado a través de una pluralidad de acciones que, conforme al art. 74,1 y 2, pueden considerarse como un solo delito a sancionar por el importe del perjuicio total causado. Sin embargo, cuando se trate del supuesto previsto en el nº 6º del art. 250,1 («revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio»), o cuando este supuesto se dé junto con el nº 1º del mismo artículo («cosas de primera necesidad»), la apropiación indebida, igual que la estafa, se rige por las reglas específicas de determinación de la pena previstas en el art. 250.

### Penalidad

Ya hemos dicho que las penas de la apropiación indebida son las de los arts. 249 ó 250, a los que se remite expresamente el art. 252. Tanto en este artículo como en los que regulan otras formas de apropiación (arts. 253 y 254), el hecho sólo es delito si el valor de lo apropiado excede de 400 euros, constituyendo falta si no llega a esa cantidad (art. 623,4).

En los casos de *depósito miserable o necesario* (art. 1781 Cc) las penas se impondrán en su mitad superior.

## Supuestos especiales de apropiación indebida

Como ya se ha advertido anteriormente, puede darse el caso de que algún precepto de una Ley extrapenal equipare a la apropiación indebida hechos que realmente no lo son. Uno de ellos era el recogido en el art. 6 de la Ley de 27 de julio de 1968, que ha sido expresamente derogado por el Código penal de 1995. Dicho artículo castigaba como apropiación indebida la no devolución de las cantidades anticipadas a cuenta para la construcción de viviendas. Pero aunque era cierto que la calificación de apropiación indebida forzaba la naturaleza jurídica del título por el que se entregaban dichas cantidades (una especie de compraventa de cosa futura o contrato de cesión que, en principio, transmite la propiedad del dinero entregado a cuenta), muchos de los casos juzgados por los Tribunales podían también ser considerados desde el punto de vista de la estafa, posibilidad que sigue obviamente vigente (véanse MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 321; MAJÓN, 1988; GONZÁLEZ CUSAC; y MUÑOZ CONDE, 1989). Otro supuesto especial de apropiación indebida se derivaba de la anterior Ley de compraventa de bienes muebles a plazos, en cuyo art. 12 se disponía claramente que «el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código penal para los delitos de apropiación o daños». Respecto a este último precepto la jurisprudencia extrajo claramente las consecuencias que de él se derivaban, castigando, como apropiación indebida, la disposición o enajenación por parte del comprador del objeto vendido a plazos antes de haber satisfecho el último plazo, desvirtuando de este modo el sentido originario del delito de apropiación indebida. Sin embargo, la nueva Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles no recoge un precepto similar, y la jurisprudencia está interpretando que el incumplimiento de las cláusulas de reserva de dominio o las prohibiciones de enajenar que permite establecer dicha ley sólo tienen efectos civiles (cfr., por ejemplo, STS 25 julio 2001).

Dificultades similares pueden darse con otros supuestos de «apropiación indebida» anómalos como el ya citado del art. 59 de la Ley de hipoteca mobiliaria, aunque en este caso al recaer la acción sobre cosas muebles perfectamente identificables es más fácil construir una especie de posesión o depósito sobre las mismas (véase CASTINEIRA PALOU, 1983, pp. 55 ss.).

Otro problema que se viene planteando en los últimos años, éste sin previsión legislativa expresa, es el del impago por parte del empresario de la cuota obrera a la Seguridad Social que ha descontado del salario del trabajador. A la vista de las dificultades que tiene considerar este hecho como apropiación indebida, dado que en este caso el empresario se apropia de cantidades que son originariamente suyas, un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia consideran que hay que incluirlas en el art. 307, que tipifica expresamente las defraudaciones a la Seguridad Social, aunque con ello quedan impunes las apropiaciones que no llegan a la cuantía exigida en dicho precepto, 120.000 euros (véase *infra* capítulo XLIII). Sobre la discusión en el Código penal anterior, véase MUÑOZ CONDE, 12ª/13ª ed., pp. 429 y 430). Un problema similar y la misma solución se plantea con la apropiación

ción de las cantidades retenidas en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF; véanse MARTÍNEZ PÉREZ, 1984/1985, p. 110 y STS 17 octubre 1988; empresario que no entregó en Hacienda los importes del impuesto de lujo pagados por los compradores de automóviles). Este supuesto ha sido tipificado expresamente como delito contra la Hacienda Pública en el art. 305 (véase *infra* capítulo XLIII).

## Apropiación de bien perdido

La reforma de 1983 introdujo en el pfo. 2º del art. 535 lo que antes se tipificaba como hurto en el art. 514,2º, castigándose ahora en el art. 253 con la pena de multa de tres a seis meses a «los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años».

Aunque la denominación de apropiación indebida para este supuesto es correcta, hay que advertir que el hecho no es exactamente una apropiación indebida pues la cosa perdida o de dueño desconocido encontrada por alguien no se tiene por ninguno de los títulos mencionados en el art. 252.

Por *bien perdido* ha de entenderse el bien mueble del que accidentalmente está privado su propietario por algún acto que lo ponga fuera de su alcance. A él se equipara la cosa de dueño desconocido. No tiene tal cualidad, sin embargo, la *cosa abandonada*, que puede ser objeto de apropiación por cualquiera, igual que la *res nullius*. La cosa olvidada, por el contrario, está dentro de la esfera de custodia del propietario y su apropiación puede constituir hurto, aunque de hecho puede seguir el mismo régimen que la cosa perdida.

El delito se produce cuando el que se encuentra la cosa perdida o de dueño desconocido se apropia de ella, aunque no es suficiente con que se incumplan los deberes que impone el art. 615 del Código civil.

La jurisprudencia incluye en este delito el apoderamiento del total del tesoro oculto por quien se lo encuentra, aunque con más propiedad cabría hablar de hurto, ya que, en principio, existe una copropiedad del propietario del fondo y del que se encuentra el tesoro que sólo tiene derecho a exigir la mitad del mismo, por lo que el hurto sería de la cuota correspondiente al propietario del lugar donde se encontró. Si la cosa es de interés artístico, histórico, cultural o científico, la pena es de prisión de seis meses a dos años.



### Apropiación de cosa recibida por error

El art. 254 castiga con la pena de multa de tres a seis meses al que «habiéndolo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros».

Se trata de un supuesto de apropiación indebida, en el que, sin embargo, la entrega de la cosa no es reconducible a uno de los títulos citados en el art. 252, de ahí la necesidad de su tipificación expresa para evitar una laguna de punibilidad que tampoco podía salvarse incluyéndolo en el hurto. El delito puede darse también cuando el error lo comete un tercero (por ej., el cartero o el mensajero que entrega un paquete o carta en la dirección equivocada, o el banco que ingresa en una cuenta la cantidad que debería ingresar en otra). El tipo subjetivo requiere el ánimo de apropiación una vez comprobado el error; ánimo de apropiación que se puede manifestar tanto negando haber recibido el objeto, como no procediendo a su devolución (véase RODRÍGUEZ RAMOS, 1982).

El art. 269 prevé el castigo de la proposición, la provocación y la conspiración.

### DEFRAUDACIONES DEL FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

**Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* MORILLAS CUEVA, *Defraudaciones del fluido eléctrico*, RGLJ 1981; RODRÍGUEZ DEVESA, *Defraudación de energía eléctrica y análogos*, NEJ IV, 1954. *Sobre el Código penal de 1995:* BLANCO LOZANO, *El delito de defraudación de fluido eléctrico*, La Ley 1997.

Antes de su tipificación expresa se dudaba sobre si calificar a la energía como cosa y sobre si habría que encuadrar su apoderamiento entre los supuestos de hurto o de estafa. La jurisprudencia se inclinó, a través de una dudosa interpretación analógica, por incluir estos hechos en el delito de hurto (así, por ej., STS 30 octubre 1910). La polémica se cortó legislativamente con la Ley de 10 de marzo de 1941, que después se incorporó al Código penal de 1944 ocupando una Sección en el Capítulo IV bajo el nombre genérico de «Defraudaciones del fluido eléctrico y análogos». Actualmente dichos delitos