



Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado con objeto de dilucidar la responsabilidad penal por irregularidades en la gestión de una comunidad “*ad Aedificandum*”.

Autor/es

Cristina Leza López

Director/es

Alberto Lafuente Torralba

Año 2017

ABREVIATURAS

TS → Tribunal Supremo

STS → Sentencia del Tribunal Supremo

SAP → Sentencia de la Audiencia Provincial

CP→ Código Penal

LECRIM → Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ→ Ley Orgánica del Poder Judicial

IVA → Impuesto sobre el Valor Añadido

ITP → Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

SL → Sociedad Limitada

ÍNDICE

	Pag
I. ANTECEDENTES DE HECHO	5
1. PARTES	5
2. HECHOS	5
3. ESQUEMA	8
II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	9
III. ACTUACIONES PREVIAS	10
IV. NORMATIVA APLICABLE	11
V. RAZONAMIENTO JURÍDICO	13
1. ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	13
1.1. Competencia	13
1.2. Legitimación activa	13
A) Los comuneros, la acusación particular	
B) Ministerio Fiscal	
1.3. Legitimación pasiva. ¿Responsabilidad de la empresa o de la persona física?	15
2. ESTUDIO SOBRE LA ESTAFADA, LA APROPIACIÓN INDEBIDA Y LOS DELITOS SOCIETARIOS	16
2.1. <u>Estafa</u>	16
A) Concepto	
B) Elementos objetivos	
a) Conducta engañosa	
b) Error	
c) Acto de disposición patrimonial	
d) Perjuicio patrimonial	
e) Relación de causalidad	
C) Elementos subjetivos	
D) Penalidad	
2.2. <u>Apropiación indebida</u>	19
A) Concepto	

B) Elementos	
C) Determinación de la pena	
2.3. <u>Administración desleal</u>	21
A) Concepto	
B) Conducta típica	
C) Determinación de la pena	
 3. Pero si tal conducta tiene lugar en el ámbito societario, porque se actúa sobre una mercantil ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA ADMINISTRACIÓN DESLEAL O APROPIACIÓN INDEBIDA?	22
 4. APLICACIÓN DE AGRAVANTES	24
4.1. En general	24
4.2. Abuso de confianza	26
4.3. Recae sobre bienes de primera necesidad o viviendas	26
 5. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	27
 6. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA	29
 7. PRUEBAS Y MEDIDAS CAUTELARES	30
 VI. CONCLUSIONES	34
VII. REFERENCIAS	37

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. PARTES

Acusado: Cayetano Cardona Castillo. Actúa en nombre de la sociedad ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIOS S.L,

Como Responsable Civil Subsidiario:

- ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIOS S.L
- Juan Mendoza

Acusación:

- **Ministerio Fiscal**
- **Perjudicados:** Los comuneros de “Comunidad de Bienes RESIDENCIAL VAL DE TAUS.”

2. HECHOS

Administración de patrimonios S.L publicitó en 2015 la construcción de un edificio residencial en Valdespartera: una promoción en régimen de comunidad que suponía un ahorro en costos nunca inferior al 25% del precio de vivienda, y en algunos casos este ahorro llegaba al 50%, y que el único costo en organización de una comunidad está en abonar honorarios a Administración de patrimonios S.L.

El 18 de septiembre de 2015 se constituyó en escritura pública la “Comunidad de bienes residencial Val de Taus” y se concedió por los comuneros existentes un mandato de gestión al acusado. En esa escritura se estipularon sus honorarios en un 3% sobre “cuantas cantidades integren el importe de la ejecución, así como sobre el precio de la finca a adquirir”. Además, en la escritura se establecía que los comuneros eran propietarios y responsables de todo el inmueble, y lo prometido por Cayetano a los comuneros era que cada comunero era propietario y responsable solo de su piso concreto.

En el ejercicio de la gestión, el acusado, con ánimo fraudulento, cargaba gastos a la comunidad que nada tenían que ver con esta, y facturó una cantidad muy superior al 3% estipulado. Además, llevó a cabo múltiples subcontrataciones a diferentes profesionales (aun a pesar de haber prometido encargarse él mismo de toda la gestión), con la intención de incrementar el coste de ejecución. Las gestiones, gastos y subcontrataciones realizados a terceros por el acusado son las siguientes:

- Por asesoramiento legal: factura de 91.022,06
- Verificación de Documentos contables: factura de 26.264€
- Asesoría contable y fiscal: Factura de 16.576,87€
- Por publicidad: factura 106.289,45€
- Por alquiler de oficina: Factura de 6.709€
- Material de oficina: Factura de 8.965,81€
- Combustible para su automóvil: 5.695,09€

El acusado, Cayetano Cardona Castillo, a través de “Administración de patrimonios S.L” emitió facturas por conceptos desconocidos para la Comunidad de Bienes y en virtud de acuerdos que nunca alcanzó con los comuneros, procediendo a retirar el importe de dichas facturas de las cuentas bancarias de la Comunidad de Bienes, apropiándose de dichas cantidades:

- Factura F-V/20 de 5 de Agosto de 2.016 por importe de 14.160 euros.
- Factura F-V/21 de 11 de Agosto de 2.016 por importe de 3.000 euros.
- Factura F-V/22 de 23 de Agosto de 2.016 por importe de 123.900 euros.
- Factura F-V/25 de 31 de Agosto de 2.016 por importe de 23.600 euros.
- Factura F-V/26 de 13 de Septiembre de 2.016 por importe de 25.500 euros.

La suma total de las transferencias realizadas asciende a la cantidad de CIENTO NOVENTA MIL CIENTO SESENTA EUROS (190.160,00 €)

Los comuneros, para dividirse los pisos en propiedad, también tuvieron que ingresar las cantidades correspondientes para la “Provisión de fondos para tramitación de escrituras de disolución de condominio y adjudicación” (Octubre y noviembre de 2016), ascendiendo lo ingresado por los comuneros a 249.853,96 €.

Finalmente, la tramitación de la escrituras de adjudicación no fue realizada por el acusado, por lo que su obligación era la de devolver a los comuneros todas y cada una de las cantidades que le habían sido entregadas por este concepto. El acusado realizó, para cumplir con su obligación de devolución, tres transferencias bancarias por importe total de 113.500 € apropiándose de la cantidad restante, esto es, de CIENTO TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES CON NOVENTA Y SEIS EUROS (136.353,96 €).

Luego de esto, los comuneros tuvieron que abonar lo correspondiente al IVA por un importe total de 392.129,76 euros, pero el acusado destinó dicho importe a satisfacer otros pagos diferentes a la liquidación del impuesto del I.V.A. En este sentido, en fecha 20 de Diciembre de 2.016 se procedió a efectuar la oportuna autoliquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido, resultando la obligación de pagar a la Agencia Tributaria la cantidad de 392.129,76 euros. En lugar de ingresar dicha cantidad en la Agencia Tributaria, se solicitaron sucesivos aplazamientos, y más adelante, ya en 2017, la agencia Tributaria procedió a tratar embargo sobre las cuentas bancarias de los comuneros, conociendo en aquellas fechas que tenían una deuda con la Agencia Tributaria de más de 310.818,30 euros, de los cuales CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON NOVENTA Y NUEVE EUROS (52.799,99 €) eran por recargos de apremio.

Se ha conocido por los comuneros la existencia de irregularidades cometidas por “Administración de patrimonios S.L.” y Don Cayetano Cardona Castillo en las autoliquidaciones del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de la Comunidad de Bienes, existiendo una deuda con la Agencia Tributaria de 37.356 euros, de los cuales SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS EUROS (6.226,00 €) eran de recargo de apremio.

Destacar que nunca se llegó a realizar una rendición de cuentas.

Por último, aparecen transmisiones de dinero a su socio, Juan Mendoza, por valor de 3.000 Euros todos los meses desde la cuenta de Administración de Patrimonios S.L, cuya razón se desconoce.

3. ESQUEMA DEL CASO

Para facilitar la comprensión de los antecedentes del caso y aclarar la secuencia cronológica de lo acontecido, se procederá a continuación a la elaboración del siguiente esquema:

- **Publicitación** del edificio en 2015, Cayetano engaña a los comuneros haciéndoles creer que solo van a ser propietarios de su parte del inmueble, es decir, de su piso.
- “comunidad de bienes residencial Val de Taus” en **escritura pública**. 18/9/2015 donde se le otorga al acusado mandato de gestión. En esta escritura se pacta el 3% del coste de gestión como honorarios a Cayetano.
- **Cargar cuentas** a la comunidad que nada tienen que ver con esta:
 - Asesoría contable y fiscal: Factura de 16.576,87€
 - Por publicidad: factura 106.289,45€
 - Por alquiler de oficina: Factura de 6.709€
 - Material de oficina: Factura de 8.965,81€
 - Combustible para su automóvil: 5.695,09€
- **Facturas por conceptos desconocidos:**
 - Factura F-V/20 de 5 de Agosto de 2.016 por importe de 14.160 euros.
 - Factura F-V/21 de 11 de Agosto de 2.016 por importe de 3.000 euros.
 - Factura F-V/22 de 23 de Agosto de 2.016 por importe de 123.900 euros.
 - Factura F-V/25 de 31 de Agosto de 2.016 por importe de 23.600 euros.
 - Factura F-V/26 de 13 de Septiembre de 2.016 por importe de 25.500 euros.

- **Dividir propiedad, ingreso por provisión de fondos:**

1. Los comuneros ingresan 249.853,96€
2. El acusado no realiza la gestión, y devuelve 113.500€ en tres transferencias bancarias
3. Se apropiá de lo restante: $249.853,96€ - 113.500€ = 136.353,96€$

- **Respecto del IVA**

1. Los comuneros ingresan 392.129,76€
2. El acusado, en vez de ingresarlos en la agencia tributaria, solicita múltiples aplazamientos y utiliza el dinero para otras gestiones.
3. en 2017 la agencia tributaria embarga cuenta de la comunidad.
4. Tienen una deuda de 310.818,30€, de los cuales 52.799,99 son recargos de apremio

- **Respecto de ITP**

1. Deuda de 37.356
2. de los cuales 6.226 son de recargos de apremio.

- **Transferencias mensuales** por importe de 3.000€ para él y su socio Juan Mendoza

II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

1. **Cuestiones procesales:** ¿Trámites previos? ¿Tribunal competente? ¿Tipo de procedimiento? ¿Legitimación activa? ¿Legitimación Pasiva?
2. **¿Cuál es el tipo delictivo aplicable?**
3. **Diferencia entre apropiación indebida y administración desleal.**
4. **¿Se aplican agravantes en este supuesto?**
5. **¿Tiene la empresa responsabilidad penal?**
6. **¿A quién pediríamos responsabilidad civil?**
7. **¿Qué pruebas o medidas cautelares pediríamos en el escrito de acusación?**

III. ACTUACIONES PREVIAS

En primer lugar, los comuneros, antes de acudir a nuestro despacho, interponen una denuncia ante la Policía, y la policía remite los hechos a la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal, de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Comisaría General de Policía Judicial, donde investigan la causa.

La Unidad de Delincuencia Económica, según la página web de la Policía Nacional, “*asume la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbito nacional e internacional, en materia de delincuencia económica y fiscal, así como la coordinación operativa y el apoyo técnico a las respectivas Unidades territoriales.*”

Pero la Unidad de Delincuencia Económica se divide a su vez en Brigadas, y en este caso la Brigada a la que le corresponde la investigación es a la Brigada Central de Delincuencia Económica y Fiscal, “*a la que le corresponde la investigación de los delitos relacionados contra las Haciendas Públicas, contra la Seguridad Social, sus Entidades Gestoras en sus distintas modalidades, y los delitos contra los derechos de los trabajadores, fraudes financieros, fraudes en los medios de pago, delitos bursátiles, espionaje industrial y estafas de especial trascendencia.*”

Una vez la Policía obtiene los indicios necesarios para creer que se está cometiendo un delito, realiza el atestado y lo envía al juzgado.

Art 772 LECrim: “*La Policía extenderá el atestado de acuerdo con las normas generales de esta Ley y lo entregará al Juzgado competente, pondrá a su disposición a los detenidos, si los hubiere, y remitirá copia al Ministerio Fiscal.*”

Una vez que el juzgado de instrucción ya tiene a su disposición el atestado, se comienza con las diligencias previas para constatar que los hechos se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación de un tipo penal. Terminada la fase de instrucción, el juzgado de instrucción comunicará al fiscal y a los demás acusadores con traslado de lo actuado, y estos podrán solicitar la apertura del juicio oral a través del escrito de acusación.

En medio del desarrollo de la fase de instrucción, los comuneros acuden al despacho a contarnos lo sucedido y pedir ayuda respecto al problema que han tenido con Cayetano, para que les defendamos en el procedimiento. Al contarnos con todo detalle los hechos acontecidos, realizamos el escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral.

Respecto de actuaciones extrajudiciales, en este caso no puede hacerse gran cosa, más que convocar varias reuniones con los comuneros para no perder detalle alguno sobre lo sucedido, y así conseguir una mejor defensa. Todo lo demás, acontecerá dentro del procedimiento judicial.

IV. NORMATIVA APLICABLE

1. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, EL CÓDIGO PENAL

1.1. DE LAS ESTAFAS

✓ Artículo 248

Artículo 248 redactado por el apartado sexagésimo primero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).*Vigencia: 23 diciembre 2010*

✓ Artículo 249

Artículo 249 redactado por el número ciento veinticinco del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).*Vigencia: 1 julio 2015*

✓ Artículo 250

Artículo 250 redactado por el número ciento veintiséis del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).*Vigencia: 1 julio 2015*

Artículo 250 redactado por el apartado sexagésimo segundo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).*Vigencia: 23 diciembre 2010*

✓ Artículo 251

1.2. DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II redactada por el apartado ciento veintisiete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

✓ Artículo 252

Artículo 252 redactado por el apartado ciento veintiocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). *Vigencia: 1 julio 2015*

1.3. DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA

- ✓ **Artículo 253**

Sección 2.^a bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II introducida por el número ciento veintinueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).*Vigencia: 1 julio 2015*Artículo 253 redactado por el número ciento treinta del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

- ✓ **Artículo 254**

1.4. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

- ✓ **Artículo 111**
- ✓ **Artículo 120**
- ✓ **Artículo 122**

1.5. AUTORÍA

- ✓ **Artículo 27**
- ✓ **Artículo 28**
- ✓ **Artículo 31 bis**

2. REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882, APROBATORIO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

- ✓ **Artículo 781**
- ✓ **Artículo 14**
- ✓ **Artículo 772**
- ✓ **Artículo 757**
- ✓ **Artículo 101**
- ✓ **Artículo 102**
- ✓ **Artículo 773**
- ✓ **Artículo 656**

3. LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL.

- ✓ **Artículo 82.**

4. LEY 50/1981, DE 30 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL.

✓ Art. 3

V. RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Competencia

En el caso que nos ocupa, el Tribunal que debe ocuparse del asunto es la **Audiencia Provincial de Zaragoza**.

Esto es así debido a la gravedad de los delitos por los que se acusa, como veremos en las siguientes páginas, que tienen una pena mayor de cinco años, y según el artículo 14.4 de la LECrim estos delitos han de juzgarse en la Audiencia Provincial, y más concretamente, en la circunscripción donde el delito se haya cometido, en este caso Zaragoza.

Artículo 14 LECrim:

“3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía (...) el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido.

5. Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido”

1.2. Procedimiento

El procedimiento que ha de seguirse, según el artículo 757 de la LECrim es el procedimiento abreviado, al ser delitos con penas no mayores a 9 años de prisión.

1.3. Legitimación activa

A) Comuneros, la acusación particular

Hay que tener en cuenta que en el momento de interponer la acción la comunidad ya se había extinguido, y por tanto los comuneros actúan cada uno en su propio nombre, y la representación no puede constituirse en forma de comunidad de bienes, sino que deben ser representados individualmente.

Tal y como dice el artículo 101 de la Lecrim, la acción penal es pública, y por tanto la acusación particular puede ser ejercida por cualquiera que se encuentre en plenitud de sus derechos civiles, excepto el que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querella calumniosas y el Juez o Magistrado (Art 102 LEcRim).

En el supuesto, los comuneros son los perjudicados del delito, y por tanto, estos pueden pedir la restitución de los bienes, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, según el artículo 109 del Código penal:

“1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.”

En conclusión, los comuneros tienen la legitimación activa tanto de la acción penal como la civil, y pueden ser parte del proceso, como víctimas de la acción delictiva.

B) El Ministerio Fiscal

El ministerio Fiscal es parte en este procedimiento, y el artículo que abala que el MF pueda participar en la causa es el artículo 124 de la CE, pero las funciones desarrolladas se encuentran en el artículo 3 del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal:

“corresponde al Ministerio Fiscal:

1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.

2. *Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales.*
3. *Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.*
4. **Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.”**

Además, también se encuentra regulado en el artículo 773 de la LECrim:

“El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.”

1.4. Legitimación pasiva. ¿Responsabilidad de la empresa o de la persona física?

Por un lado, Cayetano es el autor y responsable penal de los hechos descritos anteriormente según el artículo 27 y 28 del CP, que dicen lo siguiente: “Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.” “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

Por otro lado, Cayetano realiza los hechos por medio de un instrumento, la sociedad Administración de Patrimonios S.L, y según una reciente normativa de 2010 la empresa también puede ser responsable penal del delito, pero esta cuestión la resolveremos más ampliamente en el apartado “Responsabilidad Penal de la Empresa”.

2. ESTUDIO SOBRE LA ESTAFA, LA APROPIACIÓN INDEBIDA Y LOS DELITOS SOCIETARIOS

1) Estafa

A) Concepto

Antes de centrarnos en el caso concreto a analizar, haremos un repaso general a la figura de la estafa en nuestro Código Penal. El concepto de estafa aparece recogido en el artículo 248.1 del CP, dentro de los delitos de defraudaciones.

“1. Cometan 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.”

Además, respecto de la doctrina jurisprudencial de los negocios o contratos civiles criminalizados, tiene declarado el Tribunal Supremo (STS 801/2007, de 16 de octubre) que “cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado.” “Todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado” (2 de junio de 1999, 26 de febrero de 2001 y 27 de mayo de 2003).

El bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio considerado en su conjunto. En el CP podemos distinguir varios tipos de estafa, la estafa genérica o común, y otras estafas específicas. En este caso concreto nos encontramos ante un supuesto de estafa genérica, recogido en el artículo 248.1 del CP. Los elementos objetivos que se desprenden de este delito son: conducta engañosa, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio patrimonial y relación de causalidad entre los anteriores. Los elementos subjetivos son dolo y ánimo de lucro.

B) Elementos objetivos

a) Conducta engañosa:

Para que haya una conducta engañosa, es necesaria una alteración de la verdad de modo suficiente para producir el subsiguiente error en la víctima, e inducir a esta a realizar la disposición patrimonial, lo que viene a ser llamado por la jurisprudencia “idoneidad del engaño” (STS de 19 de junio de 1995). No obstante, hay que tener en cuenta también las situaciones personales del caso concreto.

No hace falta insistir más en este apartado, puede verse sin mayor dificultad que en este caso concreto sí se ha producido una conducta engañosa: Cayetano hace creer a los comuneros que a cambio del precio van a adquirir una futura vivienda, por lo que los comuneros realizan una disposición patrimonial a su favor.

b) Error:

El error ha de recaer sobre otra persona y ser originado por el engaño, es decir, debe existir relación de causalidad entre el error y el engaño. De nuevo, no encontramos mayor complicación para aplicarlo en el caso concreto, el error en el que caen los comuneros se encuentra inducido por el engaño al que los somete Cayetano.

c) Acto de disposición patrimonial:

Que cause la disminución del patrimonio propio o de un tercero. Además debe haberse producido como consecuencia del error sufrido por la persona engañada.

d) Perjuicio patrimonial:

Consiste en la disminución del patrimonio del engañado, pero solo en la cuantía de lo defraudado o dispuesto, pues cualquiera otra disminución o perjuicio sólo es relevante para la determinación de la responsabilidad civil.

e) Relación de causalidad:

Es necesario que todos los elementos del tipo se encuentren en una relación interna lógica y necesaria de manera que su orden de aparición no puede ser alterado.

Hasta ahora, los elementos objetivos de la estafa no nos llevan a mayores complicaciones, siendo sencilla la aplicación al caso concreto, que de momento encajaría a la perfección con la figura de la estafa.

C) Elementos subjetivos

Es aquí donde debemos detenernos con más minuciosidad. Suele entenderse que el dolo en la estafa consiste en la conciencia y voluntad de engañar a otro, pero, además, el dolo ha de coincidir en el tiempo con el engaño: un dolo posterior a este no convertiría en delito la supuesta maquinación engañosa.

Es por lo anterior, que es determinante averiguar si el sujeto es consciente desde el principio de que no va a cumplir la obligación contraída.

Según el Tribunal Supremo (2 de junio de 1999, 26 de febrero de 2001 y 27 de mayo de 2003) “si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un *dolo subsequens* que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa.” Es decir, que el dolo de la estafa no puede ser posterior al engaño, tiene que coincidir temporalmente con este.

En este caso, no sabemos si Cayetano obró de forma dolosa cuando contrató con los comuneros, no se encuentra probado que actuase con dolo defraudatorio previo que exige la jurisprudencia para el delito de estafa. Según si probásemos que el dolo es defraudatorio previo o *subsequens*, la solución sería una u otra.

D) Penalidad

La pena que corresponde a los autores de los delitos de estafa se encuentra recogida en el artículo 249 del CP:

“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. 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 en este caso concreto, si se llegase a condenar al acusado, se le condenaría al artículo 250.2, por afectar el engaño a bienes de primera necesidad (viviendas) y ser el valor de lo defraudado mayor a 50.000€:

“Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.”

2) Apropiación indebida

En caso de que los elementos de la estafa no se den, se aplicaría subsidiariamente el delito de apropiación indebida.

A) Concepto

El concepto de la apropiación indebida se encuentra regulado en el artículo 253 del CP, y dice lo siguiente:

“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.” Es decir, comete el delito de apropiación indebida el que tiene la posesión de la cosa, recibida legítimamente de su propietario, pero con su acción ilícita se arroga asimismo la propiedad de la misma.

El bien jurídico protegido en este delito es la propiedad. El objeto material del delito son las cosas muebles ajenas, incluyendo el dinero, y, por último, la acción típica consiste en apropiarse, para sí o para tercero; *“en realizar actos de disposición dominical de la cosa o que sean indicativos de la adquisición de la propiedad”* (STS 1254/1998 de 22 de octubre). Los títulos idóneos de recepción para aplicar el tipo penal que concreta el CP son la comisión o administración, pero termina con una fórmula abierta que “permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía.”

La jurisprudencia llega a la conclusión de que la apropiación indebida se consuma mediante dos conductas:

1. Percibir por cualquier título que produzca obligación de entregar o devolver dinero o cualquier cosa mueble, con la finalidad específica de devolverla a quien la entrega o de dársela a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada.
2. “*Trasmutar dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de la confianza recibida, disponiendo de ellos, dándole otro destino, negando haberlos recibidos, o, sencillamente, adueñándose de ellos, indebidamente.*” (SAP de las Palmas 179/2015 del 02/09/2015)

B) Elementos

La jurisprudencia establece dos elementos que deben darse para poder aplicar el tipo en el supuesto concreto (STS. 143/2005 de 10.2 (RJ 2005, 1134):

- a) En primer lugar, que el sujeto tenga la voluntad de arrebatar de forma definitiva al titular de los bienes de estos mediante sustracción;
- b) Y, en segundo lugar, que el sujeto tenga la voluntad de incorporar los bienes sustraídos a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria o de distraer los bienes.

Con estos dos elementos, la jurisprudencia exime de tipicidad las conductas que obren con ánimo de devolución de la cosa, ya que este ánimo de devolución significaría que el sujeto no tiene voluntad de privar definitivamente al titular de los bienes.

- c) Elemento subjetivo: el dolo, que se actúe con la intención de perjudicar a un tercero.

En nuestro caso concreto, Cayetano se apropiá de varias cantidades dinerarias que corresponden a los comuneros, y en ningún momento tiene voluntad de devolverlas, hasta niega deber cantidad alguna a los comuneros.

C) Determinación de la pena

Según el artículo 253 CP, para la determinación de la pena de la apropiación indebida se recurre a los artículos 249 y 250 del delito de estafa, por tanto, el artículo a aplicar será el mismo que el citado anteriormente en el apartado de la estafa.

3) Administración desleal

A) Concepto

La administración desleal se encuentra regulada en el artículo 252 del CP, donde dice que cometerán el tipo de la administración desleal “*los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*”

En este tipo delictivo, el sujeto activo debe de tener facultades para administrar un patrimonio ajeno, ser el administrador del mismo.

B) La Conducta Típica

La conducta típica consiste en infringir las facultades de administración mediante el exceso en el ejercicio de las mismas y causar un perjuicio al patrimonio administrado. A diferencia de la apropiación indebida, el sujeto activo no tiene que realizar un acto de apropiación para lesionar el patrimonio del administrado. Lo ilícito consiste en la utilización de estas facultades de disposición en sentido contrario al fin para el que se le han otorgado.

C) Determinación de la Pena

En la administración desleal el artículo 252 CP también remite a los artículos de la estafa para la determinación de la pena, es decir, artículo 250 CP.

En el caso concreto, nos encontraríamos con la duda de que, si en caso de no considerar la actuación de Cayetano como una estafa, ¿Nos encontraríamos ante una apropiación indebida o administración desleal? Resolvemos en el siguiente apartado.

3. Pero si tal conducta tiene lugar en el ámbito societario, porque se actúa sobre una mercantil ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA ADMINISTRACIÓN DESLEAL O APROPIACIÓN INDEBIDA?

Antes de meternos en materia, realicemos un **recordatorio** de cuál es la situación en la que nos encontramos. Al realizar el análisis de los presupuestos de la estafa, se llega a la conclusión de que el único de los puntos que podría no encajar para aplicar este tipo delictivo es el momento temporal del dolo: no sabemos si Cayetano actúa desde el principio con voluntad de engañar, o, por el contrario, el dolo es posterior al engaño.

Si consideramos que el sujeto ha actuado desde el primer momento con la voluntad de engañar, entonces aplicaríamos el tipo de la estafa, pero ¿y si consideramos que el dolo es posterior? En ese caso los tipos delictivos que encajarían con este caso concreto serían la administración desleal y la apropiación indebida. Al ser estos dos delitos muy similares, no podemos saber si a simple vista se aplicaría uno u otro, es por ello, que a continuación realizaremos un análisis más minucioso del conflicto ante el que nos encontramos.

Cayetano se apropia de unas cantidades de dinero que no le pertenecen, sino que son propiedad de los comuneros, pero ha tenido acceso a estas cantidades en virtud de un título jurídico que le permite hacerlo. Si tal conducta tiene lugar en el ámbito societario (porque se actúa sobre una mercantil) y se hace por tener poderes como administrador y el efecto es que el agente incorpora a su órbita de disposición algo que en ese momento no le pertenecía, ¿estamos ante una administración desleal o ante una apropiación indebida?

Como hemos dicho anteriormente, la administración desleal se **diferencia** de la apropiación indebida en que el sujeto activo no tiene que realizar un acto de apropiación para lesionar el patrimonio del administrado, lo ilícito consiste en la utilización de estas facultades de disposición en sentido contrario al fin para el que se le han otorgado.

Además, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el elemento diferenciador en uno y otro tipo delictivo. Como ejemplo, citaremos la Sentencia 683/2016 de 26 de julio, la STS 163/2016 de 2 de marzo, y STS 476/2015, de 13 de julio que establecen lo siguiente:

“En realidad 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)”

La reforma a la que se refieren es la recientemente incorporada en la LO 1/2015, donde se deroga el antiguo artículo 295 sobre delitos societarios, y se crea el nuevo delito de administración desleal trasladándolo a una nueva ubicación: a los delitos contra el patrimonio. Esto hace que la administración desleal se extienda 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 se ciña a los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes.

En el caso que nos ocupa, consideramos que Cayetano no ha realizado simplemente unos excesos en sus labores de gestión de la comunidad, sino que ya tenía un plan mediante el cual hacerse con el capital de los comuneros. Esta conducta, destinada a la apropiación de cantidades dinerarias ajenas, tiene que ser calificada como un delito de apropiación indebida, y no de administración desleal.

Cuando hemos analizado los presupuestos de la estafa, hemos hablado de que en la actuación de Cayetano no sabíamos si existía un dolo previo, y por ello no podemos estar seguros de la aplicación del tipo delictivo de la estafa; pero en el caso de la apropiación indebida es diferente, ya que para aplicar este tipo delictivo no hace falta un dolo previo, sino que, tal y como dice la jurisprudencia *“para apreciar el delito de apropiación indebida tiene que superarse 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 incorporación de los fondos a los que se ha accedido indebidamente (STS 374/2008, de 24 de junio, STS 228/2012 de 28 de marzo)”*

Por todas las repetidas acciones en las que Cayetano se apropió dinero de los comuneros, podría decirse que su intención de apropiarse de los fondos de los

comuneros es clara e inequívoca, sin dar lugar a que nos planteemos si estas acciones han sido meras equivocaciones fruto de errores de administración.

Además, la jurisprudencia establece otras distinciones entre administración desleal y apropiación indebida, es el caso de la STS nº 474/2016, de 2 de junio, SSTS 462/2009, de 12 de mayo; 623/2009, de 19 de mayo; 47/2010, de 2 de febrero y 707/2012, de 20 de septiembre, donde se dice: “*si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos –exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador –exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295”*

De nuevo, la actuación de Cayetano quedaría englobada dentro de la definición de apropiación indebida en la distinción anteriormente mencionada, ya que este actúa fuera de la gestión ordinaria de los asuntos, al conllevar la indisponibilidad por parte de los legítimos propietarios del dinero apropiado (los comuneros) y generan rentas a Cayetano, a quien no le correspondía ese derecho. Esto a través de las cinco facturas para apropiarse de la cantidad de dichos activos que le pareció conveniente, en perjuicio de la comunidad.

En conclusión, entre el tipo delictivo de la apropiación indebida y la administración desleal, ha quedado más que demostrado que de aplicar alguno de los dos, se aplicaría el delito de apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal, por ser el más idóneo para las acciones apropiatorias cometidas por Cayetano, que actúa con voluntad de apropiarse del patrimonio de los comuneros y causando un perjuicio definitivo en cuanto materializa un perjuicio consistente en disponer de lo que no se podía, en beneficio propio, derivado del acceso a los bienes de la comunidad.

4. APLICACIÓN DE AGRAVANTES

1) En general

Los tipos agravados, recogidos en el art 250 CP, implican la realización de todos los elementos del tipo básico de la estafa analizados. Para los delitos de apropiación

indebida y administración desleal el Código Penal establece las mismas agravantes que prevé el artículo 250 en sede de estafa (artículo 252 y 253 CP).

El artículo 250 fija una pena mayor, consistente en uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, cuando se den determinadas situaciones. En este caso concreto, la actuación de Cayetano podría dar lugar a la aplicación de las siguientes situaciones:

- Recae sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (Art 250.1.1. CP). La jurisprudencia entiende que sólo es aplicable este tipo cualificado a las viviendas que constituyen la primera residencia del sujeto pasivo, pero no las de segundo uso.
- Especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia (art 550.1.4.). El TS entiende que es un parámetro variable, en atención a las fluctuaciones del poder adquisitivo de moneda, y por ello las cantidades que considera incluidas en el tipo son orientativas (STS 636/2006 de 14 de junio: a partir de 36.000€ se aplicaría la agravación, pero carece de sentido por el tipo agravado del 550.1.5)
- El valor de lo defraudado supere los 50.000€ (250.1.5 CP).
- Con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional (250.1.6. CP). El segundo inciso se basa en la confianza que ha generado en el sujeto pasivo (probable profano o desconocedor de los aspectos técnicos de la relación que va a mantener) la credibilidad empresarial o profesional de que es notoriamente acreedor el sujeto activo, de la que este se aprovecha para la comisión del delito.

En primer lugar, parece claro que en este supuesto va a ser de aplicación la agravante del 250.1. 5º, ya que el valor de lo defraudado **supera los 50.000€**, la cantidad distraída y apropiada por Cayetano asciende a 161.152,54 euros.

Sin embargo, no está tan clara la aplicación de los tipos agravados del 250.1. 1º y 250.1. 6º, consistentes en actuar abusando de la relación de confianza y que la actuación recaiga sobre bienes de primera necesidad.

2) Abuso de Confianza

Respecto del **abuso de relación de confianza**, la jurisprudencia mayoritaria dice lo siguiente:

“La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajena, a la relación jurídica subyacente, en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza de la apropiación indebida” STS 758/2000 de 28 de abril

Por tanto, no podría considerarse un abuso de confianza el simple hecho de que exista una relación profesional entre ellos (Cayetano y los comuneros), sino que debería haber existido una situación de mayor confianza o mayor credibilidad previa y ajena, a la relación jurídica subyacente. Es decir, una situación que no entra dentro de lo normal en este tipo de delitos, una confianza extraordinaria que haya sido quebrantada.

En este supuesto concreto, no podríamos decir si existe esta situación de confianza de la que habla la jurisprudencia: la relación entre Cayetano y los comuneros sería más bien puramente profesional, sin ir más allá en lo que a confianza se refiere, no existe una relación distinta de la que por sí mismo representa la relación jurídica que integra la conducta apropiatoria, siendo precisamente esa labor de intermediación la que posibilitó la apropiación indebida, sin que pueda ser objeto de una doble valoración jurídica.

3) Recae sobre bienes de primera necesidad o viviendas

En este caso, la jurisprudencia es un tanto restrictiva, y limita el tipo de vivienda que comprendería este tipo agravado. No basta cualquier tipo de vivienda para la aplicación de esta agravante, sino que la jurisprudencia afirma la necesidad de *“referirse a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de apropiación para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de “segundo uso” o a las adquiridas como*

“segunda vivienda” como “inversión” o con finalidad recreativa” (SSTS 1174/97, de 7 de enero, 658/98, de 19 de junio, 302/2006 de 10 de marzo, 568/2008, de 22 de septiembre, SSTS 372/2006 de 31 de marzo, 581/2009, de 2 de junio, 605/2014, de 1 de octubre)

Además, sentencias como SSTS 188/2002, 8 de febrero, 1094/2006, de 20 de octubre dicen que *“no basta con que el objeto del delito sea una vivienda, pues este precepto no es de automática aplicación siempre y por el solo dato de que aparezca en la dinámica de los hechos una vivienda, sino que debe limitarse a los casos en los que el perjudicado ve frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda como bien de primera necesidad”*

En resumen, que la vivienda en la que recae el delito debe constituir el domicilio, la primera o única residencia del comprador y el perjudicado ver frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda como bien de primera necesidad.

En el presente caso, en el supuesto de hecho en ningún momento se dice si los comuneros van a utilizar esas viviendas como vivienda habitual, o si es su primera vivienda, por tanto, este hecho no queda acreditado, según el uso que fuesen a darle los comuneros a las viviendas podrá aplicarse este tipo agravado o no. No obstante, mi opinión es que sí se trata de este tipo de vivienda por el que aplicar el tipo agravado, pero ello lo explicaré de mejor manera en la conclusión.

Como ya hemos visto en puntos anteriores, si llegasen a aplicarse estas agravantes aplicaríamos la pena del artículo 250.2 CP, consistente en pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

5. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

Desde la vigencia de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, de modificación del Código Penal, se establece la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se desarrolla en el CP en su artículo 31 bis, donde dice lo siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en

su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

El supuesto contemplado en el anterior artículo citado se puede encuadrar perfectamente con el caso en el que nos encontramos: Cayetano ostenta facultades de organización y control dentro de la persona jurídica, y comete el delito por cuenta de Administración de Patrimonios S.L, utilizándola como medio para perpetrar el delito.

Pero no todos delitos del CP pueden dar lugar a responsabilidad penal de la empresa, sino que existe un catálogo cerrado de delitos que pueden ser cometidos por sociedades. En el presente caso, en el que estamos debatiéndonos si el tipo penal puede ser estafa, apropiación indebida o administración desleal, únicamente podría dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica el delito de estafa, tal y como nos muestra el artículo 251 bis del CP: “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección...*” puntualizar que con “esta sección” se refiere a la sección 1^a del capítulo VI del CP, relativa únicamente a la estafa.

Por tanto, en nuestro caso concreto solo encajaría la responsabilidad penal de Administración de Patrimonios S.L en caso de que el juez considerase que nos encontramos ante una estafa, y no procedería la responsabilidad penal si nos encontrásemos ante apropiación indebida o administración desleal (sin perjuicio de la responsabilidad civil).

Si consideramos la actuación de Cayetano como una estafa, podríamos pedir responsabilidad penal a Administración de Patrimonios S.L, ya que se trata de una sociedad y es utilizada como medio para perpetrar un delito.

No obstante, parece que se va imponiendo la tendencia en la jurisprudencia de descartar esa responsabilidad cuando la entidad carece de un mínimo desarrollo organizativo y, por sus reducidas dimensiones, acaba confundiéndose e identificándose con su gestor. Además también fundamentan otras sentencias que al imponer también responsabilidad penal a la empresa, en determinados supuestos se estaría jugando dos veces por el mismo delito (Por ejemplo: SAP Zaragoza 176/2016, de 22 de septiembre).

Este razonamiento de la jurisprudencia anteriormente explicado, parece que es justo lo que ocurre en el caso de Cayetano: Administración de Patrimonios S.L es una empresa de escasas dimensiones, el único que realizaba funciones profesionales era Cayetano, y los comuneros siempre se dirigían a él en todo momento, creyendo estos que su relación profesional era con Cayetano, quedando la sociedad en un segundo plano. En resumen, parece que en este caso la responsabilidad penal caería únicamente sobre Cayetano, en caso contrario quizás pecaríamos de juzgar dos veces por el mismo delito, como dice la sentencia anteriormente nombrada.

Para terminar, a la persona jurídica se le impondrían las siguientes penas:

“a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.”

6. RESPONSABILIDAD CIVIL

Tal y como ya sabemos, y según nos dice el artículo 109 del CP: “*1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*”

Es decir, que todo responsable de un delito será también responsable civil si de ese delito se desprenden daños o perjuicios. Por tanto, Cayetano y Administración de Patrimonios S.L (En caso de que le imputen responsabilidad penal) han de reparar los perjuicios causados a los comuneros, e indemnizarles restituyendo el precio de lo apropiado con aplicación de los intereses previstos en el art. 576.1 de la L.E.Civil.

No obstante, en caso de que la sociedad no sea considerada como responsable penal, también podría ser responsable civil a través del artículo 120.4º del CP:

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:
4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”

Respecto de su socio, Juan Mendoza, este no participa en los hechos constitutivos del delito, pero sí se beneficia de los efectos producidos por el delito, al transferirle Cayetano 3.000€ mensuales del dinero apropiado a su cuenta bancaria. Este hecho podría estar comprendido en el supuesto del artículo 122 CP: “*El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación*”. Aunque esta aplicación no está del todo clara, al no encontrarse acreditada la procedencia de esos 3.000€.

La responsabilidad civil la calcularíamos sumando las siguientes cantidades:

- 190.160,00 € por las cinco facturas que el imputado cobró estando fuera de sus honorarios y que no responden a ningún concepto.
- 136.353,96 € a razón de tres transferencias bancarias que el imputado realizó desde las cuentas de la comunidad a su entidad, apropiándose de la misma, tal y como se desprende de los hechos.
- 52.799,99 € por recargos de apremio que han tenido que asumir los comuneros por su gestión.
- 6.226,00 € por recargos de apremio que han tenido que asumir los comuneros por su gestión.

Lo que ascendería a una cantidad de TRESCIENTOS OCHEENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (385.539,95 €), más los intereses legales que correspondan.

7. PRUEBAS Y MEDIDAS CAUTELARES

Las pruebas que se quieran celebrar, tanto en el juicio como anteriormente se propondrán en el escrito de acusación, tal y como se dice en el artículo 656 de la LECrim y el 781.1 del mismo texto legal.

Por un lado, para poder esclarecer con mayor seguridad los hechos acontecidos, necesitamos pedir la práctica de **pruebas con anterioridad al juicio Oral**, tales como:

A) Documental: facturas que Cayetano emitía a los Comuneros

B) Emitir oficio a empresas subcontratadas por Cayetano para que nos remitan facturas de la causa.

C) Emitir oficio a Ibercaja para que proporcione copia de los extractos bancarios de las cuentas de Cayetano para ver todos los movimientos.

Con las anteriores pruebas, podremos realizar un estudio de las operaciones que han sido realizadas por Cayetano, y así averiguar si han sido pertinentes y si este ha podido apropiarse parte de ese dinero aportado por los comuneros. Además, con dicha documentación podremos saber las fechas de las actuaciones, con lo que podremos determinar en qué momento se han producido los actos, y por tanto, vislumbrar si se produce un dolo anterior o no al engaño.

Por otro lado, al igual que los documentos pedidos anteriormente, necesitamos esclarecer los hechos en el acto de juicio mediante declaraciones, por ello, pediríamos la práctica de las siguientes pruebas en el **acto del juicio**:

A) Declaración acusado

A través del interrogatorio de Cayetano, se trataría de dilucidar las siguientes cuestiones:

- ¿Se ha apropiado alguna cantidad dineraria de los comuneros?
- ¿Cuál es su intención al subcontratar a múltiples profesionales durante la promoción del edificio?
- ¿Su intención no era inflar el coste de ejecución para inflar sus honorarios?
- ¿Era necesaria la contratación de dos profesionales dedicadas a la contabilidad, no hubiese sido suficiente con uno?
- ¿Qué hizo con el dinero ingresado por los comuneros para que pagase el IVA?
- ¿Por qué no comunicó a los comuneros el aplazamiento del pago del IVA, dejando así pasar el tiempo y generar esos recargos de apremio?
- ¿Por qué paga 3000 Euros mensuales a su socio, Juan Mendoza?

- ¿Por qué se emiten varias facturas sin concepto ni justificación? ¿Cuál es la justificación de esos gastos?

Con las anteriores cuestiones realizadas al acusado nuestra intención es que Cayetano deje ver que mintió a los comuneros sobre la situación de la promoción (forma parte del engaño), que emitió facturas y subcontrató con profesionales sin ninguna justificación aparente, que incumplió lo pactado con los comuneros desde el principio; en resumen, que la intención de Cayetano había sido defraudar a los comuneros desde el primer momento.

B) Declaración Comuneros

No pediríamos la declaración de todos los comuneros por considerarlo innecesario, solo podría suscitar más interés la declaración de los comuneros que tuvieron más contacto con el acusado, por ser partes más activas en la gestión de la comunidad, y encontrarse más al tanto de las actuaciones de Cayetano.

La declaración de los comuneros iría encaminada a que manifiesten si se han sentido engañados, si el acusado les informaba en todo momento de las gestiones que realizaba, si Cayetano les mentía en las reuniones habituales que tenía con los comuneros, diciéndoles que todo iba bien con la promoción del piso cuando en realidad era todo lo contrario.

C) Pericial

En este caso, los documentos que puedan aportarse a la causa son de difícil interpretación si no se es un experto en la materia, por ello necesitaríamos del informe de un perito que nos ayudase a interpretar y relacionar las facturas, las cuentas corrientes, las operaciones realizadas, etc.

Aunque para este trabajo quizás no sea relevante, me parece interesante señalar lo que comentó el perito del caso real en juicio:

Antes de exponer lo dicho por el perito de la acusación, aclararé que el perito de la defensa puso de manifiesto que era imposible saber si Cayetano se había apropiado dinero o no por no existir una rendición de cuentas. A lo que el perito de la acusación dijo lo siguiente:

Cuando se produce una relación de gestión, lo normal es realizar una rendición de cuentas, si, pero esto le hubiese correspondido al propio gestor (el acusado). El no realizar esta operación ya implica que se ha querido ocultar algo.

Considera que se han facturado de más unos 138.000€.

El perito de la defensa, en su informe, lo que hace es añadir en “el coste de gestión” la cantidad de lo financiado por el banco, y esto el perito de la acusación lo ve inapropiado, porque nadie lo ha pactado en la escritura que se firmó, y eso es algo que se debería haber pactado expresamente.

Las facturas cobradas como “ahorro en costes” también son inapropiadas porque no se han pactado en la escritura que se vaya a cobrar algo por la buena gestión de la gestora.

Considera que se debería haber cobrado el 3% sobre el coste de gestión, y todo lo demás fuera de este concepto no estaría justificado y no correspondería cobrar por no estar firmado en el contrato.

D) Declaración de policías de la brigada económica

Nos interesa que hablen los policías que investigaron la causa para que puedan manifestar el por qué consideraron oportuno trasladar la causa al juzgado. Pueden manifestar que las transferencias en las cuentas no cuadran, y que sus investigaciones les llevan a pensar que las cantidades se las podría haber apropiado el acusado al no estar muy claro el destino de ese dinero.

E) Declaración a representantes de las empresas que fueron subcontratadas por Cayetano

El interrogatorio consistirá en preguntarles a los representantes de las empresas subcontratadas si no notaban nada raro durante el tiempo trabajado con Cayetano, si el transcurso de la relación profesional sucedió con normalidad

F) Declaración de los directores de la sucursal de Ibercaja

En toda promoción de inmueble, las constructoras tienen que pedir financiación al banco. Nuestro propósito haciendo declarar a los trabajadores de Ibercaja es que nos expliquen cómo funciona ese proceso de confirmación de financiación, si se realiza un examen muy exhaustivo o suele confirmarse por sistema a casi cualquiera que lo pida.

G) Medidas cautelares

Para evitar posibles actuaciones que puedan seguir perjudicando a los comuneros e incluso el desarrollo del proceso judicial, se pedirían unas medidas cautelares consistentes en el embargo de los bienes de la empresa o el bloqueo de cuentas bancarias. De este modo, Cayetano no puede actuar en perjuicio de los comuneros vendiendo los activos de la empresa o sacando cantidades dinerarias de sus cuentas bancarias.

VI. CONCLUSIONES

En calidad de Estudiante del Máster de Abogacía en la Universidad de Zaragoza, en realización del correspondiente trabajo de Fin de Máster, se emite dictamen sometido a otra opinión mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 14 de Diciembre de 2017:

PRIMERO. Como hemos podido ver, Cayetano, aprovechándose de su situación como mandatario, ha realizado actuaciones perjudiciales para los comuneros, llegándose a apropiar dinero de estos. Pero esta actuación, es difícil de encuadrar de forma clara en un tipo u otro, dudando de si sería de aplicación el tipo delictivo de la estafa, la apropiación indebida o administración desleal.

SEGUNDO. En primer lugar, consideramos que podemos descartar la aplicación de **administración desleal**, ya que Cayetano no ha realizado simplemente unos excesos en sus labores de gestión de la comunidad, propios del delito de administración desleal, sino que, ya tenía un plan mediante el cual hacerse con el capital de los comuneros destinada a la apropiación de cantidades dinerarias ajenas, siendo ello una conducta que se encuadraría de mejor manera en el delito de apropiación indebida.

TERCERO. Respecto de la aplicación de la estafa o apropiación indebida, en este supuesto el detonante para aplicar una u otra es el dolo previo al engaño. A mi parecer, el haber realizado una constante realización de actos perjudiciales para los comuneros desde el principio de la relación profesional ya denota un dolo previo por el que se

planificó la apropiación de las cantidades de los comuneros. Por ejemplo, ya desde la publicitación de los inmuebles engañaba a los comuneros haciéndoles creer que serían propietarios solo de su parte del piso, y sin embargo no era así, siendo estos propietarios de todo el inmueble al completo.

En el supuesto real, el juez no consideró que hubiese el dolo previo necesario para la aplicación del delito de estafa, por no estar este acreditado, y se mostró totalmente en contra de la aplicación del delito de estafa, aun habiendo manifestado absolutamente todos los comuneros (Eran unos 70, y los 70 declararon en juicio) que se habían sentido profundamente engañados.

CUARTO. Respecto de la aplicación de **agravantes**, en este caso aplicaremos el tipo agravado por ser la cuantía de lo defraudado mayor a 50.000€. En la sentencia real, el juez considera que no proceden ninguna de las otras dos agravantes analizadas: ni el abuso de confianza, ni recaer en bienes de primera necesidad o vivienda.

En el caso del abuso de confianza, estaría de acuerdo con el juez en considerar que en este supuesto no sería de aplicación, al no darse una confianza fuera de lo normal, propia de las relaciones que pueden darse en una relación profesional.

Sin embargo, si considero que es de aplicación la circunstancia de que la actuación recae sobre bienes de primera necesidad y viviendas. El juez argumenta que no es de aplicación por no estar acreditado el hecho de que para los comuneros el inmueble objeto del delito constituya su domicilio, la primera o única residencia del comprador o que estos ven frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda como bien de primera necesidad. A mi parecer, es precisamente al contrario: en el acto del juicio se pudo ver de forma clara que los comuneros se encontraban enormemente afectados por recaer el perjuicio en su primera vivienda y domicilio familiar, hasta algunos de ellos relataron que al no disponer de esa vivienda tuvieron que ir a vivir a casa de sus padres.

QUINTO. La responsabilidad penal del tipo le corresponde a Cayetano como autor de los hechos, pero, a mi parecer, no le correspondería a Administración de Patrimonios S.L, por la jurisprudencia citada anteriormente. La sociedad es una empresa de pequeñas dimensiones, donde el protagonismo de toda actividad profesional es

Cayetano como persona física, pudiendo confundir a los comuneros. Todo esto aunque parezca que el supuesto entra dentro del artículo 251 bis CP, porque considero que no debe de aplicarse automáticamente en todos los supuestos donde concurren sociedades, sino que debe de valorarse el caso concreto.

SEXTO. La **responsabilidad civil** derivada del delito ascendería a una cantidad de TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (385.539,95 €), más los intereses legales que correspondan, como responsabilidad civil por los perjuicios económicos causados y conforme al siguiente desglose:

- **190.160,00 €** por las **cinco facturas** que el imputado cobró estando fuera de sus honorarios y que no responden a ningún concepto.
- **136.353,96 €** a razón de **tres transferencias bancarias** que el imputado realizó desde las cuentas de la comunidad a su entidad, **apropiándose** de la misma, tal y como se desprende de los hechos.
- **52.799,99 € por recargos de apremio** que han tenido que asumir los comuneros por su gestión.
- **6.226,00 € por recargos de apremio** que han tenido que asumir los comuneros por su gestión.

En definitiva, la responsabilidad civil ha de ser satisfecha por Cayetano, según el artículo 109 del CP, y también por Administración de Patrimonios S.L, pero esta según el artículo 120.4 CP (Por no considerar a la sociedad como responsable penal).

Por otro lado, no corresponderá a su socio, Juan Mendoza, hacerse cargo de la responsabilidad subsidiaria por no estar acreditado que en el apoderamiento o disfrute de esa cantidad participara a título lucrativo. En caso de haber quedado acreditado se hubiese aplicado el artículo 122 CP.

SÉPTIMO. Respecto de la aplicación de la pena a Cayetano, el artículo a aplicar sería el 250.2 CP, al concurrir las circunstancias 250.1.1º y 250.1.5º, y por ello la pena a aplicar será de pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. En nuestro escrito de acusación pediríamos ocho años de prisión y multa de veinticuatro meses.

SÉPTIMO. En resumen, para la actuación realizada por Cayetano se aplicará el tipo delictivo de la **estafa**, por considerar que este sí actuaba desde el principio con la intención de engañar a los comuneros, y por tanto sí que existía un dolo previo al engaño por el que aplicar el tipo de la Estafa del artículo 248 CP.

Se aplicará el **tipo agravado del artículo 250.2** CP, por concurrir en los hechos las situaciones de que el delito recaiga sobre bienes de primera necesidad o viviendas y que la cantidad defraudada sea mayor a 50.000€, y por ello la **pena a aplicar sobre Cayetano** será pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último, la responsabilidad civil ha de hacerse cargo el acusado, Cayetano, y la sociedad, Administración de Patrimonios S.L, según el artículo 109 y 120.4 del CP, y la cantidad de la que debe hacerse cargo asciende a TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (385.539,95€) .

VII. REFERENCIAS

1. LEGISLACIÓN

1.1. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

1.2. REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882, APROBATORIO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1.3. LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL.

1.4. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1.5. LEY 50/1981, DE 30 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL.

2. MANUAL

ALASTUEY DOBÓN, C., ARMAZA ARMAZA, EJ., BOLDOVA PASAMAR, MA., DE MIGUEL BERIAIN, I., ESCUCHURI AISA, E., FLORES MENDOZA, F., MAYO CALDERÓN, B., NAVARRO FRÍAS, I., NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, CM., ROMEO MALANDA, S., RUEDA MARTÍN, MA., SÁNCHEZ

LÁZARO, FG., SOLA RECHE, E., URRUELA MORA, A., Y VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Derecho Penal, Parte Especial, 1º edición*, editorial Comares.

3. JURISPRUDENCIA

- STS 802/2007, de 16 de octubre de 2007. Id Cendoj: 28079120012007100792
- STS 892/1999, de 2 de junio de 1999. Id Cendoj: 28079120011999102753
- STS 309/2001 de 26 de febrero de 2001. Id Cendoj: 28079120012001104170
- STS 766/2006, de 27 de mayo de 2003. Id Cendoj: 28079120012003103152
- STS 2417/1995, de 19 de junio de 1995. Id Cendoj: 28079120011995103126
- STS 1254/1998 de 22 de octubre de 1998. Id Cendoj: 28079120011998101927
- SAP las Palmas 179/2015, de 2 de septiembre de 2015. Id Cendoj: 35016370012015100374.
- STS 143/2005, de 10 de febrero de 2005. Id Cendoj: 28079120012005100079
- STS 683/2016, de 26 de julio de 2016. Id Cendoj: 28079120012016100686
- STS 163/2016, de 2 de marzo de 2016. Id Cendoj: 28079120012016100171
- STS 476/2015, de 13 de julio de 2015. Id Cendoj: 28079120012015100479
- STS 374/2008, de 24 de junio de 2008. Id Cendoj: 28079120012008100364
- STS 228/2012 de 28 de marzo de 2012. Id Cendoj: 28079120012012100191
- STS nº 474/2016, de 2 de junio de 2016. Id Cendoj: 28079120012016100460
- SSTS 462/2009, de 12 de mayo de 2009. Id Cendoj: 28079120012009100596
- STS 623/2009, de 19 de mayo de 2009. Id Cendoj: 28079120012009100594
- STS 47/2010, de 2 de febrero de 2010. Id Cendoj: 28079120012010100032
- STS 707/2012, de 20 de septiembre de 2012. Id Cendoj: 28079120012012100707.
- STS 636/2006 de 14 de junio de 2006. Id Cendoj: 28079120012006100623

- STS 758/2000 de 28 de abril del 2000. Id Cendoj: 28079120012000104052
- STS 1174/97, de 7 de enero de 1997. Id Cendoj: 28079120011998102448
- STS 302/2006 de 10 de marzo de 2006. Id Cendoj: 28079120012006100312
- STS 568/2008, de 22 de septiembre de 2008. Id Cendoj: 28079120012008100580.
- STS 372/2006 de 31 de marzo de 2006. Id Cendoj: 28079120012006100386
- STS 581/2009, de 2 de junio de 2009. Id Cendoj: 28079120012009100510
- STS 605/2014, de 1 de octubre de 2014. Id Cendoj: 28079120012014100608
- SSTS 188/2002, 8 de febrero de 2002. Id Cendoj: 28079120012002102396
- STS 1094/2006, de 20 de octubre de 2006. Id Cendoj: 28079120012006101093