



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen sobre la responsabilidad penal del abogado por cobros indebidos. Estrategias de defensa frente a la acusación por los delitos de estafa y apropiación indebida.

Autora

Laura Oseñalde Jordán

Directora

Prof.^a Dra. Belén Mayo Calderón

Facultad de Derecho de Zaragoza, 15 de diciembre de 2017

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
II. CONSULTAS.....	10
III. NORMATIVA APLICABLE.....	10
IV. DICTAMEN.....	11
 1. DELITO DE ESTAFA.....	11
 1.1 Tipo objetivo.....	11
 1.2 Tipo subjetivo	15
 1.3 Pruebas de indicio y presunción de inocencia.....	21
 2. DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.....	22
 2.1 Elementos constitutivos de la apropiación indebida.....	22
 2.2. Supuesto de entrega de dinero para gastos de gestión.....	25
 2.3. Supuesto de entrega de dinero como adelanto del precio por los servicios prestados.....	28
 3. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA Y APROPIACIÓN INDEBIDA.....	30
 V. CONCLUSIONES.....	32
 VI. BIBLIOGRAFÍA.....	34

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art. (arts.)	Artículo(s) de una disposición legal.
CE	Constitución Española de 1978.
CC	Código Civil
CP	Código Penal
Ed.	Edición
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Pág., (pags.)	Página (páginas)
STC (SsTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS (SsTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
Vid.	Véase

Ante mí, Laura Oseñalde Jordán, alumna del Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Zaragoza se presenta Don Teodoro Pérez, con DNI 12345678R, mayor de edad, con domicilio en Zaragoza, y solicita dictamen técnico sobre las diferentes cuestiones jurídicas que suscitan los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Para la realización del siguiente dictamen se han estudiado las Diligencias Previas núm. 2828/2015, procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zaragoza, y que darán lugar a la apertura del juicio oral, ante el Juzgado de lo Penal núm. 6 en Zaragoza, por un delito de estafa o subsidiariamente por un delito de apropiación indebida contra Don Teodoro Pérez.

A continuación, se realiza un resumen de los hechos que dieron lugar a este procedimiento y su desarrollo.

PRIMERO.- En el año 2011 Doña Ana, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad española, vecina de Zuera contactó a través de su padre con un despacho de abogados con la finalidad de que le llevaran la tramitación relacionada con el fallecimiento de su marido en Herat (Afganistán) ante el Tribunal Penal Militar de Madrid, así como todas las gestiones relacionadas con la herencia, siendo designado como letrado Teodoro, quien ese momento estaba trabajando en dicho despacho. Además, en aquella época el otro letrado del despacho Alfredo Núñez, estaba inhabilitado para el ejercicio de la abogacía durante un año y medio.

SEGUNDO.- Con fecha 18 febrero de 2011, Teodoro solicitó a Ana por carta una provisión de fondos de 700 euros, indicando que al final se procedería a la liquidación correspondiente. Dicha provisión era para la tramitación de Declaración de Herederos Abintestato, Escritura de Aceptación y Partición de Herencia, gestiones con el Ministerio de Defensa, Guardia Civil por el atestado, así como desplazamiento a Madrid al Juzgado Togado Militar, dado que todo esto generaron los gastos iniciales.

TERCERO.- Los primeros trámites realizados por el letrado Teodoro fueron comparecer ante el Juzgado Togado Militar Territorial con sede en Madrid, solicitando

la vista de lo actuado e igualmente se solicitó la ratificación del atestado realizado por la Guardia Civil destinada en la Base de Herat, así como las oportunas aclaraciones al informe atestado. Al no quedar claras las circunstancias en que se produjo el accidente y el fallecimiento del marido de la Sra. Blasco, el Tribunal acordó la diligencia de reconstrucción de los hechos, imputándose a dos personas como posibles responsables. También realizó la reclamación de la cuestión civil, percibiendo la Sra. Blasco la cantidad de 120.000 euros.

CUARTO.- Posteriormente, Doña Ana le encargó que realizara los trámites pertinentes ante la entidad bancaria para percibir el seguro de vida por un importe de 102.000 euros, comunicándole el letrado Teodoro por carta de fecha 24 de mayo de 2011 que el día 25 de mayo de 2011 dejaría presentada demanda contra la entidad bancaria en reclamación del capital de la hipoteca pendiente a fecha 8 de enero de 2011, existiendo unos gastos iniciales del procedimiento judicial fijados en 1.500€, sin perjuicio del resto de honorarios que hubiera pendientes de liquidar si no había condena en costas. Doña Ana ingresó la dicha cantidad el día 27 de mayo de 2011 en la cuenta del letrado, figurando como beneficiario Don Teodoro y como referencia “procedimiento entidad bancaria”, reteniendo el letrado Teodoro en su poder la provisión de fondos que al respecto le había sido entregada.

QUINTO.- Don Teodoro se presentó en las oficinas de la entidad para informarse de la documentación precisa para reclamar la indemnización del seguro de vida. Una vez que tenía toda la información, el letrado presentó en persona una previa reclamación por escrito, sellando la copia de la misma. Al cabo de un tiempo la entidad, se dirigió directamente a la Sra. Blasco indicándole que no se hacían cargo del siniestro ya que el fallecimiento había ocurrido fuera del territorio nacional y por ese motivo estaba excluido de la póliza de seguro de vida suscrita. Al letrado le comunicaron lo mismo, y que solo aceptarían el siniestro si una autoridad u órgano oficial certificaba que el fallecimiento ocurrido en el extranjero era específicamente Territorio Español.

SEXTO.- Teniendo en cuenta la causa del rechazo, que la Sra. Blasco conocía desde el principio, el letrado preparó una demanda y estaba redactada en los archivos informáticos del despacho, pero se decidió de común acuerdo realizar previamente gestiones para averiguar, si la base militar de Herat se consideraba territorio Español o

no, siendo el resultado la no consideración de territorio nacional, por lo que no llegó Don Teodoro a presentar la demanda.

SÉPTIMO.- El 29 de junio de 2011, Teodoro remitió a Ana otra carta solicitándole como provisión de fondos la cantidad de 6.000 € para la realización de las gestiones relativas a la Declaración de Herederos, reseñándole los correspondientes gastos que debía atender, entre los que costaba la cantidad de 1.700€ en concepto de gastos del notario, 3.200€ en concepto de Impuesto de sucesiones y donaciones, 600 euros para el impuesto de plusvalía y 500 para el registro de la propiedad, ascendiendo el total a 6.000€. Ana le transfirió en fecha 2 de julio de 2011 la cantidad de 6.000€ indicando “gastos”.

OCTAVO.- En la Notaría de la localidad de Zuera (Zaragoza) se efectuaron todos los trámites para la realización del Acta de Notoriedad de Declaración de Herederos Abintestato y se formalizó la Escritura de Partición y Aceptación de Herencia. Resultó luego que tras la redacción y presentación de autoliquidación del Impuesto sobre sucesiones, al examinar la Ley y Reglamento del Impuesto sobre sucesiones y donaciones para la aplicación de deducciones y bonificaciones Don Teodoro no tuvo que pagar los 3.200 euros del Impuesto de sucesiones y los honorarios del notario fueron 1.350 euros. El letrado no devolvió a la Sra. Blasco ni los 3.200€ ni los 350 euros sobrantes del notario, pero le mandó una carta el 17 de enero de 2012, mediante la que se informó de que iba a realizar una declaración complementaria del Impuesto de sucesiones y de que la cantidad que tuviera que abonar la liquidaría con la provisión solicitada el día 29 de junio de 2011, y así lo hizo, por lo que no se lo ocultó.

NOVENO.- En diciembre de 2011, dado que se iniciaron nuevas reclamaciones judiciales, y con independencia de las cantidades solicitadas con anterioridad, que hacían referencia al procedimiento penal del Juzgado Togado Militar de Madrid, así como a las solicitadas para los trámites de las escrituras, precisaba el letrado otra provisión de fondos de 3.800€, destinados a realizar una reclamación judicial contra otra entidad aseguradora en relación con una póliza de accidentes contratada, de la que Doña Ana percibió la suma de 25.000 euros.

DÉCIMO.- A finales del año 2012 el Letrado Don Teodoro, por discrepancias con Don Alfredo, el otro compañero de su despacho, dejó el mismo, pero continuó la

defensa de la Sra. Blasco. Al poco tiempo, Alfredo solicitó la venia profesional, que fue concedida por Don Teodoro, para continuar los asuntos que quedaban por terminar, que eran en aquel momento el procedimiento penal militar, y la reclamación a la entidad por la póliza de seguros de vida de amortización de préstamos que afectaba al crédito hipotecario subsistente.

DECIMOPRIMERO.- Todos los datos, así como el expediente del despacho y archivos informáticos quedaron en poder de D. Alfredo, al ser propiedad del citado letrado.

DECIMOSEGUNDO.- Con fecha 24 de noviembre de 2012, Don Teodoro emitió una factura por su intervención ante el Juzgado Togado Militar 1 de Madrid, que ascendía a la cantidad de 2.200€ pero le descontó la provisión de fondos de 700€ realizada inicialmente el 18 de febrero de 2011, por lo que el importe de la minuta se quedaba en 1.500€.

DECIMOTERCERO.- Por carta de fecha 7 de diciembre de 2012 Don Teodoro contestó a la Sra. Blasco, ante la solicitud de esta de la devolución de los 1.500€ entregados el 27 de mayo de 2011, en principio destinado a presentar la demanda ante la entidad bancaria, adjuntando la factura de honorarios que ascendía a 1.500€ por intervención en la Instrucción de la Causa ante el Juzgado Togado Militar de Madrid. Como se trataba de cantidades compensables que se referían a conceptos similares, Teodoro le dijo que con dicha factura quedaba compensada la deuda entre ambas partes.

DECIMOCUARTO.- Finalmente, Don Teodoro le presentó liquidación de honorarios por los diferentes asuntos encargados por la Sra. Blasco, comunicándole que le debía un total de 13.400 euros, que Doña Ana no abonó.

DECIMOQUINTO.- El procedimiento se inició por la interposición de una denuncia¹ el día 1 de agosto de 2015 por parte de Doña Ana ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia de Zaragoza, diciendo que los hechos quedaban

¹La denuncia se regula en los artículos 259 a 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La denuncia, al ser un mero acto de comunicación de hechos, hace innecesaria la existencia de formalismos en su interposición, exigiéndose casi exclusivamente la identificación del denunciante. Podrá realizarse por escrito o de palabra, bien personalmente o por mandatario, exigiéndose en este último caso poder especial. Cuando la denuncia se interponga de forma escrita se requiere únicamente la firma del denunciante, por sí o por otra persona en su nombre o a su ruego. Por otro lado, cuando se interponga verbalmente su receptor deberá levantar acta que contenga todos los datos que se deseen hacer constar sobre los hechos o su presunto autor, y deberá ser firmada por ambos.

tipificados como un delito de estafa o bien de apropiación indebida. Los hechos que denuncia son la entrega de dos cantidades de dinero, una de 700€ por la personación ante el Togado Militar de Madrid y otra de 1.500 euros que le había entregado para los trámites ante la entidad bancaria para la percepción del seguro de vida. Junto con la denuncia adjuntó como documentos: el ingreso realizado para la tramitación del procedimiento penal a través de la cuenta del despacho en el que trabajaba Teodoro en esos momentos de la cantidad de 700€, entregada el día 18 de febrero de 2011 y por otro lado, el documento del segundo ingreso de 1.500€ que entregó el 27 de mayo de 2011, así como la carta del demandado cuyo ingreso fue a su propia cuenta corriente y no a la del despacho.

DECIMOSEXTO.- Meses más tarde, el nuevo letrado de la denunciante Don Alfredo, presentó un escrito ante el Juzgado de Instrucción para ampliar la denuncia anterior. En el escrito decía que aportaba nuevos documentos en los que se acreditaba aún más el delito por el que se le había denunciado a Don Teodoro. Dichos documentos eran de la solicitud de dos nuevas entregas de provisiones de fondos, una de 6.000€ y otra de 3.800€.

DECIMOSÉPTIMO.- A consecuencia de ello el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zaragoza incoó las Diligencias Previas² de Procedimiento Abreviado núm. 2828/2015.

DECIMOCTAVO.- El día 30 de septiembre de 2015 Don Teodoro prestó su declaración ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zaragoza. En ella dijo que pidió las provisiones de fondos a la denunciante para las gestiones realizadas y que la demanda frente a la entidad bancaria no se presentó porque el motivo que alegaba la entidad implicaba una duda jurídica razonable, planteándole a la propia denunciante que hiciera una serie de consultas al Ministerio de Defensa, Jefatura de Personal, para aclarar esta circunstancia. Asimismo, dijo que antes de que se aclarara la cuestión el declarante se marchó del despacho y allí se quedó el expediente.

DECIMONOVENO.- El denunciado informó puntualmente y en todo momento a la denunciante del curso de las gestiones judiciales y extrajudiciales encomendadas. Prueba de ello es que el ordenador quedó en el despacho donde trabajaba y allí se

² Se regulan en los artículos 774 a 797 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

encontraban todos los archivos relacionados con la Sra. Blasco y tras abandonar el despacho ninguno de ellos fue borrado. También quedaron en ese despacho las carpetas con los documentos originales de toda su actuación, incluso las liquidaciones negativas de impuestos, y por ello las ha podido presentar la acusación, así como las cartas donde se reclamaban las provisiones de fondos, cuyas sumas sobrantes se retenían como liquidaciones parciales de honorarios.

VIGÉSIMO.- Que en tres años desde que se marchó del despacho y cesó la relación con la denunciante, la única reclamación efectuada contra el mismo ha sido a través de la denuncia que ha dado lugar a este procedimiento.

VIGESIMOPRIMERO.- Por ello todo este conflicto tiene su origen en las malas relaciones personales entre el denunciado y el letrado de la acusación, que dio lugar a la ruptura de su colaboración profesional en su momento y otros conflictos posteriores.

VIGESIMOSEGUNDO.- Tras la declaración efectuada por Teodoro ante el juzgado se presentó un escrito de la liquidación de los honorarios profesionales generados a favor del mismo por los diferentes asuntos encomendados por la denunciante Ana. Asimismo, en el mismo escrito, de fecha 24 de diciembre de 2015 se solicitó por parte de la representación del denunciado-imputado el sobreseimiento y archivo de tales Diligencias Previas nº 2828/2015, por alegar que los hechos de la denuncia eran una mera cuestión civil a aclarar en el seno de la Jurisdicción Civil.

VIGESIMOTERCERO.- Finalmente la resolución del Juez fue una providencia por la que no daba lugar al sobreseimiento solicitado ante los indicios de delito de estafa y apropiación indebida derivados de la denuncia en relación con la documentación aportada que justifican los cobros por parte del denunciado a la denunciante carentes de justificación.

VIGESIMOCUARTO.- Después de las Diligencias seguidas ante el Juzgado de Instrucción, Don Teodoro es acusado tanto por el Ministerio Fiscal como por el letrado de la acusación.

VIGESIMOQUINTO.- En cuanto al Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación consideró que Don Teodoro era autor de un delito de estafa o

subsidiariamente de un delito de apropiación indebida, por haberle entregado cantidades de dinero al acusado por parte de Doña Ana mediante engaño de éste, y retenidas con ánimo de lucro de obtener ilícito beneficio, cuando debían haber sido reintegradas a la misma. Además, mantenía que de dicho delito es responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que se le imponga la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales.

VIGESIMOSEXTO.- Por otro lado, la acusación particular considera, como el Ministerio Fiscal, que Don Teodoro era autor de un delito de estafa del artículo 248 y 249 del CP o, subsidiariamente, de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 249 del CP, solicitando la pena de quince meses de prisión, inhabilitación especial para el empleo, cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de la condena y costas procesales.

II. CONSULTAS

En vista de los antecedentes relatados, Don Teodoro, se pone en contacto con esta parte para solicitar dictamen jurídico sobre el asunto, mostrándose interesado en los argumentos que permitan a la defensa pedir la absolución por el delito de estafa y apropiación indebida.

III. NORMATIVA APLICABLE.

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a la siguiente normativa:

1. Art. 24 de la Constitución Española.
2. Arts. 130, 131, 248, 249 y 253 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

3. Arts. 1195, 1196 y 1544 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil).
4. Arts. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Aceptando el requerimiento formulado, la que suscribe emite el siguiente

IV. DICTAMEN

1. DELITO DE ESTAFA

A Don Teodoro se le imputa en primer lugar la comisión de un delito de estafa tipificado en el artículo 248 del Código Penal que castiga a 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*»³. El art. 249⁴ del CP recoge la pena de la estafa.

1.1 El tipo objetivo

Como señala la **STS de 21 de enero de 2003 [RJ 2.003/793]**, el delito de estafa se completa mediante la concurrencia de cuatro secuencias fácticas, conectadas entre sí en vía causal: engaño bastante, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio patrimonial. Los elementos objetivos se encuentran unidos en una relación lógica interna, la cual determina que deben aparecer secuencialmente en dicho orden, de modo que cada elemento es causa del siguiente. Así, son presupuestos necesarios para la existencia de tal delito:

³ Vid. la definición de estafa también en la jurisprudencia STS 78/2015, de 10 de febrero.

⁴ El Artículo 249 Código Penal prevé lo siguiente: «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».

1º).- La conducta delictiva: el “*engaño bastante*”

El engaño consiste en simular la realidad, es decir, faltar a la verdad en lo que se dice o lo que se hace con el fin de provocar un error en otra persona.

De acuerdo con el art. 248. 1 del CP, el engaño utilizado ha de ser «bastante». El engaño “bastante” constituye el elemento central del delito de estafa, es decir, debe ser «suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y demás circunstancias concurrentes al caso concreto, dicha maniobra defraudatoria debe revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia...»⁵.

Además, la STS 28 de Octubre de 2005 [TOL791.879] establece que: “[...] El engaño ha de ser bastante para mover el ánimo de quien lo sufre, no siéndolo cuando es burdo o ineficaz para engañar para lo que se habrá de tener en cuenta la capacidad subjetiva del sujeto pasivo del hecho para dejarse engañar [...]”.

Según la Sentencia Audiencia Provincial de Murcia 29 de Noviembre de 2013 [TOL 4.064.201] “[...] El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina y jurisprudencia, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así se ha hecho extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, o apariencia de verdad que determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado [...]”.

Para determinar la entidad del engaño exigida por el tipo delictivo la doctrina dominante (Bustos Ramírez y González Rus) y la jurisprudencia (STS de 13 de diciembre de 2005 y 16 de febrero de 2007) acuden a un criterio objetivo que tome en cuenta como víctima un hombre medio, que se complementaría con un criterio subjetivo que tiene en cuenta también las condiciones personales del sujeto pasivo para

⁵ Vid. CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, 1^a Edición, Valencia, 2011. *op.cit.*, p. 548.

determinar la idoneidad del engaño. Ha de tenerse en cuenta la personalidad del sujeto pasivo, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc.

Si el sujeto pasivo no tiene una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas, el perjuicio ocasionado no podrá incardinarse dentro del tipo del delito de estafa. Por ejemplo, en caso de menores o de unos enfermos mentales, el engaño que lleva a estas personas a realizar la disposición patrimonial se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa.

Además, para determinar la tipicidad del engaño la jurisprudencia considera aplicables los “criterios de imputación objetiva”. Como señala la STS de 9 de mayo de 2007 «bastante es el engaño que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado». Por tanto, el engaño bastante solo se dará cuando la víctima no tenga frente a la maniobra del autor mecanismos de autodefensa. Si el error es evitable con la mínima diligencia no habrá engaño bastante, aunque ello dependerá del ámbito de riesgo permitido, es decir, de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere. El nivel de diligencia exigible al sujeto depende del ámbito en donde se produzca la conducta engañosa⁶.

2º).- Con este comportamiento el sujeto provoca un “error” en otra persona.

Como consecuencia del engaño, se produce un error esencial en el sujeto pasivo (el error de la víctima se debe al engaño), que posee un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidiosa, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue⁷.

Según la Sentencia de AP Madrid, sección 17^a, de 8 de mayo de 2008, nº 288/2008, rec. 235/2007: «El tipo penal de la estafa exige el engaño bastante como elemento nuclear (...). La conducta delictiva en el delito de estafa consiste en el empleo de artificios o engaños utilizados para inducir en error a la víctima y como consecuencia de ese error obtener un provecho económico ilícito. Sin embargo para que se tipifique el

⁶ Vid. MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 285

⁷ Vid. ROMEO CASABONA, CM., *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 362-363.

delito de estafa, no basta cualquier clase de error, es necesario que el error tenga la capacidad de mover el consentimiento de la víctima para que haya una representación falsa o equivocada sobre la cosa objeto del delito, y no como producto de la simple ignorancia de la víctima».

Cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño que sufre por puro pasatiempo o liberalidad no existe estafa. Así ocurre en el caso de echadores de cartas o falsos adivinos, que no engañan a nadie, pero que obtienen dinero y se ganan la vida de este modo⁸.

3º).- El engañado, en virtud del error que padece, realiza un “*acto de disposición patrimonial*”.

El acto de disposición patrimonial es cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de disponente y perjudicado. El engañado y el disponente deben ser la misma persona⁹.

Se entiende por “acto de disposición” todo acto mediante el cual el engañado realiza una transferencia, una enajenación fáctica de alguna cosa o la prestación de un servicio¹⁰.

4º).- A consecuencia del acto de disposición patrimonial, se produce un “*perjuicio patrimonial*” para el disponente o un tercero.

El perjuicio patrimonial consiste en una disminución del patrimonio del engañado o de un tercero, pero solo en la cuantía de lo defraudado o dispuesto¹¹.

Como se ha señalado anteriormente, el engañado y el disponente debe ser la misma persona, pero el disponente no tiene por qué ser el perjudicado. Es decir, la

⁸ Vid. MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 287.

⁹ Vid. STS 1398/2009, de 14 de diciembre

¹⁰ MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 287

¹¹ ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p.364

persona que dispone (y es engañado) no tiene por qué ser el perjudicado, puede ser un tercero.

5º).- Relación de causalidad.

Los diferentes elementos que configuran el delito de la estafa deben de estar relacionados entre sí. Así, para que exista el delito de estafa no basta con que aparezcan todos estos elementos, sino que además debe de concurrir un nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido. Por lo tanto, para que se complete la relación causal del delito se requiere que el engañado, en virtud del error que padece consecuencia del engaño, realice un acto de disposición patrimonial, que derive en un perjuicio patrimonial para el disponente o un tercero¹².

1.2 El tipo subjetivo

Para que se produzca la estafa se requiere el dolo y el ánimo de lucro.

1.2.1 El dolo

El dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo y por tanto debe abarcar todos los elementos objetivos: engaño, error, disposición, perjuicio y relación de causalidad. No es posible la comisión imprudente. El dolo, consiste en la conciencia y voluntad de engañar a otro para inducirle a un error que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial que le cause un perjuicio a él o a un tercero¹³.

La existencia de un nexo causal entre el “engaño bastante” y el perjuicio originado conlleva que el dolo del sujeto activo debe anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria. A este respecto, la STS 28 de octubre de 2005 [TOL791.879] establece: “[...] El engaño ha de ser precedente o coincidente temporalmente con el error que al sujeto pasivo determina [...]”.

¹²ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p.364

¹³MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 289

1.2.2 El ánimo de lucro

Es un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial. La doctrina lo define como la finalidad de obtener una ventaja patrimonial (que puede no tener un contenido económico, si se defiende el concepto personal de patrimonio) a costa del correlativo perjuicio del sujeto activo¹⁴.

Por tanto, no basta con que el sujeto conozca que engaña a otro y que ello le produce un perjuicio, se requiere además que el autor haya realizado el hecho con una determinada intención o motivación: es preciso adicionalmente que el sujeto persiga un enriquecimiento patrimonial como consecuencia de su acción.

Pues bien, en este caso, en la conducta de Don Teodoro no queda acreditado el primero de los elementos que el tipo delictivo requiere, esto es, el engaño bastante. No hay engaño porque no hay simulación de la realidad. Don Teodoro le pide las provisiones, como es lo habitual en el ámbito de la prestación de servicios por abogados, para realizar las tareas encomendadas por Doña Ana, de las que la mantuvo informada de todos los asuntos judiciales y extrajudiciales encomendados.

No hay ningún engaño capaz de vencer los mecanismos de autoprotección por parte de Doña Ana¹⁵.

Al no darse el primer elemento del tipo (el engaño bastante) no es necesario analizar los demás.

La relación contractual que se concertaba entre el abogado Teodoro y su clienta Doña Ana constituía una modalidad del contrato de arrendamiento de servicios, el cual se recoge en el artículo 1544 del Código Civil, que lo define como aquel en el que «una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto».

¹⁴MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 289

¹⁵Al respecto véase los “criterios de imputación objetiva” que hace referencia MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 285

Doña Ana entregó su confianza y el abogado Don Teodoro prestó su servicio ajustándose a unas normas deontológicas, presidido todo ello por la libertad y la independencia, principios, junto a otros como la dignidad, la integridad y el secreto profesional, esenciales a la hora de analizar la relación abogado-cliente.

Las cantidades entregadas por la Sra. Blasco al letrado Teodoro (700 euros, 1.500 euros, 6.000 euros y 3.800 euros) estaban destinadas a atender las cuestiones derivadas del fallecimiento de su marido en Herat (Afganistán), tanto judiciales como extrajudiciales. Las cartas se remitieron a la denunciante, y esta efectuaba la provisión de fondos mostrando su conformidad con que el encausado efectuara tales gestiones.

La primera provisión de fondos fueron 700 euros, destinados a las gestiones con el Ministerio de Defensa, Guardia Civil por el atestado y el desplazamiento a Madrid al Juzgado Togado Militar y se efectuaron tales trabajos por el denunciado por lo que no cabe hablar de estafa. A consecuencia de esas gestiones la Sra. Blasco cobró una indemnización de la cual no se quejó en ningún momento.

En cuanto a la segunda solicitud de provisión de fondos de 1.500€ para la interposición de una demanda civil contra una entidad por un seguro de vida, dicha demanda no se pudo interponer por una cuestión jurídica de fondo, como era el hecho de que negaron la cobertura alegando la entidad que el fallecimiento de su marido se había producido fuera del territorio Nacional y por eso estaba excluido. La denegación de la causa del siniestro se remitió directamente a la denunciante por la citada entidad bancaria, y posteriormente a Don Teodoro. Todo ello consta no solo en el expediente que se encuentra en el despacho de Don Alfredo sino también en el soporte informático, que quedó en su totalidad en el citado despacho y de toda esta información era conocedora Doña Ana. Cierto es que se solicitó la provisión de fondos para presentar la demanda civil frente a la entidad en mayo de 2011 y que esta finalmente no se presentó, a pesar de que estaba preparada, pero ello se debió a que el hecho de que el marido de Doña Ana falleciera fuera de España era una de las causas por las que denegaban la cobertura del siniestro y por ese motivo estaba excluido la póliza de seguro de vida suscrito con la entidad. A pesar de ello Don Teodoro hizo todo lo posible para averiguar la consideración que tenía la Base Militar de Herat. A estos efectos contactó con el Ministerio de Defensa, con el Ministerio de Justicia-Relaciones Consulares y por confirmación de este último con el Ministerio de Asuntos Exteriores, el cual le confirmó

que no era territorio español. Ante tal circunstancia se lo informó a la clienta y le avisó que en caso de interponer la demanda y de que esta fuera desestimada totalmente los gastos serían elevados, por lo que ya no supo nada más al respecto.

Como no interpuso la demanda, la provisión de fondos la destinó al pago de las gestiones realizadas ante el Juzgado Togado Militar. Así se lo comunicó a la clienta y no mostró su disconformidad.

Como manifestó mi cliente en su declaración, desde hace tres años que se marchó del despacho, y en ningún momento la Sra. Blasco le dijo nada al respecto de su actuación profesional. La interposición de la denuncia coincide con el momento en el que surgen las desavenencias entre los dos compañeros del despacho.

El letrado Alfredo le pidió la Venia para continuar él con el asesoramiento jurídico de la Sra. Blasco y esta fue concedida por el letrado Teodoro y los trámites pendientes que quedaban por realizar en aquel momento eran acabar el Procedimiento Penal Militar y la reclamación a la entidad bancaria por la póliza de seguros de vida de amortización de préstamos que afectaba al crédito hipotecario subsistente.

Mi cliente recibió una carta por parte del letrado de la Sra. Blasco solicitando la devolución de los 1.500€ por la demanda no interpuesta, a la que Don Teodoro le contestó remitiendo otra carta a la denunciante en la que adjuntaba su minuta correspondiente a su intervención ante el Juzgado Togado Militar de Madrid debidamente justificado y de todo ello tenía constancia Doña Ana. En dicha carta Don Teodoro le explicaba que como la provisión de fondos y su minuta de honorarios eran cantidades iguales había procedido a compensar la deuda, con el consentimiento de Dª Ana. De su minuta de honorarios que ascendía a la cantidad de 2.200€ descontó los 700€ que recibió por primera vez como provisión, por lo que el total de la minuta eran 1.500€, debidamente justificados, cantidad idéntica a la que Doña Ana le entregó como provisión de fondos y tenía que devolverle por no haber presentado la demanda.

Con respecto a la tercera provisión de fondos de 6.000€, estaban destinados a lo siguiente: 1.700€ a los gastos de la notaría, 3.200€ en concepto de Impuesto de sucesiones y donaciones, 600 euros para el impuesto de plusvalía y 500 euros para el Registro de la Propiedad, ascendiendo el total a 6.000€. Finalmente, Don Teodoro no tuvo que pagar los 3.200€ del Impuesto de sucesiones y los honorarios del Notario

fueron 1.350€, sobrando la cantidad de 350€ por ese concepto. Es decir, que finalmente sobraban 3.550€.

Todas las gestiones relativas a la Declaración de Herederos fueron llevadas a cabo por Don Teodoro y en todo momento se notificaron a la Sra. Blasco por lo que no se puede hablar de estafa ya que no hay engaño porque no hay simulación de la realidad. De esa provisión de fondos sobró una cantidad, que no se devolvió porque se destinó a compensar lo que Doña Ana debía a D. Teodoro por los servicios prestados.

Por último, la provisión de fondos de 3. 800€ fue destinada por Don Teodoro a una nueva reclamación judicial contra otra entidad y de dicha reclamación obtuvo una indemnización para la Sra. Blasco, por lo que no concurre el delito de estafa.

Por otra parte, no hay dolo del acusado ni antecedente ni concurrente a la dinámica defraudatoria que configura el tipo del delito de estafa, ya que en el momento en el que le solicitó las cantidades destinadas a la Declaración de Herederos no estaba pensando en no prestar el servicio. Por el contrario, estaba pensando en utilizarlas para pagar las gestiones realizadas, y así lo hizo.

Respecto a la provisión de fondos destinada a interponer la demanda, en el momento en el que le solicitó la provisión de fondos tenía intención de presentarla. No lo hizo por los motivos expuestos, explicándolo a Doña Ana.

De este modo, queda claramente constatado que no estamos ante un negocio jurídico criminalizado, puesto que Don Teodoro no tiene la voluntad de no cumplir con la contraprestación y enriquecerse con la provisión de fondos. La jurisprudencia mayoritaria afirma el dolo a partir de la “teoría de los negocios jurídicos criminalizados”¹⁶, sosteniendo que la diferencia entre el ilícito civil y el penal radica en el tipo subjetivo, en la finalidad pretendida por el sujeto activo, de modo que si el engaño es previo hay dolo penal y si es posterior hay dolo civil. Existe en estos negocios criminalizados una apariencia de realidad contractual, pero el propio negocio constituye el engaño en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente lo que quiere es aprovecharse de la apariencia para obtener la contraprestación de la otra parte sin intención de cumplir la suya.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, y OTROS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t.1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 507.

La jurisprudencia subraya que «el mero incumplimiento de las obligaciones contraídas en cualquier negocio no supone la comisión de un ilícito penal, en concreto de una estafa, sino que, antes al contrario, ha de acreditarse, con plena solvencia, la voluntad previa del contratante de incumplir absolutamente sus obligaciones, contraídas con el exclusivo fin de lucrarse, apropiándose del dinero por esta vía obtenido» (STS 1557/2004, de 30 de diciembre) y, en similares términos dice la STS del 27 de julio de 2010 que «en el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la concreción del contrato, que no podrá o no querrá cumplir la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos y que se enriquecerá con ellos. Asimismo, la jurisprudencia exige que se pruebe el conocimiento del sujeto activo en el momento de la firma del contrato de que no cumplirá sus obligaciones, lo que convierte al contrato en nulo y punible, porque en realidad el contrato mismo es una operación de engaño que se erige en instrumento simulador - contrato civil criminalizado».

En el mismo sentido, la SAP de Valencia, sec. 2^a, del 24.01.2007, núm. 46/2007, [REC 72/2006] (EDJ 2007/114262) señala:

«Más no es éste el elemento más claramente inapreciable, sino que debemos referirnos al intencional o subjetivo del ánimo de lucro, que permite distinguir entre el dolo civil y penal, que marca la línea divisoria entre lo que constituyen los legítimos intereses de quienes se sientan engañados para obtener la reparación que el derecho les concede. En el ilícito penal en que la estafa consiste, el sujeto activo debe conocer desde el mismo momento de la concreción del contrato que no va a poder o no va a querer cumplir aquello a que se comprometió en compensación del valor recibido con la suscripción del mismo, lo que le provocará un evidente enriquecimiento en perjuicio de aquellos. La criminalización, por tanto, de cualquier negocio civil, debe producirse cuando el propósito defraudatorio surge antes o en el momento de celebrar el contrato y moviliza la voluntad de la parte contraria no puede predicarse (...). La inconcurrencia de los elementos característicos de la estafa, ni siquiera de la criminalización del negocio jurídico celebrado, impide la calificación de la conducta de los acusados por la vía de los artículos 248 y siguientes del Código Penal, procediendo, en consecuencia, su absolución con todos los pronunciamientos favorables y sin que pueda extenderse este Tribunal a resolver las pretensiones civiles que la acusación particular vinculaba a la

conducta penal. Al no existir delito imputable a los acusados, tampoco pueden imponérseles las costas de este procedimiento¹⁷».

1.3 Prueba de indicios y presunción de inocencia.

Como en todo proceso penal, para enjuiciar y decidir sobre la responsabilidad penal ha de partirse del derecho a la presunción de inocencia, derecho que viene consagrado en nuestro sistema constitucional y legal con rango de derecho fundamental (artículo 24 de la Constitución¹⁸), e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.

Toda conducta debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas del sometido al reproche penal¹⁹. De esta forma, la presunción de inocencia exige, para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada, proporcional e individualmente la culpabilidad del inculpado, debiendo, realizarse con plenitud tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal en el acto del juicio oral.

En efecto, en relación a la presunción de inocencia, establece el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia de 16 de Enero de 2006 que, «según ha declarado este Tribunal en otras ocasiones, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*». De tal afirmación se desprende inequívocamente que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba

¹⁷ AP Valencia, sec. 2^a, S 24-1-2007, nº 46/2007, rec. 72/2006 (EDJ 2007/114262)

¹⁸ El artículo 24 CE señala que: 1. «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

¹⁹ STC 109/86, de 24 de septiembre.

de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria. Por lo tanto, si existe una duda objetiva, debe ejecutarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Pues bien, en este caso esa prueba indiciaria del dolo del acusado no existe, pues no se ha podido acreditar que el acusado en el momento de solicitarle las provisiones de fondos tuviera intención de no cumplir con la prestación de servicios a la que estaba obligado. Para castigar por el delito de estafa es necesario probar la intención de no cumplir, es decir, demostrar que en el momento de contraer la obligación el acusado ya tenía propósito de incumplimiento. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 2008 [TOL 1.340.424] establece que debe acreditarse de manera clara e indubitada que el acusado conocía la imposibilidad que tenía para cumplir sus obligaciones, si se quiere reconocer la existencia de engaño precedente.

Asimismo, no se ha practicado prueba alguna que permita apreciar la existencia de engaño. Las provisiones de fondos acreditan que entre las partes existía un arrendamiento de servicios, y en todo momento Don Teodoro prestó correctamente su servicio profesional cumpliendo su obligación contractual, informando puntualmente y en todo momento a la denunciante del curso de las gestiones judiciales y extrajudiciales encomendadas. Además, ofreció elementos probatorios de las gestiones y reclamaciones contra las entidades aseguradoras destinadas a percibir las indemnizaciones, y que fueron recibidas por D. Ana. Prueba de ello es que el ordenador donde trabajaba quedó en el despacho donde trabajaba, allí se encontraban todos los archivos relacionados con la Sra. Ana y tras abandonar el mismo, ninguno de ellos fue borrado.

Tras el desarrollo de las pruebas practicadas se llega a la conclusión de que no existen elementos incriminatorios contra el acusado, no se ha llegado al pleno convencimiento de ser ciertos los hechos delictivos que a él se le imputan, de ahí que hay que aplicar el principio *in dubio pro reo* en favor del mismo.

2. DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

2.1 Elementos constitutivos del tipo de la apropiación indebida.

Igualmente, a Don Teodoro se le acusa por comisión de un delito de apropiación indebida, el cual se encuentra recogido en el art. 253 del CP que prevé lo siguiente: «*Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*». Las penas para el delito de apropiación indebida son las mismas penas del delito de estafa.

En la apropiación indebida la conducta típica consiste en la apropiación de cosas muebles por parte de quien tiene la posesión legítima de estas. El poseedor legítimo se convierte en ilegítimo propietario, trasmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita²⁰.

El delito de apropiación indebida requiere que sea el poseedor legítimo de la cosa mueble, dinero, efectos o valores quien proceda a incorporarlos a su patrimonio, con ánimo de lucro, cuando tenía la obligación de entregarlos o devolverlos, o negara haberlos recibido. En este sentido se pronuncia la Sentencia de AP Barcelona, sec. 3^a, S 1-9-2009, nº 799/2009, [REC 118/2007]. Este delito pretende un *modus operandi* que se concreta en dos momentos cronológicos²¹: un momento inicial perfectamente válido y lícito consistente en un negocio jurídico en cuya virtud se produce la entrega de dinero, efectos o cualquier cosa mueble en virtud de un título jurídico que genere obligación de entrega, recepción que viene presidida por la asistencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado para cumplir la finalidad pactada (no es delictiva esta fase, pero es un presupuesto necesario del delito);

²⁰MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 299

²¹CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, y OTROS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t.1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 519 y 520.

un momento subsiguiente en el que se origina el delito, que viene determinado por la indebida apropiación de los mismos con perjuicio de otro a partir de la transmutación de la posesión legítima en ilegítima.

Ha señalado nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 915/2005 de 11 de julio de 2005, que cuando se trata de dinero y otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo:

a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

b) Que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado.

c) Que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Como elemento del tipo subjetivo, debe concurrir el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de apropiarse del bien mueble. Asimismo, la mayoría de la doctrina exige la concurrencia del ánimo de lucro (elemento de lo injusto adicional al dolo). Algunos autores consideran que el dolo implica un “ánimo de apropiación”. Así por ejemplo, Bajo Fernández considera que el dolo incluiría cualquiera de los elementos subjetivos que exigen la doctrina y la jurisprudencia, haciendo innecesaria su concurrencia²². Por el contrario, otra parte de la doctrina “el ánimo de apropiación” como otro elemento subjetivo de lo injusto, adicional al anterior. En opinión de Belén Mayo Calderón²³, ha de exigirse el ánimo de lucro como elemento subjetivo de lo injusto, que, en el ámbito

²² BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) y Otros, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998 y MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 304.

²³ Vid. MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 304.

de este delito, implica un ánimo de apropiación, es decir, el sujeto ha de actuar con el fin de obtener una ventaja patrimonial (que puede no tener un contenido económico, si se defiende el concepto personal de patrimonio) con la apropiación, que implica la no devolución o entrega al propietario de una manera definitiva. El sujeto puede actuar con dolo, es decir, puede tener conciencia y voluntad de realizar un acto de apropiación (un acto que corresponde realizar al propietario y no al poseedor) sin la intención de incorporar la cosa definitivamente a su patrimonio.

Por su parte, el Tribunal Supremo viene reclamando el ánimo de lucro en la apropiación indebida (STS de 3 de enero de 1985, SAP de Madrid de 26 de mayo y 20 de noviembre de 2006).

Para la consumación suele exigirse que se haya producido un efectivo traspaso dominical de la cosa (apropiación) y un perjuicio patrimonial en la víctima. Si se trata de dinero, aquella hay que situarla en un momento en que sea imposible de forma definitiva entregarlo o devolverlo (STS 509/1999, de 29 de marzo).

2.2. Supuesto de entrega de dinero para gastos de gestión.

Como ya hemos señalado, la tercera provisión de fondos por importe de 6.000€ estaba destinada a lo siguiente: 1.700€ en concepto de gastos del notario, 3.200€ en concepto de Impuesto de sucesiones y donaciones, 600 euros para el impuesto de plusvalía y 500 euros para el Registro de la Propiedad. Finalmente, Don Teodoro no tuvo que pagar los 3.200€ del Impuesto de sucesiones y los honorarios del Notario fueron 1.350€ sobrando la cantidad de 350€ por ese concepto, es decir, que finalmente sobraban 3.550€. Pues bien, respecto a esta cuantía no devuelta hay que determinar si concurren los elementos del delito de apropiación indebida.

Ante la Notaría de la localidad de Zueras (Zaragoza), se realizaron todos los trámites para la realización del acta de notoriedad de Declaración de Herederos Abintestato, al haber fallecido sin testamento, cuestión que se cumplimentó, e igualmente se formalizó la oportuna Escritura de Partición y Aceptación de Herencia, lo cual se materializó en la minuta notarial, y se remitió a Don Teodoro un borrador de la Escritura, para que, si la encontraba conforme, fuese firmada por los herederos, como así fue.

Posteriormente, la notaría remitió las Escrituras correspondientes a Don Teodoro mediante correo certificado, y se realizaron las gestiones inherentes a las mismas, en lo que a liquidación de Impuestos de sucesiones se refiere. Inicialmente pensó que había que realizar algún pago pero al examinar la Ley y Reglamento del Impuesto sobre sucesiones y donaciones se dio cuenta de que las indemnizaciones percibidas como accidente, quedaban exentas y así se comunicó a la denunciante. Se le entregó la liquidación con una pegatina de la DGA, donde constaba la exención, es decir, nunca se ocultó dicha circunstancia, y desde el año 2011 hasta agosto de 2015 que se interpuso la denuncia, nada manifestó al respecto D^a Ana.

Además, Don Teodoro le mandó una carta en la que le explicaba el asunto de la Declaración Complementaria del Impuesto de sucesiones.

Por ello, en ningún momento se destinó las provisiones de fondos a un destino diferente de lo acordado. De esa provisión de fondos sobró una cantidad, que no se devolvió porque se pensaba destinar a compensar lo que Doña Ana debía a D. Teodoro por los servicios prestados.

Tratándose de provisiones de fondos señala la SAP de Toledo de 23 de mayo de 2017²⁴ que hay que distinguir entre aquellas que se entregan por el cliente al letrado como anticipo de sus honorarios, supuesto en que no hay apropiación indebida si las hace suyas, sin perjuicio de su reclamación en vía civil, de aquellas otras provisiones que se hacen no como anticipo de honorarios sino en concepto de suplidios, para invertirse por el letrado en aquellos gastos necesarios que la iniciación e impulso del proceso pudiera precisar, como tasas o depósitos, pruebas periciales, gastos del procurador, obtención de documentos públicos o certificados etc.

La STS de 16 de marzo de 2017 trae a colación la de 14 de marzo de 2013 según la cual «la distracción que produce la comisión de un delito de apropiación indebida cuando de dinero se trata, en el caso de abogados en ejercicio, está referida a cantidades de dinero que se perciben con destino a satisfacer indemnizaciones, gastos, suplidios o entregas que no tengan por finalidad el pago de honorarios del letrado, pues en este caso la cantidad se incorpora al patrimonio del perceptor de forma definitiva, en concepto de propiedad, como contrapartida por sus servicios profesionales, de manera que no ha de

²⁴ Vid. FJ primero de la SAP de Toledo de 23 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APTO:2017:524)

devolverse ni emplearse en usos predefinidos, por lo que no puede producirse un delito de apropiación indebida».

Pues bien, en este caso la citada cantidad es entregada como provisión de fondos, por lo que se podría plantear que concurre el tipo de la apropiación indebida. Sin embargo, como señala MAYO CALDERÓN²⁵, en este supuesto aunque se da el tipo de la apropiación indebida la conducta no es antijurídica, por aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a compensar la deuda (art. 20. 7 CP²⁶). A él se refiere el artículo 1.195 del CC *«Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra»*.

Para que la compensación justifique la apropiación indebida han de darse todos los requisitos exigidos en el art. 1.196 del CC *«1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3.º Que las dos deudas estén vencidas. 4.º Que sean líquidas y exigibles. 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor»*.

En la práctica, para saber si hubo o no apropiación indebida se hace necesario proceder a la liquidación de cuentas pendientes, pues solo así puede conocerse si estaba o no justificada la apropiación que, para compensar, realiza el sujeto activo. Si, efectuada la liquidación se evidencia que la cantidad apropiada no era superior a la deuda pendiente la apropiación puede estar justificada. Por el contrario, si aún sin efectuar la liquidación, resulta evidente que la cantidad apropiada excede de aquello que hubiera podido compensarse, no hay dificultad alguna para entender existente el delito, aunque siga siendo necesaria la liquidación de cuentas para precisar la cuantía, y con ella, la pena.

²⁵ MAYO CALDERÓN, B., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 305.

²⁶ El artículo 20.7 del CP prevé lo siguiente: «Están exentos de responsabilidad criminal: 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

En este caso, como Don Teodoro y Doña Ana eran recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro, en todo momento la intención de Don Teodoro era utilizar las cantidades sobrantes de la provisión de fondos, tanto los 3.200€ como los 350€ para compensar el dinero que le debía Ana por sus honorarios. No se lo comunicó porque fue denunciado por la Sra. Blasco, de manera que tuvo que comunicar esta circunstancia en el Juzgado.

Efectuada la compensación se evidencia, como es el caso, que la cantidad apropiada no es superior a la deuda pendiente, por lo que la apropiación queda justificada. Como prueba se aporta la liquidación de cuentas.

2.3. Supuesto de entrega de dinero como adelanto del precio por los servicios prestados.

En relación con el importe de 3.800€ para reclamar judicialmente a la entidad aseguradora la defensa tiene que mantener que no se entrega para satisfacer gastos de gestión sino como adelanto del precio que el abogado va a cobrar por su trabajo.

Como ya hemos señalado la citada STS de 16 de marzo de 2017 «la distracción que produce la comisión de un delito de apropiación indebida cuando de dinero se trata, en el caso de abogados en ejercicio, está referida a cantidades de dinero que se perciben con destino a satisfacer indemnizaciones, gastos, suplidos o entregas que no tengan por finalidad el pago de honorarios del letrado, pues en este caso la cantidad se incorpora al patrimonio del perceptor de forma definitiva, en concepto de propiedad, como contrapartida por sus servicios profesionales, de manera que no ha de devolverse ni emplearse en usos predefinidos, por lo que no puede producirse un delito de apropiación indebida».

En parecidos términos se expresa la STS de 23 de diciembre de 2008: «Lo que se recibe en concepto de pago de honorarios es precio o merced que en el marco del arrendamiento constituye la prestación debida por el servicio prestado, o que se ha de prestar, por lo cual, en principio, su entrega lo es como pago y con transmisión del dominio del dinero. Si luego el servicio profesional convenido no se presta o se presta incorrectamente existirá en efecto un incumplimiento contractual sobrevenido en el marco de un negocio jurídico bilateral con obligaciones recíprocas, con la posibilidad de

integrar una estafa, si el contrato se presenta como una mera apariencia engañoso que esconde desde el principio la decidida voluntad por el sujeto de no cumplir con el servicio prometido».

En este caso no hay ninguna prueba de que ese dinero se entregara para pagar gastos (en la carta emitida por Don Teodoro a Doña Ana no se dice que dicha provisión vaya a ser para una gestión determinada), por lo que la defensa puede mantener que se entregó en concepto de anticipo de honorarios profesionales que le correspondían por las gestiones realizadas como abogado en relación procedimiento judicial contra la entidad aseguradora. Por ello, tal y como hemos señalado, en este caso no hay apropiación indebida. El letrado recibió ese dinero como parte del precio por los servicios prestados y, por lo tanto, lo recibió en propiedad, y no únicamente en posesión, sin obligación de entregarlo o devolverlo.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que cuando se alude a aspectos complejos de las relaciones entre cliente y Abogado debe tenerse siempre en cuenta que, respecto a la cantidad percibida como provisión de fondos, la liquidación y rendición de cuentas corresponde al Letrado que la ha recibido²⁷.

Aplicando dicha doctrina al caso examinado, y en contra de lo sostenido por la acusación particular, lo que se acredita en el caso es que la Sra. Blasco no pidió en ningún momento rendición de cuentas al acusado. A pesar de ello, el letrado tras realizar las gestiones correspondientes a los asuntos aceptados hizo entrega de la liquidación definitiva de honorarios y suplidos por su intervención profesional.

Asimismo, la defensa tiene que señalar que no concurre el dolo, porque no tiene conciencia de voluntad de convertir una posesión lícita en una propiedad ilícita. Él sabe que es el propietario de ese dinero porque es parte del precio que le corresponde por los servicios prestados a D^a Ana.

²⁷ STS 709/1996, de 19 octubre

3. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFAS Y APROPIACIÓN INDEBIDA.

Teniendo en cuenta que el plazo de prescripción del delito de estafa y apropiación indebida era de cinco años, en el momento de los hechos, y que la denuncia por estos hechos se presenta el día 1 de agosto de 2015, esta parte considera que los hechos estaban prescritos cuando se presenta la denuncia y no puede estimarse la existencia de acto alguno que interrumpa la prescripción. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2016, la denuncia no interrumpe la prescripción de los delitos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 130. 6 del Código Penal, la prescripción del delito implica la extinción de la responsabilidad criminal, señalando el artículo 131 del CP ²⁸ los plazos que han de trascurrir para que ello tenga lugar.

En consecuencia, estando aquí ante una pena fijada en el artículo 249 del CP de hasta 3 años de prisión (menos de 5 años), el plazo de prescripción será de 5 años. Como los hechos ocurridos el 27 de mayo y el 2 de julio de 2011 y la denuncia se presentó en el Juzgado el 1 de agosto de 2015 está claro que ha trascurrido el citado plazo de 5 años, lo que determina que se deba estimar la prescripción alegada por esta parte.

En aplicación del artículo 116 LECrim, la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil. Por tanto, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitárla ante los órganos competentes contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa.

La STS de 3 de noviembre de 2015 (REC nº 399/2015) ha declarado que «la prescripción presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, que, por responder a principios de orden público y de interés general, puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con

²⁸ Artículo 131 del CP. 1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan²⁹ y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir dentro del trámite del recurso casacional³⁰.

En definitiva, la prescripción debe estimarse siempre que concurran los presupuestos sobre los que asienta (lapso de tiempo correspondiente o paralización del procedimiento) aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario (el art. 666.3^a LECr prevé que "Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: / ... / 3.^a La de prescripción del delito") y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado (el art. 786.2 LECr prevé que " El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia"), en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión de la Ley, tiene extinguida su posible responsabilidad penal» (F.D. 3º de la citada sentencia).

²⁹ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo Núms. 793/2011, de 8 de julio, y 1048/2013, de 19 de septiembre.

³⁰ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo Núms. 420/2004, de 30 de marzo y 1404/2004, de 30 de noviembre.

En base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre el objeto de Consulta, la Letrada que suscribe formula las siguientes:

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- En disconformidad con la opinión mantenida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, los hechos no son constitutivos un delito de estafa del artículo 248 y 249 del CP. No hay engaño porque no hay simulación de la realidad, ni dolo simultaneo a la realización de la conducta. El letrado cumplió con la contraprestación requerida por la denunciante.

SEGUNDA.- En relación con la aplicación del delito de estafa hay que tener en cuenta el principio *IN DUBIO PRO REO*, que básicamente se traduce en que cuando haya duda, hay que decidirse a favor del acusado. En un principio en virtud del cual el tribunal, si tiene duda, no puede condenar al acusado por un hecho criminal. Pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo. Este principio solo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas.

TERCERA.- Respecto a la apropiación indebida del dinero que se le entregó para pagar los gastos de gestión correspondientes a la Declaración de Herederos y que le sobraron después de pagar a sus destinatarios, puede reconocerse que la conducta es típica pero hay que afirmar que no es antijurídica, por apreciación de la causa de justificación del ejercicio del derecho de compensación. Don Teodoro no le devuelve las cantidades sobrantes porque su intención era compensar con ellas lo que la clienta le debía por sus honorarios.

CUARTA.- En relación con el dinero entregado por importe de 3.800€, destinado a realizar una reclamación judicial contra otra entidad aseguradora, no se da el tipo de la apropiación indebida porque se lo entregó como adelanto del precio realizado por los servicios prestados como abogado. Lo recibe en propiedad y no en posesión, y no por un título que obligue a entregarlo o devolverlo.

QUINTA.- La defensa tiene que alegar la prescripción de los supuestos delitos de estafa y apropiación indebida porque la denuncia por tales hechos se presentó el día 1 de agosto de 2015, habiendo transcurrido el plazo de 5 años que señala el art. 131 CP.

SEXTA.- Si bien es cierto que Don Teodoro cometió un error al no remitir la correspondiente liquidación en su momento, no estafó a la denunciante ni se apropió del dinero recibido, estando todo ello justificado por las actuaciones profesionales que realizó en favor precisamente de la propia denunciante.

SÉPTIMA.- A la vista de lo anteriormente expuesto se debería concluir que Don Teodoro no es autor ni del delito de estafa ni del delito de apropiación indebida del dinero, por todo lo cual, y sin perjuicio de la lógica responsabilidad civil que proceda aplicar, el Juzgado Penal de Zaragoza correspondiente deberá dictar una sentencia absolutoria, exculpando a Don Teodoro de cualquier delito que se le acusa, todo ello con expresa declaración de las costas de oficio.

Esta son las opiniones que emito como Dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 15 de diciembre de 2017.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) y Otros, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- ROMEO CASABONA, C.M, y OTROS (Coords.), *Derecho Penal. Parte General. Comares*, Granada, 2016.
- ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, pp.359-396.
- CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, y OTROS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t.1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 501-527.
- CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2011.
- CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000.
- GIL MARTÍNEZ, “Particularidades de la apropiación indebida”, EDJ nº 93, 2006
- GILI PASCUAL, A. “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)” en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, González Cussac JL, Dto. Valencia 2015, Tirant lo Blanch ISBN13:9788490869444.
- INGLESI NIETO, “El “ánimo de lucro” en el delito de estafa: ¿Es necesario como elemento subjetivo del tipo penal?”, Rev. de Derecho, nº 17, 2011.

- MAYO CALDERÓN, B. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta "de lege ferenda"*, 1^a edición, Comares, Granada, 2005, pp. 339-353.
- PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ MELGAR, “Actualización jurisprudencial en relación con los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal. Análisis crítico. Perspectivas de futuro”, EDJ nº 120, 2007.
- SILVA CASTAÑO, M^aL, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, 1997.
- VIANA BALLESTER, C., "Los delitos de estafa: arts. 249 y 250 CP", en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac JL, Dto. Valencia 2015.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a edit., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 283 -312.

RECURSOS DE INTERNET

- Abogacía Española
<http://www.abogacia.es/>
 Fecha de consulta: 21.11.2017
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
 Fecha de consulta: 28.11.2017

- CENDOJ. Centro de Documentación Judicial

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Fecha de consulta: 25.10.2017 - 6.11.2017 – 10.11.2017 – 14.11.2017

- Legal Today

<http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/apropiacion-indebida-vs-devengo-de-honorarios-profesionales>

Fecha de consulta: 22.11.2017

- Juicio Penal

<https://juiciopenal.com/category/delitos/apropiacion-indebida/>

Fecha de consulta: 10.11.2017-17.11.2017

- Noticias Jurídicas

www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUAMjEzNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAiOsOcTUAAAA=WKE

Fecha de consulta: 8.11.2017-9.11.2017

- Tirant lo Blanch Online

<http://www.tirantonline.com/tol/>

Fecha de consulta: 20.11.2017 – 21.11.2017

- Thomson Reuters, ARANZADI DIGITAL

<http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon?legacy>

Fecha de consulta: 12.11.2017 – 13.11.2017

JURISPRUDENCIA

SAP Madrid de 26 de mayo de 2006

SAP Madrid de 20 de noviembre de 2006

SAP Valencia de 24 de enero de 2007

SAP Madrid de 8 de mayo de 2008

SAP Barcelona de 1 de septiembre de 2009

SAP Murcia 29 de noviembre de 2013

SAP Toledo 23 de mayo de 2017

STC de 24 de septiembre de 1986

STC de 16 de Enero de 2006

STS de 3 de enero de 1985

STS de 29 de marzo de 1999

STS de 21 de enero de 2003

STS de 30 de diciembre de 2004

STS de 11 de julio de 2005 núm. 915/2005

STS 28 de Octubre de 2005

STS de 13 de diciembre de 2005

STS de 16 de febrero de 2007

STS de 9 de mayo de 2007

STS de 11 de junio de 2008

STS de 23 de diciembre de 2008

STS de 27 de julio de 2010

STS de 14 de marzo de 2013

STS de 10 de febrero de 2015

STS de 16 de marzo de 2017

