



FACULTAD DE DERECHO

**Modificación de los delitos de estafa,  
apropiación indebida y administración  
desleal en el Proyecto de reforma del  
Código Penal de septiembre de 2013**  
*Estudio de su fundamento*

*Delincuencia patrimonial, económica y de la empresa  
Derecho Penal*

Autor: Jose María Mateu Sánchez-Ocaña · 5º E-3 B  
Tutor: Antonio Obregón García

Madrid  
Abril 2014

## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS</b> .....	p. 5
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	p. 6
<b>1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE</b> .....	p. 8
1.1. Evolución legislativa del delito de estafa.....	p. 8
1.2. Evolución legislativa del delito de apropiación indebida.....	p. 15
1.3. Evolución legislativa del delito de administración fraudulenta.....	p. 17
<b>2. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ESTAFA</b> .....	p. 19
2.1. El bien jurídico protegido.....	p. 19
2.2. Admisibilidad del engaño en comisión por omisión.....	p. 20
2.3. Distinción entre el engaño y el dolo civil.....	p. 22
2.4. Negocio con causa ilícita y objeto ilícito de la estafa.....	p. 25
2.5. Consumación y formas imperfectas de ejecución.....	p. 26
2.6. Concurso entre estafa y delitos de falsedad documental.....	p. 28
2.7. Otros problemas.....	p. 30
<b>3. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA</b> .....	p. 31
3.1. El bien jurídico protegido.....	p. 31
3.2. Diferencias con el hurto.....	p. 33
3.3. Necesidad de perjuicio para la consumación del delito.....	p. 35
3.4. Necesidad de ánimo de lucro como elemento subjetivo.....	p. 37
<b>4. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE</b> .....	p. 40
4.1. Relación con el delito de apropiación indebida.....	p. 40

<b>5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013.....</b>	<b>p. 44</b>
5.1. Modificaciones relativas al delito de estafa.....	p. 44
5.2. Modificaciones relativas al delito de apropiación indebida.....	p. 45
5.3. Modificaciones relativas al delito de administración fraudulenta.....	p. 46
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>p. 49</b>
6.1. Sobre la reforma del delito de estafa.....	p. 49
6.2. Sobre la reforma del delito de apropiación indebida.....	p. 50
6.3. Sobre la reforma del delito de administración fraudulenta.....	p. 51
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>p. 53</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>p. 56</b>

# MODIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE SEPTIEMBRE DE 2013

## *Estudio de su fundamento*

### RESUMEN

Este trabajo aborda las modificaciones introducidas por el Proyecto de Reforma de septiembre de 2013 del Código Penal español respecto a los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal. Se parte de un examen de la evolución legislativa de las tres figuras delictivas, complementado con un análisis de su problemática doctrinal y jurisprudencial. Dicho marco previo permite extraer determinadas conclusiones sobre el fundamento y la conveniencia de las modificaciones legislativas propuestas.

**Palabras clave:** estafa, apropiación indebida, administración desleal, Proyecto de Reforma de septiembre de 2013 del Código Penal español

### SUMMARY

This paper addresses the changes introduced by the Draft Bill of September 2013 on the Reform of the Spanish Criminal Code relating to the crimes of fraud, misappropriation and unfair administration. It begins with a review of the legislative evolution of the three offenses, together with an analysis of their doctrinal and jurisprudential issues. Such preliminary framework allows certain conclusions on the merits and suitability of proposed legislative changes.

**Keywords:** fraud, misappropriation, unfair administration, Draft Bill of September 2013 on the Reform of the Spanish Criminal Code

## **ABREVIATURAS**

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CP	Código Penal
LO	Ley Orgánica
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal incorpora, entre otras reformas, un conjunto de novedades respecto a tres delitos del ordenamiento penal español: la estafa, la apropiación indebida y la administración desleal. Con tradiciones legislativas muy diferentes, los tres injustos han sido sometidos a un intenso escrutinio doctrinal y jurisprudencial desde sus respectivas incorporaciones al Código Penal. Precisamente el proyecto de reforma de 2013 pretende solventar algunas de las cuestiones que más problemas plantean en relación a su aplicación práctica y a las relaciones que se aprecian entre ellos.

No cabe duda de que la estafa constituye el delito defraudatorio por excelencia. Tanto de su encuadre sistemático, como de su configuración legal, puede derivarse que se trata, además, de un delito contra el patrimonio. Ambos aspectos se encuentran presentes en el concepto genérico de las estafas, que pueden comprenderse como mecanismos defraudatorios determinantes de un perjuicio patrimonial ajeno, y en favor de un enriquecimiento de su ejecutor. Recientemente, sin embargo, la transformación de las estructuras económicas y el desarrollo de las nuevas tecnologías han forzado al legislador a la tipificación de conductas que en parte se desvían de dicho concepto tradicional.

Con una incorporación a la legislación española más tardía, la apropiación indebida se conforma como el acto ilícito de incorporación al propio patrimonio de un bien transmitido por su dueño a título meramente posesorio; y, al igual que la estafa, está actualmente tipificada como una defraudación dentro de los delitos patrimoniales de enriquecimiento. Como se verá, la diferencia evidente entre ambos preceptos reside en que, mientras que en la estafa el autor recibe el bien mediante engaño, en la apropiación indebida el culpable se apropia sin mediar engaño de lo que le fue previamente entregado.

En último lugar, la administración desleal es, de los tres, el delito de más reciente incriminación. Regulada como un ilícito societario contra el orden socioeconómico, su tipificación viene a colmar una laguna de punibilidad ampliamente denunciada por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, la literalidad de las tradicionales figuras delictivas de estafa y apropiación indebida tan solo servían para castigar algunos de los

comportamientos desleales, pero no todos, en los que los administradores societarios se enriquecían a costa de un patrimonio ajeno. No obstante, también es cierto que el Tribunal Supremo venía realizando una ampliación del ámbito de aplicación de la apropiación indebida para cubrir dichos supuestos, interpretación que se mantuvo incluso después de la tipificación separada de la administración fraudulenta, causando nuevos problemas referentes a la relación entre ambos tipos.

Éste y otros inconvenientes son los que trata de solucionar el legislador con el proyecto de reforma de 2013. En ese sentido, el presente estudio tiene por objeto analizar la conveniencia e integridad de las modificaciones propuestas para las tipificaciones de los tres delitos en el actual Código Penal. El interés científico de semejante labor se justifica por el carácter novedoso del proyecto, lo que probablemente se traduce en una notable escasez de estudios que aborden esta misma cuestión. En relación a la metodología de trabajo, se han empleado como principal fuente de referencia diversos manuales de parte especial de Derecho Penal, además de, como es lógico, los propios cuerpos legislativos y el texto del proyecto de reforma. Estas fuentes han sido complementadas con referencias y citas de pronunciamientos jurisprudenciales, así como con monografías y otras publicaciones especializadas.

Con el fin de cumplir el objetivo propuesto, el estudio ha sido estructurado en seis capítulos. Se comenzará analizando la evolución legislativa de las tres figuras delictivas, remontándose ésta, de ser necesario, hasta el Código Penal de 1973 (Capítulo 1). A continuación se procederá a analizar los principales problemas doctrinales y jurisprudenciales que continúan siendo objeto de debate en la actualidad en relación a cada uno de los tres tipos (Capítulos 2, 3 y 4). Esta tarea se llevará a cabo de forma tan pormenorizada y extensa como permitan los límites espaciales previstos para la elaboración del estudio. Seguidamente, se comparará la tipificación actual de los delitos en cuestión con aquélla que propone el proyecto de reforma de 2013 para identificar las novedades que el legislador pretende incorporar (Capítulo 5). En último término, se presentarán de forma sucinta algunas conclusiones que vienen a satisfacer la finalidad primordial anteriormente mencionada (Capítulo 6).

# 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENDA

## 1.1. Evolución legislativa del delito de estafa

Según CHOCLÁN MONTALVO, la estafa encuentra sus raíces en el Derecho romano tardío, donde se empleaba el concepto *stellionatus* (de *Stellio*, escorpión, que hierde alevosa y perversamente) para hacer referencia al delito cometido por el autor de un contrato fraudulento o de maniobras dolosas frente a acreedores o terceros. En Derecho penal español moderno dicha figura se inscribe en el conocido como Derecho penal “clásico”, en la medida en que ha continuado revistiendo una dimensión esencialmente individualista. Semejante carácter se manifiesta, respecto de los sujetos activo y pasivo, en su construcción como delito de lesión de un bien individual: el patrimonio. No obstante, señala el autor, no puede negarse que la estafa presenta también una dimensión supraindividual, en concreto en aquellos supuestos en los que el comportamiento engañoso incide en el orden socioeconómico de forma directa.<sup>1</sup>

El Código Penal de 1973<sup>2</sup> titula la Sección 2ª del Capítulo IV de su Título XIII con la expresión “De la estafa y otros engaños”. Es el en el art. 529 1º CP donde se recoge supuesto de hecho base del delito de estafa (*vid.* Anexo 1).

En los números siguientes del referido artículo, el legislador penal tipifica hasta siete supuestos adicionales en los que cabe apreciar el delito de estafa. Entre ellos se encuentran las defraudaciones cometidas por joyeros, plateros y traficantes (2º y 3º), las defraudaciones encubiertas como remuneraciones a funcionarios públicos (4º), el abuso de firma en blanco (5º), el engaño para incitar la suscripción de un documento (6º), el fraude en el juego (7º) y la ocultación o inutilización de procesos o documentos para cometer fraude (8º). A los tres primeros supuestos les corresponden, en virtud de este mismo precepto, la imposición de las correspondientes penas en su grado máximo. Precisamente en lo que a la fijación de las penas se refiere, el art. 528 CP emplea un criterio puramente cuantitativo, graduándolas de acuerdo con el importe de la defraudación cometida. Establece además el art. 530 que

---

<sup>1</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 21-27.

<sup>2</sup> Decreto núm. 3096/1973, de 14 de septiembre, BOE 12 diciembre 1973.

dichas penas se impongan en grado superior si los culpables “[...] fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito”.

Finalmente, los arts. 531 y 532 CP tipifican cuatro conductas específicas constitutivas de estafa o engaño que se sustraen al régimen de penalidad básico y agravado mencionado: enajenar, arrendar o gravar bienes inmuebles de los que se finge ser dueño (art. 531 párrafo 1º), disponer de una cosa como libre con el conocimiento de que está gravada (art. 531 párrafo 2º), sustraer una cosa mueble de quien la tiene legítimamente en su poder (art. 532. 1º CP) y otorgar un contrato simulado en perjuicio de otro (532. 2º CP).

La exposición de motivos de la Reforma Urgente y Parcial de 1983<sup>3</sup> se refiere a la “[...] casuística que dominaba la formulación de la estafa [...]” en el sistema punitivo español como un defecto que se pretende obviar con la nueva configuración del art. 528 CP. Ante la ausencia de una definición fundamental de tal delito, el art. 528 párrafo 1º CP acoge una nueva redacción que permite incluir los diferentes supuestos planteables: “Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”. Como apuntan COBOS GÓMEZ DE LINARES, MUÑOZ CONDE y PÉREZ MANZANO<sup>4</sup>, ésta constituye la definición moderna de estafa que de facto ya habían adoptado la doctrina y la jurisprudencia gracias al trabajo previo de ANTÓN ONECA. Nótese que por primera vez se incluye la exigencia del ánimo de lucro, elemento subjetivo del tipo que también se explicitará en redacciones posteriores.

Asimismo, este nuevo texto prescinde del sistema de cuantías, dando paso a un régimen de cualificaciones agravatorias descritas en la nueva dicción del art. 529 CP. Entre dichas agravantes resultan novedosas las siguientes: estafa sobre bienes de primera necesidad, viviendas o bienes de reconocida utilidad social (1ª), simulación de pleito u otro fraude procesal (2ª), fraude de seguro (4ª), gravedad de la situación económica en la que se coloca

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica núm. 8/1983, de 25 de junio, BOE 27 junio 1983.

<sup>4</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Las Defraudaciones: Estafa, Apropiación Indebida, Defraudaciones de Fluido Eléctrico y Análogas”, en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, tomo II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 159; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 429; PÉREZ MANZANO, M., “Las Defraudaciones (I). Las Estafas”, en Bajo Fernández, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 440.

a la víctima o abuso de superioridad en relación con sus circunstancias personales (5ª), estafa de especial gravedad atendiendo al valor de lo defraudado (7ª) y estafa que afecte a múltiples perjudicados (8ª). Se mantienen los supuestos (convertidos en agravantes) ya presentes en el anterior Código Penal de abuso de firma en blanco (3ª) y defraudación mediante tráfico de influencias o bajo pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos (6ª). El caso que el legislador considera como más reprobable, por corresponderle la pena de prisión mayor, es la concurrencia de la agravante primera con la séptima o con la octava (art 528 párrafo 3º CP). Asimismo, el nuevo tratamiento que se da a la reincidencia en esta reforma obliga a la supresión del anterior art. 530 CP. Mención especial requiere la nueva agravante de estafa procesal que, como indica la Exposición de Motivos, había sido “[...] reconocida por doctrina y jurisprudencia pero no expresamente por el [D]erecho positivo”.

En lo que a las estafas específicas se refiere, respecto del Código Penal anterior tan sólo se mantienen la enajenación, arrendamiento o gravamen de bien inmueble por quien no es su dueño (art. 531 párrafo 1º CP) y la disposición de un bien como libre con conocimiento de que está gravado (art. 531 párrafo 2º CP). Además, también en el párrafo segundo de este precepto, se incorporan los casos de enajenación múltiple y de gravamen o arrendamiento tras la enajenación.

Continuando con la evolución legislativa del delito, BAJO FERNÁNDEZ señala que ni el Código Penal de 1995<sup>5</sup>, ni su posterior reforma en 2003<sup>6</sup> introducen grandes cambios en su regulación ya reformada en 1983. De hecho, se mantiene el mismo modelo a pesar de las críticas doctrinales por no diferenciar entre las estafas que cumplen todos los requisitos de la definición legal (estafas propias) y las que sólo cumplen los esenciales (estafas impropias). En opinión del autor, ello da lugar a un incremento notable de las dificultades interpretativas<sup>7</sup>. Según MESTRE DELGADO, de forma similar a como procede con el delito de hurto, el legislador penal de 1995 tipifica el delito de estafa mediante un sistema punitivo

---

<sup>5</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE 24 noviembre 1995.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, BOE 26 noviembre 2003.

<sup>7</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 13.

escalonado en el que distingue tres grandes categorías de infracción: un delito base, diversos subtipos agravados y una falta<sup>8</sup>.

El tipo básico queda redactado en el art. 248.1 CP de la siguiente forma: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Esta definición, como bien apunta COBOS GÓMEZ DE LINARES, tan sólo se diferencia de la del antiguo artículo 528 CP en un pequeño cambio terminológico referente a la designación de la víctima<sup>9</sup>. A la misma se añade un segundo párrafo que recoge la conocida como estafa informática: “También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Con ello, señala PÉREZ MANZANO, se equiparan a los efectos de su consideración como estafa ciertas conductas cuya subsunción en el párrafo primero podría plantear inconvenientes<sup>10</sup>.

COBOS GÓMEZ DE LINARES apunta que el único elemento del tipo básico ausente del nuevo art. 248 CP es el que establece el límite entre el delito y la falta<sup>11</sup>. Así, el art. 249 CP limita la aplicación del delito a los casos en los que la cuantía de lo defraudado exceda de las cincuenta mil pesetas. Por consiguiente, la comisión de estafa en cuantía no superior a cincuenta mil pesetas da lugar a la aplicación de la falta recogida (junto a otras conductas afines) en el art. 623.4 CP.

Los subtipos agravados del delito son redactados por el art. 250.1 CP, en cuyos siete párrafos se tipifican ciertos supuestos en los que el legislador considera que la acción presenta un mayor desvalor. Exceptuando modificaciones terminológicas o sintácticas de menor relevancia, las novedades respecto de la Reforma Urgente y Parcial de 1983 son: la estafa mediante cheque, pagaré letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio (3º), la estafa que recae sobre bienes integrantes del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (5º) y la defraudación mediante abuso de las relaciones personales existentes con

---

<sup>8</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Colex, Madrid, 2011, p. 301.

<sup>9</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*”, *cit.*, p. 159.

<sup>10</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)...*”, *cit.*, p. 440.

<sup>11</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*”, *cit.*, p. 160.

la víctima (7º). Por otro lado, se eliminan como circunstancias agravantes específicas el fraude de seguro, la defraudación mediante tráfico de influencias o bajo pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos y la estafa que afecte a múltiples perjudicados (dada la previsión del delito masa en el art. 74.2 CP). Nótese además que la agravación del número 4º se amplía a la sustracción, ocultación o inutilización de lo que, según COBOS GÓMEZ DE LINARES, podrían considerarse medios de prueba de la conducta<sup>12</sup>.

Por otro lado, el supuesto que recibe una punición mayor en el Código de 1995 consiste en la concurrencia de las circunstancias 6ª (especial gravedad en atención al perjuicio, el valor defraudado o la situación económica resultante para la víctima) o 7º (ver *supra*) con la 1ª (estafa sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social) (art. 250.2 CP).

Finalmente el Código Penal de 1995, bajo el título de “Modalidades específicas”, recoge en su artículo 251 CP las estafas a las que, según se ha adelantado más arriba, la doctrina suele referirse como impropias por el hecho de no poder encajarse completamente en la definición del tipo básico. Según recuerda MESTRE DELGADO, estas modalidades de estafa resultan, en virtud del principio de especialidad del art. 8.1, de aplicación preferente al régimen común de los artículos 248 a 250 CP<sup>13</sup>. Son varios los cambios introducidos respecto de su anterior modificación de 1983, según apunta COBOS GÓMEZ DE LINARES<sup>14</sup>. En primer lugar, el art. 251. 1º CP mejora la redacción de la conocida como estafa de ficción de dominio, identificando las dos posibles conductas a las que puede dar lugar, tanto la de disponer del bien más de una vez, como la de hacerlo en ausencia de dominio (y ampliando este último caso a las cosas muebles). El número 2º recoge la doble venta y la ocultación de gravámenes con ligeras mejoras respecto de la redacción del párrafo 2º de antiguo art. 531. Por último, el número 3º tipifica la estafa a través de contrato simulado, recuperándola del Código Penal de 1973 (antiguo art. 532. 2º CP).

La reforma del Código Penal de 2003 también supone ciertas modificaciones en la tipificación del delito de estafa. En primer lugar, como señala MUÑOZ CONDE, se añade un

---

<sup>12</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*, cit., p. 167.

<sup>13</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 307.

<sup>14</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*, cit., p. 168.

apartado tercero al artículo 248 CP (*vid.* Anexo 2). Según este autor, dicha forma de proceder es discutible dado que el apartado tercero en realidad lo que tipifica son actos preparatorios o, a lo sumo, tentativa de estafa<sup>15</sup>. BAJO FERNÁNDEZ también apoya esta postura<sup>16</sup>. En opinión de MUÑOZ CONDE, la razón de semejante equiparación punitiva tal vez se deba a la importancia que los programas informáticos tienen en el tráfico económico general y a un intento del legislador por proteger de forma especialmente reforzada el sistema informático como bien jurídico colectivo. Ello llevaría a entender estas conductas como de peligro abstracto y a considerar la posibilidad de apreciar el concurso entre ellas y el delito posterior de estafa que se cometa<sup>17</sup>. Esta visión es compartida por CARDONA TORRES<sup>18</sup>.

Las conductas tipificadas en el artículo 248 CP también experimentan un cambio en la pena que les es aplicable y en su distinción de la falta debido a la modificación del artículo 249. Así, como señala BAJO FERNÁNDEZ, la reforma de 2003 disminuye el límite máximo de privación de libertad de cuatro a tres años e incrementa el límite con la falta desde cincuenta mil pesetas (aproximadamente unos 300 euros) hasta los 400 euros<sup>19</sup>.

En último lugar, la reforma operada en el Código Penal en 2010<sup>20</sup> también supone ciertos cambios en la regulación del delito de estafa. En lo que al artículo 248 CP se refiere, como apunta MUÑOZ CONDE, la LO 5/2010 renumera el antiguo apartado tercero, ahora 248. 2 b) CP, y elimina del mismo la expresión “la misma pena”, dado que la pena con la que se castiga la estafa no se menciona en el artículo 248 CP, sino en los artículos 249 CP y siguientes. Asimismo, se añade un nuevo párrafo c) al apartado segundo, en el que se también se consideran reos de estafa a “[l]os que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”. En su opinión, esta tipificación expresa del uso indebido de tarjetas es innecesaria en tanto que la jurisprudencia ya había

---

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 430.

<sup>16</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, cit., p. 14.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 430.

<sup>18</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 259.

<sup>19</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, cit., p. 13.

<sup>20</sup> Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio. BOE 23 junio 2010.

previamente asumido el hecho como constitutivo de estafa<sup>21</sup>. VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC comparten dicha postura y, citando a MIRA BENAVENT, destacan el carácter superfluo del nuevo tipo para castigar los casos de uso fraudulento de tarjetas de débito o crédito en establecimientos mercantiles, o para la extracción ilegítima de efectivo en cajeros automáticos, por considerar que la punición de tales conductas ya estaba cubierta por el delito de robo con fuerza en las cosas<sup>22</sup>. PASTOR MUÑOZ también apunta a la misma idea, señalando que, dependiendo de los supuestos, la jurisprudencia subsumía estos casos en el tipo básico, en la estafa informática o en el robo con fuerza en las cosas<sup>23</sup>.

En lo que respecta a las agravantes específicas, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC llaman la atención sobre los problemas interpretativos que la exposición de motivos de la LO 5/2010 pone de manifiesto<sup>24</sup>. Según ésta, “[el sistema de cualificaciones de la estafa] da lugar a que se superpongan dobles valoraciones jurídicas sobre unos mismos elementos de hecho [...]”. El ejemplo más evidente se da en el caso de uso de cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio que, además de poder confundirse con alguna modalidad de falsedad documental, “[...] son, a su vez, instrumento y materialización del engaño, y no algo que se sume al ardid defraudatorio, por lo cual su valoración separada es innecesaria”. Así, varios autores coinciden en destacar la eliminación del mencionado agravante contenido en el antiguo artículo 250.1 3º CP. Entre ellos, MUÑOZ CONDE sostiene que dicha supresión responde a la mención expresa de la utilización de tarjetas y cheques de viaje como una forma más de estafa (art. 248. 2 c) CP), lo que supone una inclusión de la antigua agravante<sup>25</sup>. MESTRE DELGADO comparte esa postura, afirmando que los supuestos de la antigua agravante han de ubicarse en el tipo básico<sup>26</sup>.

En segundo lugar, la reforma escinde un nuevo artículo 250.1 5º CP la nueva redacción del 250.1 4º CP (antiguo 250.1 6º CP), considerando de forma independiente como agravante

---

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 430.

<sup>22</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (VII)”, en A.A. V.V., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 448.

<sup>23</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el Patrimonio (II)”, en Silva Sánchez, C. (Dir.) y Ragués i Vallès (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*, 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 239-240.

<sup>24</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el Patrimonio...”, p. 450.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pp. 430.

<sup>26</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 304.

específica que el valor de la estafa supere los 50.000 euros. En opinión de PASTOR MUÑOZ, la estipulación legal de un valor concreto implica que la determinación de cuándo la defraudación es grave en términos cuantitativos deja de estar en manos de la función judicial<sup>27</sup>. Así, como destaca CARDONA TORRES, el nuevo artículo 250.1 4º CP ya no permite apreciar la “especial gravedad” de la estafa en base al “valor económico de la defraudación”, es decir, el montante económico del fraude<sup>28</sup>. Por otra parte, son también varios los autores que llaman la atención sobre la reubicación del fraude procesal desde antiguo número 2º al nuevo número 7º, entre ellos MESTRE DELGADO, MUÑOZ CONDE y PASTOR MUÑOZ<sup>29</sup>. Además, la agravante es reescrita una nueva redacción (*vid.* Anexo 3).

Finalmente, como señala HERRERA MORENO, la reforma introduce, mediante el artículo 251 bis CP, la posibilidad de que las personas jurídicas sean autoras de todos los delitos recogidos en la Sección dedicada a la estafa<sup>30</sup>.

## **1.2. Evolución legislativa del delito de apropiación indebida**

VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC ponen de manifiesto la tradicional ausencia de acuerdo entre la doctrina acerca de la ubicación sistemática del delito de apropiación indebida. En el Código Penal de 1870 se tipificaba entre las estafas, mientras que el Código de 1944 le otorgó una Sección independiente dentro del Capítulo dedicado a las defraudaciones<sup>31</sup>. Este tratamiento, que perdura hasta la actualidad, puede observarse en el Código Penal de 1973, en cuya Sección 4º titulada “De la apropiación indebida” se recoge un único artículo (*vid.* Anexo 4).

Obsérvese como, a pesar de encontrarse en Secciones separadas, los delitos de apropiación indebida y estafa comparten un mismo sistema de agravantes y marco punitivo. Según

---

<sup>27</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*” ..., *cit.*, p. 242.

<sup>28</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 265.

<sup>29</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*, *cit.*, p. 303; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, pp. 434-435; PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*” ..., *cit.*, p. 242.

<sup>30</sup> HERRERA MORENO, M., “Estafa. Apropiación Indebida. Defraudación de Fluido Eléctrico”, en Polaino Navarrete, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, Tecnos, Madrid, 2011, p. 106.

<sup>31</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, *cit.*, p. 457.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, dicho artículo 535 CP mantenía una estrecha relación de dependencia del tipo de la estafa, con la que entraba en colisión frecuentemente<sup>32</sup>.

Por su parte, la Reforma Urgente y Parcial de 1983 elimina la referencia al artículo 530 CP, que queda sin contenido dado el nuevo tratamiento que la reforma da a la figura de la reincidencia. Además se incluye en este precepto un párrafo segundo con la siguiente redacción: “Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro”. Como señalan varios autores, entre ellos MUÑOZ CONDE y COBOS GÓMEZ DE LINARES<sup>33</sup>, el legislador opta por considerar el denominado “hurto de hallazgo” del Código de 1973 (art. 514 2º CP) como una apropiación indebida. Según PASTOR MUÑOZ, la tipificación anterior era más acertada que el hecho de emparentar la apropiación de cosa perdida con la apropiación indebida, en tanto que la primera tiene una estructura mucho más parecida a la del delito de hurto<sup>34</sup>.

En lo que respecta al delito de apropiación indebida, el propio COBOS GÓMEZ DE LINARES señala la escasez de modificaciones que introduce el Código Penal de 1995. Efectivamente, el tenor literal del nuevo artículo 252 CP no aporta elementos innovadores a la definición de apropiación indebida, pero sí a los objetos sobre los que puede recaer la conducta típica. Así, el autor resalta la incorporación al tipo de los términos “valores” (junto al dinero y los efectos) y “activo patrimonial” (junto a cualquier otra cosa mueble). En su opinión, sin embargo, no se trata de una verdadera innovación puesto que ambos elementos podían entenderse incluidos en la referencia a las cosas muebles del antiguo artículo 535 sin temor a establecer una analogía *contra reo*. No obstante, en palabras del autor “[...] su previsión expresa es siempre saludable pues evita disquisiciones estériles”<sup>35</sup>. Asimismo, se añade al artículo 252 CP la exigencia de que la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas, sirviendo esa suma como límite entre el delito y la falta (art. 623. 4 CP).

El nuevo Código también escinde el supuesto de apropiación indebida de cosa perdida del tipo básico y le da, en el artículo 253 CP, una nueva redacción, extendiendo su objeto a las

---

<sup>32</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Las Defraudaciones: Estafa...”, *cit.*, p. 169.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 452; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Las Defraudaciones: Estafa...”, *cit.*, p. 170.

<sup>34</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el Patrimonio (II)” ..., *cit.*, p. 242.

<sup>35</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Las Defraudaciones: Estafa...”, *cit.*, p. 169.

cosas de dueño desconocido y elevando la pena si, en cualquiera de los dos casos, se trataran de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Finalmente, el legislador condena también la apropiación de cosa recibida indebidamente mediante el artículo 254 CP (*vid.* Anexo 5).

La reforma que experimenta el Código en 2003 apenas entraña modificaciones para la apropiación indebida, pues únicamente eleva los límites cuantitativos de los artículos 252, 253 y 254 CP (que permiten distinguir los delitos de sus correspondientes faltas) desde cincuenta mil pesetas hasta 400 euros. Por su parte, la siguiente reforma mediante la LO 5/2010 no supone modificación alguna para la apropiación indebida.

### **1.3. Evolución legislativa del delito de administración fraudulenta**

Numerosos autores (entre ellos GONZÁLEZ CUSSAC, MESTRE DELGADO, SUÁREZ GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ RAMOS) se refieren a los artículos que regulan los delitos societarios, y con ellos el de administración fraudulenta, como una de las materias más novedosas que se introducen en el Código Penal de 1995<sup>36</sup>. De esta forma, en palabras de GONZÁLEZ CUSSAC, en 1995 se confirma una larga y ardua trayectoria para incorporarlos a la normativa penal, ya manifestada en los Proyectos de Código Penal de 1980, 1983 y 1992<sup>37</sup>. Desde entonces, el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del Código incluye tales delitos entre los artículos 290 y 297 CP (ambos inclusive), los cuales representan una novedad absoluta para el ordenamiento jurídico español. En opinión de MESTRE DELGADO, sin embargo, no todas las conductas tipificadas en los mismos eran absolutamente novedosas cuando entro en vigor el Código porque “[...] en esta regulación pueden identificarse falsedades documentales y actos de apropiación indebida, que en todo caso podrían ser sancionados sin la existencia de esta normativa específica”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (XI)”, en A.A. V.V., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 515; MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el Patrimonio...”, p. 403; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., “Delitos Societarios”, en Bajo Fernández M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 574; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los Delitos Societarios”, en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 69-70.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, p. 515.

<sup>38</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, p. 403.

Cuando menciona la apropiación indebida, MESTRE DELGADO está haciendo referencia a la práctica jurisprudencial consistente en extender la aplicación de dicho tipo a los supuestos de administración desleal de una sociedad, conducta ahora recogida en el artículo 295 CP (*vid.* Anexo 6). Ninguna de las subsiguientes reformas del Código Penal introduce cambios en el artículo.

## 2. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ESTAFA

### 2.1. El bien jurídico protegido

El primer problema doctrinal que divide a la doctrina en relación al delito de estafa se refiere al bien jurídico protegido por el tipo. Como señala PASTOR MUÑOZ, la cuestión es la de si este último salvaguarda el patrimonio considerado en su totalidad, es decir, como *universitas iuris*, o si lo protege en cualquiera de sus elementos integrantes individualmente considerados. La autora señala cómo la doctrina dominante tiende a decantarse por la primera solución, entendiendo que, para valorar si existe o no lesión del patrimonio, se han de evaluar las consecuencias que ha tenido sobre el conjunto del patrimonio de la víctima el acto de disposición<sup>39</sup>. De la misma opinión se muestran CONDE-PUMPIDO FERREIRO y BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO<sup>40</sup>. Estos últimos consideran que el ataque a un bien específico del patrimonio sólo será constitutivo de estafa en la medida en que se materialice en una disminución del valor económico del patrimonio. Ello permite rechazar como estafa aquellos supuestos en los que, habiendo un ataque contra un elemento patrimonial concreto, se produce una compensación o beneficio económico. Tal sería el caso, por ejemplo, del “[...] sujeto que se apodera de un objeto cuyo valor es inferior a sus costes de mantenimiento [...]” (delito de apoderamiento).

Otros autores como CARDONA TORRES, COBOS GÓMEZ DE LINARES o MUÑOZ CONDE, en cambio, se decantan por la consideración de que el bien jurídico protegido por todas las modalidades de estafa es el patrimonio ajeno entendido en cualquiera de los diferentes objetos y relaciones que lo integran<sup>41</sup>. VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC también se muestran favorables a esta postura, entendiendo que la referencia del tipo al perjuicio no comporta una necesaria disminución del patrimonio. Así, la defraudación existiría por la simple salida ilegítima de cualquiera de sus elementos integrantes como consecuencia de la infracción, a condición de que la contraprestación recibida sea, aisladamente considerada,

---

<sup>39</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., *cit.*, p. 231.

<sup>40</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 33-32; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”..., *cit.*, p. 441.

<sup>41</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal*..., p. 257; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa*...”, p. 159; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*..., *cit.*, p. 428.

de inferior valor económico. Los autores fundamentan esta opinión con varios pronunciamientos jurisprudenciales: SSTs de 23 de octubre de 1981, 26 de abril de 1983, 28 de septiembre de 1990 y 28 de enero de 1999, entre otras<sup>42</sup> (más recientemente, STS de 4 de diciembre de 2007)<sup>43</sup>.

## **2.2. Admisibilidad del engaño en comisión por omisión**

Doctrina y jurisprudencia suelen coincidir, de forma prácticamente unánime, en que el tipo de estafa no se compone por una suma de elementos independientes (engaño, ánimo de lucro, error y acto de disposición en perjuicio de otro), sino que ha de apreciarse un nexo entre ellos que comúnmente se entiende como relación de causalidad: el engaño bastante ha de motivar un error que lleve a la realización de un acto de disposición que, a su vez, provoque el perjuicio<sup>44</sup>.

En este sentido, otro de los problemas que ha recibido mayor atención por parte de la doctrina científica se refiere a la posibilidad de que el engaño, como elemento objetivo del tipo, pueda apreciarse en una modalidad de comisión omisiva. Señala ÁLVAREZ GARCÍA que el paso previo para abordar la cuestión reside en la diferenciación entre los supuestos de omisión pura y aquéllos en los que en la conducta se aprecia un conjunto de acciones y omisiones<sup>45</sup>. En la misma línea, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC afirman que la solución al problema planteado pasa por distinguir los casos en los que el engaño consiste estrictamente en una omisión, de aquéllos otros en los que la omisión lo que hace es convertir en engañosa una conducta activa precedente. Hecha esta distinción, es evidente, según VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, que en estos últimos supuestos no cabe siquiera plantearse la posibilidad de engaño por omisión<sup>46</sup>. En efecto, siguiendo lo que se ha denominado como doctrina de los “actos concluyentes”, ni la doctrina ni la jurisprudencia hallan problema alguno en apreciar la existencia de estafa en los casos en los que la

---

<sup>42</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 433.

<sup>43</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 4 de diciembre de 2007, núm. 1033/2007 (RJ 2008/772).

<sup>44</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 433.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Estafa (I)”, en Álvarez García, F. J. (Dir.), Manjón-Cabeza Olmedo, A. (Coord.) y Ventura Püschel, A. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 234.

<sup>46</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 437-438.

omisión va acompañada de actos concluyentes positivos<sup>47</sup>. Ejemplos recientes de ello pueden encontrarse en las SSTs de 9 de mayo de 2002 y de 14 de julio de 2011)<sup>48</sup>. En ese sentido no podría hablarse de comisión por omisión en puridad, sino más bien de engaño activo. Así lo entienden, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, MESTRE DELGADO, MUÑOZ CONDE y PASTOR MUÑOZ, entre otros<sup>49</sup>. Estos dos últimos destacan además que la jurisprudencia ha dado muestras de compartir esta diferenciación. Véase, por ejemplo, el pronunciamiento de la STS de 18 de mayo de 1995 (*vid. Anexo 7*).

Por tanto, es en los casos de omisión pura donde verdaderamente se produce el desacuerdo doctrinal, distinguiéndose dos posturas diferentes. Como señala PASTOR MUÑOZ, algunos autores rechazan la tipicidad de tales casos por apreciar un “óbice cronológico”<sup>50</sup>. Según se ha planteado previamente, el tipo de estafa requiere un nexo causal, y, por ende, también cronológico, entre los elementos que lo conforman. Para PASTOR MUÑOZ, esta idea impide considerar la estafa por omisión puesto que la apreciación del delito requiere que el engaño cause el error, mientras que en dicho supuesto omisivo el error ya existe antes de que se produzca el engaño. Entre los autores que comparten esta opinión destacan VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>51</sup>, que citan la STS de 30 de septiembre de 1992 (*vid. Anexo 8*). CARDONA TORRES también afirma como necesario que esa omisión de veracidad por parte del autor sea capaz de inducir a error al sujeto pasivo. Sin embargo, este autor resalta además la necesidad de que el engaño sea antecedente o simultáneo al acto de desplazamiento patrimonial, puesto que si fuese posterior no habría estafa, sino incumplimiento contractual<sup>52</sup> (*cfr. PÉREZ MANZANO*)<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 448.

<sup>48</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 9 de mayo de 2002, núm. 827/2002 (RJ 2002\6331); Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 14 de julio de 2011, núm. 787/2011 (RJ 2011\6145).

<sup>49</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 446; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; Estafas..., *cit.*, pp. 55-62; MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio*...”, *cit.*, p. 299; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*..., *cit.*, p. 432; PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., *cit.*, pp. 234-235.

<sup>50</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., *cit.*, pp. 235.

<sup>51</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio*...”, *cit.*, p. 438.

<sup>52</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal Parte Especial*..., *cit.*, p. 256.

<sup>53</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 447.

Como señala PASTOR MUÑOZ<sup>54</sup>, la segunda corriente doctrinal, a diferencia de la anterior, admite la tipicidad de la estafa en comisión por omisión en aquellos casos en los que el autor ocupa un deber de garante respecto a la víctima, con lo que puede afirmarse su obligación de eliminar el error de esta última (*cf.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, HERRERA MORENO, MUÑOZ CONDE y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO)<sup>55</sup>. Dicha idea ya ha sido introducida en la anteriormente mencionada la STS de 18 de mayo de 1995 (más recientemente, STS de 2 de febrero de 2011)<sup>56</sup>. Según PÉREZ MANZANO, se trata de casos en los que, a pesar de que el silencio es posterior al error, tal silencio eleva el riesgo por encima de lo permitido, lo cual es imputable a quien tiene un deber de garante o deber específico de sacar del error a quien realiza la disposición. A ello añade dos puntualizaciones: primero, para afirmar la tipicidad de semejantes supuestos es necesario analizar la idoneidad de la omisión para inducir al error; y, segundo, el establecimiento del deber de garante ha de reducirse a los casos más significativos dado que la protección del patrimonio corresponde prioritariamente a su titular<sup>57</sup>. En relación a esta última limitación, PÉREZ DEL VALLE entiende que la posición de garante sólo puede afirmarse en aquellos casos en los que el deber de información pueda extraerse del orden extrapenal que regula las relaciones en el tráfico<sup>58</sup>.

### 2.3. Distinción entre el engaño y el dolo civil

El tercer problema que ocupa la atención de la doctrina reside en la distinción entre el engaño como elemento objetivo del tipo de estafa y el dolo civil. Como señala MUÑOZ CONDE, el concepto de dolo que da el artículo 1269 del Código Civil (“palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes” que inducen al otro a celebrar un contrato “que, sin ellas, no hubiera hecho”), realmente se asemeja al de la estafa tal

---

<sup>54</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., *cit.*, p. 235.

<sup>55</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*”, *cit.*, p. 161; HERRERA MORENO, M., “*Estafa. Apropiación Indevida...*”, *cit.*, pp. 93-94; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 432; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª edición, Dykinson, Madrid, 2011, p. 415.

<sup>56</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de febrero de 2011, núm. 122/2011 (RJ 2011\1584).

<sup>57</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”, *cit.*, p. 447.

<sup>58</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., “El Engaño Omisivo en la Estafa”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 59, 1996, p. 387.

como se deduce del artículo 248 CP. En efecto, las “palabras o maquinaciones insidiosas” bien podrían configurar ese “engaño bastante” que exige el tipo objetivo de estafa<sup>59</sup>.

VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC apuntan que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa la línea divisoria entre el ilícito civil y el penal se marca atendiendo a la calidad del engaño (*cfr.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO y REBOLLO VARGAS)<sup>60</sup>. Así, para la apreciación del delito de estafa se precisaría el uso de nombre o cualidades falsas, o el empleo de maniobras fraudulentas (una especie de *mise en scene* que MUÑOZ CONDE también menciona, tildándola de “maniobra más o menos ingeniosa”)<sup>61</sup>. Según los autores, ésta ha sido la tesis que en España tradicionalmente había defendido BAJO FERNÁNDEZ<sup>62</sup>.

En lo que a la jurisprudencia española se refiere, y antes de abordar el debate puramente doctrinal, CONDE-PUMPIDO FERREIRO y PÉREZ MANZANO afirman que el Tribunal Supremo tiende a distinguir el dolo penal del civil en función del momento en que concurre la voluntad defraudatoria. Así, existirá estafa cuando el dolo aparezca antes de concluir el contrato, mientras que habrá responsabilidad civil por dolo *in contrahendo* en caso de que se obre inicialmente de buena fe y sólo posteriormente surja la voluntad de no cumplir las obligaciones contractuales<sup>63</sup>. Según la autora, así se deduce de las SSTs de 15 de julio de 1988 y de 8 de mayo de 1996 (más recientemente, SSTs de 25 de mayo de 2004 y de 10 de mayo de 2013)<sup>64</sup> (*cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO)<sup>65</sup>. Finalmente, PÉREZ MANZANO y VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC también exponen el empleo por parte de la jurisprudencia española, al igual que la francesa, de criterios de distinción basados en la calidad del engaño y la puesta en escena<sup>66</sup>. Así lo justifican los primeros con la mención de la STS de 6 de febrero de 1989, y la segunda con las SSTs de 7

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 431.

<sup>60</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas,...*, *cit.*, pp. 45-46; REBOLLO VARGAS, R., “Propuesta para la Controversia en la Delimitación Típica del Delito de Estafa: la Distinción con el Fraude Civil y la Reinterpretación del Engaño”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 18, 2008, pp. 102-103.

<sup>61</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 431.

<sup>62</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, pp. 439-440.

<sup>63</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas,...*, *cit.*, p. 63; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)...*”, *cit.*, p. 460.

<sup>64</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 25 de mayo de 2004, núm. 684/2004 (RJ 2005\4093); Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 10 de mayo de 2013, núm. 376/2013 (RJ 2013\4406).

<sup>65</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)...*”, *cit.*, p. 227; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, *cit.*, pp. 421-422.

<sup>66</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)...*”, *cit.*, p. 460; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, p. 440.

de febrero de 1990 y de 13 de mayo de 1994 (más recientemente SSTS de 3 de noviembre de 2010 y de 17 de enero de 2013)<sup>67</sup>.

Entrando en la discusión doctrinal, MUÑOZ CONDE critica los criterios cualitativos que atienden a la gravedad e idoneidad del engaño como factores determinantes en la distinción, y afirma que ésta sólo puede tratarse como un problema de tipicidad a resolver mediante los criterios hermenéuticos tradicionales. Así, entiende que, dada la amplitud del concepto de engaño, éste sólo puede ser limitado a través de la interpretación del propio concepto de estafa y de los elementos que la integran. Y ello, además, teniendo siempre presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal, que obligaría a reservar la calificación delictiva para aquellos ataques fraudulentos que causen perjuicios al patrimonio verdaderamente graves<sup>68</sup>. Nótese, por tanto, cómo para entender la distinción el autor rechaza la aplicación de criterios cualitativos en relación al engaño pero los acepta referidos al perjuicio patrimonial causado. De opiniones muy similares se muestran ÁLVAREZ GARCÍA, en cuanto a reservar la estafa para aquellos casos verdaderamente graves, y PÉREZ MANZANO y REBOLLO VARGAS, en la consideración de la distinción como un problema de tipicidad penal. Para éste último, el único elemento que no se puede apreciar como común entre la descripción típica del delito de estafa y la definición del dolo *in contrahendo* del artículo 1269 CC es el ánimo de lucro, “[...] que se requiere expresamente en la primera y que no se precisa en el segundo”<sup>69</sup>.

Precisamente VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC adoptan una postura ligeramente distinta en cuanto a la separación entre estafa e ilícito civil. En su opinión, la línea divisoria radica “[...] en la existencia o inexistencia del perjuicio logrado o intentado”. Así, aunque esencialmente también están reduciendo la cuestión a un problema de tipicidad, acentúan la apreciación del perjuicio frente al resto de elementos objetivos del tipo. Los autores

---

<sup>67</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 3 de noviembre de 2010, núm. 954/2010 (RJ 2011\2366); Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 17 de enero de 2013, núm. 88/2013 (RJ 2013\4338).

<sup>68</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 431.

<sup>69</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)*”..., cit., p. 227; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”, cit., p. 460; REBOLLO VARGAS, R., “*Propuesta para la Controversia en...*”, cit., p. 107.

también ponen de manifiesto que, en la práctica, la consideración de la conducta como estafa o civilmente ilícita dependerá de la vía procesal elegida por el perjudicado<sup>70</sup>.

#### **2.4. Negocio con causa ilícita y objeto ilícito de la estafa**

Además del engaño, otro de los elementos objetivos del tipo de estafa que mayores dudas doctrinales plantea es el del perjuicio patrimonial. Uno de estos problemas se refiere a la existencia o no de perjuicio patrimonial en el caso de incumplimiento de prestaciones a las que las partes se han obligado en virtud de un negocio con causa ilícita. Según MUÑOZ CONDE, el negocio con causa ilícita, si bien no produce efectos en el ámbito civil, sí puede dar origen a una estafa, hecho que evidencia la independencia del Derecho Penal. Así, por ejemplo, puede incurrir en estafa el sujeto que engaña a otro induciéndole a creer que le entregará droga a cambio de dinero, si bien este último, una vez entregada la contraprestación dineraria, no puede exigir que se realice el negocio ilícito. El perjuicio reside por tanto, en la disminución del valor del patrimonio del estafado (en cualquiera de las consideraciones propuestas por la doctrina), que entrega dinero sin recibir nada a cambio. En opinión de este autor, esta distinción entre la posibilidad de apreciar estafa y la no exigibilidad de la prestación es frecuentemente pasada por alto entre la doctrina<sup>71</sup>.

PÉREZ MANZANO también se inclina por esta postura, afirmando que la consideración penal de la conducta como estafa no se ve afectada por la ilicitud de la prestación pretendida por la víctima, sino que la existencia de engaño y la producción de un perjuicio (junto al resto de elementos objetivos y subjetivos del tipo, evidentemente) resultan suficientes a efectos de tal calificación. Cita como ejemplo la STS de 29 de diciembre de 1961, en la que se cobra a la víctima por un aborto ilegal cuando no estaba embarazada<sup>72</sup> (más recientemente, STS de 20 de febrero de 2013)<sup>73</sup>.

En la misma línea se pronuncia PASTOR MUÑOZ al entender que el dinero que el estafado entrega a cambio de la prestación originada en el negocio con causa ilícita (que finalmente no se produce) es un “bien de valor económico con apariencia jurídica”, lo cual determina

---

<sup>70</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 440.

<sup>71</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 436.

<sup>72</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, cit., pp. 460-461.

<sup>73</sup> Tribunal Supremo (Sala de Penal, Sección 1ª), núm. 161/2013, 20 de febrero 2013 (RJ 2013\2706).

la existencia del perjuicio patrimonial para el engañado. Asimismo, coincide con MUÑOZ CONDE en señalar que el Derecho Civil excluye toda acción para recuperar lo entregado. Esta autora sin embargo, plantea un supuesto diferente de negocio con causa ilícita en que el “defraudador” no puede ser condenado por estafa. Se trata del caso en el que es el engañado quien se ha comprometido a realizar la prestación ilícita a cambio de un dinero (u otra contraprestación) que finalmente no recibe. En estos casos, afirma PASTOR MUÑOZ, tal prestación no tiene apariencia jurídica y, por tanto, no forma parte del patrimonio del engañado<sup>74</sup>. Ello determinaría la inexistencia de perjuicio patrimonial y, por consiguiente, la imposibilidad de calificar la conducta del otro sujeto como estafa. Lo mismo opina PÉREZ MANZANO, quien considera que en esos casos, al no nacer ningún derecho de crédito para la víctima, no existe perjuicio económico y, por tanto, no cabe estafa<sup>75</sup>.

Cuestión distinta es, como señala PÉREZ MANZANO, el caso de la “estafa al ladrón”; es decir, aquél supuesto en el que el elemento patrimonial sobre el que recae la estafa tiene su origen en la previa comisión de un delito (por ejemplo, como señala MUÑOZ CONDE, la estafa al estafador, o al ladrón, sobre las cosas obtenidas por éstos mediante hurto o estafa)<sup>76</sup>. En su opinión, en la medida que el objeto tiene valor económico y su tenencia goza de protección jurídica, se admite la estafa<sup>77</sup>. El propio MUÑOZ CONDE es de la misma opinión, apuntando además que la protección (referida a los ladrones o estafadores estafados) se dispensa frente a terceros (nuevos estafadores), y no frente al propietario o legitimado para reclamar la cosa<sup>78</sup>. En conclusión, la antijuridicidad de la posesión de una cosa no legitima la acción de quien se apodera de ella de forma igualmente antijurídica<sup>79</sup>.

## **2.5. Consumación y formas imperfectas de ejecución**

Otro foco de desacuerdo entre la doctrina surge en la fijación del momento en el que el delito de estafa ha de entenderse completamente consumado. En general, la mayoría de los

---

<sup>74</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., *cit.*, p. 238.

<sup>75</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”, *cit.*, p. 461.

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 436.

<sup>77</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”, *cit.*, p. 461.

<sup>78</sup> Con dicha afirmación, no debe entenderse que el autor sugiere la atipicidad de la conducta de la víctima que estafa a su ladrón o estafador. Ello sería incompatible con la conclusión que la sigue.

<sup>79</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 436.

autores se decantan por exigir la producción del perjuicio patrimonial, posterior a la realización del acto de disposición. Entre los defensores de esta tesis se encuentran ÁLVAREZ GARCÍA, CARDONA TORRES, MESTRE DELGADO, MUÑOZ CONDE y PÉREZ MANZANO<sup>80</sup>.

Frente a dicha tendencia mayoritaria, otros autores optan por señalar un aspecto distinto para entender consumada la estafa: la disponibilidad del bien objeto del delito por parte del sujeto activo. Así, la consumación se produciría cuando la víctima lleva a cabo el desplazamiento patrimonial, y los bienes queden bajo la disposición del autor. Entre ellos puede destacarse a COBOS GÓMEZ DE LINARES y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO<sup>81</sup>.

En lo que a las formas imperfectas de ejecución se refiere, defensores de la primera postura sobre la consumación como ÁLVAREZ GARCÍA, MESTRE DELGADO, MUÑOZ CONDE y PÉREZ MANZANO consideran que existe tentativa cuando el sujeto activo ha llevado a cabo el engaño idóneo sin que se haya producido el perjuicio<sup>82</sup>.

En coherencia con su anterior opinión sobre el momento de consumación, para COBOS GÓMEZ DE LINARES y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO la tentativa acabada se produce cuando hay engaño pero el sujeto pasivo no lleva a cabo el acto de desplazamiento patrimonial<sup>83</sup>.

Como destaca PÉREZ MANZANO, la jurisprudencia no es clara para determinar el momento relevante de cara a distinguir entre las formas imperfectas de ejecución y la consumación de la estafa. En cualquier caso, identifica como tendencia jurisprudencial dominante aquella que entiende que la estafa se consume con la realización del acto de disposición, si con ello

---

<sup>80</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)*”..., *cit.*, p. 238; CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 257; MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, p. 305; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 438; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 453.

<sup>81</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*”, *cit.*, p. 162; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, *cit.*, p. 422.

<sup>82</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)*”..., *cit.*, p. 246; MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, *cit.*, p. 305; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 438; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 453.

<sup>83</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “*Las Defraudaciones: Estafa...*”, *cit.*, p. 162; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, *cit.*, p. 422.

el autor obtiene la disponibilidad abstracta del objeto (STS de 27 de abril de 1990; más recientemente STS de 27 de mayo de 2003)<sup>84</sup>.

## 2.6. Concurso entre estafa y delitos de falsedad documental

Las situaciones de concurso entre la estafa y la falsedad documental se desdoblaron en dos ámbitos distintos, según el delito de falsedad sea en documento público, oficial o mercantil (artículos 390 ss. CP) o en documento privado (artículo 395 CP). En opinión de MUÑOZ CONDE, no existe problema alguno en admitir que el primer caso habrá de resolverse según las reglas del concurso medial de delitos<sup>85</sup>. La postura es unánimemente compartida por la doctrina, incluyendo a autores como ÁLVAREZ GARCÍA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, PASTOR MUÑOZ, PÉREZ MANZANO, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO y VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>86</sup>. También la jurisprudencia se muestra favorable a esa corriente de opinión, y así lo menciona ÁLVAREZ GARCÍA citando algunos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal Supremo: STS de 21 de diciembre de 2009 (documento mercantil), STS de 9 de diciembre de 2009 (documento oficial) y STS de 16 de julio de 2009 (documento público). Acertadamente señala, además, que no siempre que estafa y falsedad coincidan en un mismo proceso podrá hablarse de concurso medial ya que, como apuntan la STS de 29 de julio de 1998, “[...] la relación de instrumentalidad o de medio a fin propia del concurso medial exige que el delito que hace de instrumento sea medio necesario para la comisión del otro”<sup>87</sup> (más recientemente, STS de 18 de diciembre de 2009)<sup>88</sup>. De no darse semejante relación de instrumentalidad, el concurso a apreciar deberá ser real<sup>89</sup> (*cf.* SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO)<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 766/2003, 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\5513).

<sup>85</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 438.

<sup>86</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)*”..., cit., p. 247; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas...*, cit., p. 109; PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., cit., p. 235; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*”..., cit., pp. 462-463; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., pp. 428-429; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, cit., p. 447.

<sup>87</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2/1998, 29 de julio de 1998 (RJ 1998\5855).

<sup>88</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1318/2006, 18 de diciembre de 2009 (RJ 20102245).

<sup>89</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*Estafa (I)*”..., cit., p. 247.

<sup>90</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 430.

Siguiendo de nuevo a MUÑOZ CONDE, mayor debate doctrinal y falta de uniformidad jurisprudencial se aprecian cuando se emplean documentos privados como medio para la comisión de la estafa, y con el objeto de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito<sup>91</sup>. Si en el caso anterior el concurso de delitos viene determinado por la falta de identidad de los bienes jurídicos protegidos por las normas intervinientes<sup>92</sup> (seguridad en el tráfico y patrimonio individual), ocurre que el artículo 395 CP, como destacan SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, castiga la falsedad en documento privado para “perjudicar a otro”; por lo que el fin que se persigue con la falsedad es la propia estafa<sup>93</sup>. En la misma línea, ÁLVAREZ GARCÍA entiende que dicho precepto incluye un elemento tendencial que encamina la acción a la producción de un perjuicio, lo que supone que en estos supuestos el delito de falsedad ya incorpora el desvalor de la defraudación intentada mediante ella<sup>94</sup>. En coherencia con tales matices, la mayoría de los autores (entre ellos ÁLVAREZ GARCÍA, COBOS GÓMEZ DE LINARES, CONDE-PUMPIDO FERREIRA, MESTRE DELGADO, PASTOR MUÑOZ, PÉREZ MANZANO, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO y VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC) entiende que la relación entre la estafa y la falsedad en documento privado es de leyes<sup>95</sup>. La jurisprudencia también ha asumido esta interpretación, y así lo ilustra ÁLVAREZ GARCÍA con una cita de la STS de 11 de abril de 2009 (*vid. Anexo 9*)<sup>96</sup>.

En lo que a la resolución del concurso de leyes se refiere, la doctrina y la jurisprudencia suelen optar por la relación de alternatividad (art. 8. 4º CP), de forma que la falsedad en principio quedará desplazada por la estafa, a no ser que ésta tuviera menor pena que la falsedad, en cuyo caso quedaría desplazada la primera por la segunda (*cfr. CONDE PUMPIDO-FERREIRA y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO*)<sup>97</sup>. Es aquí, sin embargo, donde surgen dudas doctrinales. VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, por ejemplo, afirman

---

<sup>91</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 438.

<sup>92</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”...*, cit., p. 462.

<sup>93</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 430.

<sup>94</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *“Estafa (I)”...*, cit., p. 247.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 247; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *“Las Defraudaciones: Estafa...”*, cit., p. 164; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas...*, cit., p. 110; MESTRE DELGADO, E., *“Delitos contra el Patrimonio...”*, cit., p. 307; PASTOR MUÑOZ, N., *“Delitos contra el Patrimonio (II)”...*, cit., p. 235; PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”...*, cit., pp. 462-463; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., pp. 428-429; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *“Delitos contra el Patrimonio...”*, cit., p. 447.

<sup>96</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *“Estafa (I)”...*, cit., p. 247.

<sup>97</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas...*, cit., p. 110; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 429.

que “[...] la justificación del recurso al artículo 8. 4º (...) no es convincente [...]”, a pesar de que no aportan otra alternativa<sup>98</sup>.

## 2.7. Otros problemas

Además de las cuestiones tratadas previamente, la aplicación del delito de estafa arrastra otros problemas doctrinales y jurisprudenciales que, por motivos de espacio, no pueden tratarse con la extensión deseada<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 448.

<sup>99</sup> Uno de ellos se refiere a la cuestión del polizonaje, que plantea inconvenientes en cuanto a la apreciación de elementos objetivos del tipo tales como el perjuicio patrimonial, el error o el acto de desplazamiento. La doctrina y la jurisprudencia dominantes tienden a afirmar la tipicidad de semejantes conductas.

También relativa a la existencia o no de perjuicio patrimonial, otro tema que divide a la doctrina consiste en la posibilidad de apreciar la concurrencia del mismo en los supuestos de lesión de expectativas de lucro.

En tercer lugar, la doctrina debate acerca de la naturaleza propia o impropia de las modalidades específicas de estafa del artículo 251 CP. Se discute si se trata de supuestos de estafa en los que concurren y deben exigirse los requisitos de la estafa propia o si, por el contrario, constituyen estafas de carácter impropio.

Finalmente, la doctrina tradicionalmente se ha planteado la posibilidad de considerar el uso ilícito de tarjetas para obtener dinero en cajeros automáticos como estafa. La LO 5/20120 viene a confirmar dicha tipificación mediante la introducción del artículo 248.2 c) CP. Si bien es cierto que tradicionalmente la jurisprudencia tendía a subsumir estos casos en el robo con fuerza en las cosas, incluso antes de la reforma de 2010 ya pueden observarse sentencias que consideraban aplicable el tipo de estafa (*vid.* STS de 30 de mayo de 2009, RJ 2009\3525).

### 3. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

#### 3.1. El bien jurídico protegido

Al igual que ocurría con la estafa, el primer problema que divide a la doctrina en relación al delito de apropiación indebida se refiere al bien jurídico protegido por el tipo. De un lado, PÉREZ MANZANO y VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC coinciden en destacar cómo la doctrina suele entender (en su opinión, de forma unánime) que el delito de apropiación indebida protege el derecho de propiedad<sup>100</sup>. Un reducido número de autores, sin embargo, discuten semejante proposición, defendiendo que el objeto jurídico del tipo lo constituye el patrimonio en su conjunto.

Para PÉREZ MANZANO y BAJO FERNÁNDEZ la doctrina tradicional, en su consideración de la propiedad como bien jurídico protegido, ya identificó como problemático el supuesto de apropiación indebida de dinero. Efectivamente, en tal caso (junto con todos aquéllos en los que el objeto material del delito es cualquier otro bien fungible), la propiedad no podía comprenderse como el bien jurídico protegido, en tanto que, por su carácter fungible, la mera posesión del dinero inmediatamente conllevaba su propiedad. Así, siendo el propietario del dinero el que se apropia de él indebidamente, el derecho de propiedad de la víctima no quedaría afectado en modo alguno<sup>101</sup>. A esta misma idea apunta MUÑOZ CONDE al señalar que “[...] la propiedad de las cosas por parte del sujeto que dispone de ellas destipifica el delito de apropiación indebida [...]”<sup>102</sup>.

Frente esta tradicional dificultad, PÉREZ MANZANO y BAJO FERNÁNDEZ proponen que con la apropiación indebida se salvaguardan dos bienes jurídicos distintos en función de si ésta tiene como objeto material un bien fungible o no fungible. De este modo, si la apropiación recae sobre un objeto de carácter no fungible el bien jurídico es la propiedad, mientras que si incide sobre objetos materiales fungibles lo será “[...] el derecho al cumplimiento de la obligación de devolución de otro tanto de la misma especie y calidad (MANJÓN CABEZA)”;

---

<sup>100</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”, cit.*, p. 480; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *“Delitos contra el Patrimonio”, cit.*, p. 459.

<sup>101</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”, cit.*, p. 480.

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*..., cit., p. 442.

esto es, un derecho de crédito. En este sentido, los autores concluyen que únicamente serán típicos los casos de disposición de dinero cuando se ponga en peligro o lesione tal derecho de crédito de forma que, por ejemplo, desaparezca toda posibilidad de restitución<sup>103</sup> (*cfr.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, PASTOR MUÑOZ, ROCA AGAPITO y VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC)<sup>104</sup>. Por otro lado, un grupo más reducido de autores defienden que el bien jurídico protegido por el tipo de apropiación indebida no es el derecho de propiedad (o, en su caso, el correspondiente derecho de crédito), sino el conjunto del patrimonio. Así lo entienden, entre otros, MESTRE DELGADO y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO<sup>105</sup>.

Según ROCA AGAPITO, este planteamiento considera como bien jurídico protegido el patrimonio en cuanto a totalidad, al exigir una disminución del valor económico total del mismo. En su opinión semejante postura no resulta adecuada, y es que el perjuicio al que se refiere el artículo 252 CP no consiste en una disminución del valor económico total del patrimonio, sino en la privación del bien apropiado que experimenta el sujeto pasivo. En efecto, éste pierde las facultades inherentes al dominio de usar, disfrutar y disponer (física y jurídicamente) del bien<sup>106</sup>.

Frente a semejantes críticas, PAREDES CASTAÑÓN matiza que el patrimonio del sujeto pasivo se protege como bien jurídico en una doble vertiente: no sólo en cuanto a su valor económico, sino también en la integridad de su composición<sup>107</sup>.

En lo que a la jurisprudencia se refiere, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>108</sup> hacen referencia a la admisibilidad de la apropiación indebida de dinero recibido, citando como ejemplos las SSTs de 14 de abril de 1998 y de 20 de enero de 1999, entre otras (más recientemente, STS de 13 de julio de 2006)<sup>109</sup>. Por otro lado, PÉREZ MANZANO<sup>110</sup> pone de

---

<sup>103</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”...*, *cit.*, pp. 480-481.

<sup>104</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Apropiaciones Indebidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 27-36; PASTOR MUÑOZ, N., *“Delitos contra el Patrimonio (II)”...*, *cit.*, p. 246; ROCA AGAPITO, L., *“Apropiación Indebida”*, en Álvarez García, F. J. (Dir.), Manjón-Cabeza Olmedo, A. (Coord.) y Ventura Püschel, A. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 298; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *“Delitos contra el Patrimonio”...*, *cit.*, p. 460.

<sup>105</sup> MESTRE DELGADO, E., *“Delitos contra el Patrimonio”...*, *cit.*, p. 407; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial*..., *cit.*, p. 437.

<sup>106</sup> ROCA AGAPITO, L., *“Apropiación Indebida”...*, *cit.*, pp. 298-299.

<sup>107</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; *“Lesión del Bien Jurídico y Consumación en el Delito de Apropiación Indebida”*, en *Poder Judicial*, nº 46, 1997, p. 217.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 459.

<sup>109</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 759/2006, 13 de julio de 2006 (RJ 2006\6725).

manifiesto cómo ésta ha reconocido que la apropiación indebida no sólo tutela el derecho de propiedad, sino también “[...] “el derecho de quien hace entrega de la cosa a que le sea restituida, a que no se disponga de ella desbordando los límites de la disponibilidad inherentes al título que fue entregada” (STS de 15 de septiembre de 1990)<sup>111</sup>”.

### 3.2. Diferencias con el hurto

Doctrina y jurisprudencia no hayan dificultad alguna en diferenciar el delito de apropiación indebida del de estafa. La distinción esencial reside, como señala PÉREZ MANZANO, en la dinámica comisiva de cada tipo<sup>112</sup>. Así, MUÑOZ CONDE apunta cómo en la apropiación indebida la posesión es originariamente lícita y sólo después aparece el ánimo de apropiarse ilícitamente, mientras que en la estafa la posesión va precedida de un engaño que es la causa del acto de disposición realizado por el sujeto pasivo<sup>113</sup>. En la misma línea, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC entienden que en la apropiación indebida dicho acto de disposición constituye la esencia de la conducta del autor. En la estafa, además de que es el sujeto pasivo quien lo realiza, tan sólo es una consecuencia del engaño preexistente<sup>114</sup>. Como se ha afirmado, esta opinión, aunque con ligeros matices, es reproducida por la mayoría del resto de autores (entre ellos MESTRE DELGADO, PASTOR MUÑOZ y ROCA AGAPITO)<sup>115</sup> y por la jurisprudencia, como muestra la STS de 18 octubre de 1996 citada por MORENO VERDEJO y MARCHENA GÓMEZ (*vid. Anexo 10*)<sup>116</sup> (más recientemente STS de 15 de noviembre de 2004)<sup>117</sup>.

Mayor controversia doctrinal existe, sin embargo, en la distinción entre la apropiación indebida y el hurto. PÉREZ MANZANO comienza señalando que, mientras que el primero es un delito de apropiación en sentido estricto (en tanto en cuanto recae sobre un objeto que se posee previamente en virtud de una determinada relación jurídica), el hurto es un delito de

---

<sup>110</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)”*..., cit., p. 481.

<sup>111</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 15 de septiembre de 1990 (RJ 1990\7321).

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>113</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*..., cit., p. 445.

<sup>114</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *“Delitos contra el Patrimonio”*..., cit., p. 465.

<sup>115</sup> MESTRE DELGADO, E., *“Delitos contra el Patrimonio”*..., cit., p. 310; PASTOR MUÑOZ, N., *“Delitos contra el Patrimonio (II)”*..., cit., pp. 229-230; ROCA AGAPITO, L., *“Apropiación Indebida”*..., cit., p. 294.

<sup>116</sup> MORENO VERDEJO, J. y MARCHENA GÓMEZ, M.; *El Delito de Apropiación Indebida en el Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1998, p. 22.

<sup>117</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1308/2004, 15 de noviembre de 2004 (RJ 2005\789).

apoderamiento que requiere un acto de aprehensión física de un objeto que no se poseía con anterioridad<sup>118</sup>. Como destaca MUÑOZ CONDE, la apropiación indebida difiere del hurto en que no media en ella sustracción alguna, sino apropiación ilegítima de un bien que ya se posee. Así, pudiera parecer que la distinción entre ambos tipos resulta evidente, puesto que se reduciría exclusivamente a determinar si concurre o no esa posesión previa por parte del sujeto activo<sup>119</sup>. Sin embargo, ambos autores coinciden en que la delimitación de semejante relación posesoria previa entre objeto y sujeto activo no es sencilla ni pacífica. Véase por ejemplo el caso propuesto por MUÑOZ CONDE del cajero que se apodera del dinero de la caja que custodia, o el sugerido por PÉREZ MANZANO del tercero que se apropia del equipaje que un viajero le ha pedido que le vigile<sup>120</sup>.

Para concretar la diferenciación en tales supuestos problemáticos, PÉREZ MANZANO indica cómo la doctrina ha venido empleando diferentes criterios. Uno de ellos es el criterio fáctico, que atiende al poder *de facto* del autor sobre el bien. La autora lo critica por olvidar que la apropiación indebida requiere para su calificación que la cosa se haya recibido en virtud de determinados títulos jurídicos (art. 252 CP), no siendo suficiente la existencia de la relación fáctica de poder entre sujeto y objeto<sup>121</sup>. A esta opinión se suma también PASTOR MUÑOZ, señalando cómo el artículo 252 CP se refiere a títulos jurídicos que produzcan la obligación de entregar o devolver. En segundo lugar, el criterio que goza de mayor acogida doctrinal según ambas autoras es el criterio normativo. Sus proponentes, entre ellos PASTOR MUÑOZ, defienden que el alcance de la relación posesoria ha de determinarse en virtud de la regulación civil del concepto de posesión. Así, concluye esta última autora, “[...] no concurre apropiación indebida en los casos en los que el autor solamente tiene poder fáctico sobre la cosa”<sup>122</sup>.

Sin embargo, MUÑOZ CONDE y PÉREZ MANZANO rechazan también este criterio normativo mayoritario, en primer lugar, porque el concepto de posesión no es pacífico ni está firmemente delimitado entre la doctrina civilista y, seguidamente, porque el Derecho Civil

---

<sup>118</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 478.

<sup>119</sup> Esta es la postura que en ocasiones ha mantenido la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, el pronunciamiento de la STS de 12 de mayo de 2000 (*vid.* Anexo 11).

<sup>120</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 445; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 478.

<sup>121</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 478.

<sup>122</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”...”, *cit.*, p. 247.

reconoce instituciones como el “servidor de la posesión”, el “representante de la posesión” o ficciones como la “posesión civilísima” que carecen de eficacia penal. Frente a éste, coinciden en proponer como único criterio válido el título jurídico en virtud del cual se entrega la cosa. De esta forma, señala MUÑOZ CONDE, para que exista apropiación indebida dicho título debe ser uno de señalados en el artículo 252 CP que produzca la obligación de entregar o devolver los objetos recibidos. En consecuencia, sólo existirá apropiación indebida cuando el título de débito sea a su vez título de responsabilidad, es decir, cuando exista unidad entre el título por el cual el sujeto posee el objeto y aquél por el que está obligado a devolverlo<sup>123</sup>. El mismo parecer manifiesta ROCA AGAPITO<sup>124</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, evita estos debates doctrinales, de manera que la aplicación de un tipo u otro suele depender de cada supuesto de hecho concreto, y así lo evidencian los autores mencionados con ejemplos dispares. En opinión de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, sin embargo, tiende a decantarse con mayor frecuencia por el criterio de la naturaleza del título que determina la obligación de devolver<sup>125</sup>.

### **3.3. Necesidad de perjuicio para la consumación del delito**

Según VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, la cuestión de si la consumación del delito de apropiación indebida requiere un resultado perjudicial para la víctima no es pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina española<sup>126</sup>. Por su parte, ROCA AGAPITO entiende que el problema se reduce a dilucidar si la apropiación indebida es un delito de resultado o de mera actividad<sup>127</sup>.

La doctrina dominante, apunta PASTOR MUÑOZ, se decanta por la primera opción, y exige para la consumación del delito la concurrencia de un resultado que, con ciertos matices, consiste en la producción de un perjuicio para el sujeto pasivo<sup>128</sup>. Así, MUÑOZ CONDE afirma que el resultado de la apropiación se da con la misma apropiación, manifestada al

---

<sup>123</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pp. 445-446; PÉREZ MANZANO, M., *Las Defraudaciones (I)*..., cit., p. 478.

<sup>124</sup> ROCA AGAPITO, L., *“Apropiación Indebida”*..., cit., p. 293.

<sup>125</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Apropiaciones Indebidas...*, cit., p. 45.

<sup>126</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *“Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 466.

<sup>127</sup> ROCA AGAPITO, L., *“Apropiación Indebida”*..., cit., p. 312.

<sup>128</sup> PASTOR MUÑOZ, N., *“Delitos contra el Patrimonio (II)”*..., cit., p. 249.

realizarse los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas, y en el subsiguiente perjuicio que ésta produce para el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de tales cosas. De esta forma, observa que habitualmente apropiación y perjuicio coinciden, con lo que el delito se consuma; pero en caso de faltar el perjuicio patrimonial lesivo no ocurriría así y cabría la tentativa<sup>129</sup>. GÓMEZ LANZ también se muestra favorable a exigir la producción efectiva de un perjuicio para la consumación del delito. En su opinión, tal exigencia se deriva de una interpretación sistemática de la locución prepositiva “en perjuicio de” del artículo 252 CP en relación a los artículos 249 y 250 CP, a los cuales se remite para la especificación de la pena. De hecho, mientras que el primero señala como pautas para la fijación de la pena “el importe de lo defraudado” y “el quebranto económico causado al perjudicado”, el segundo permite imponer una pena superior a los supuestos de mayor gravedad, que a su vez podrá determinarse en atención a “la gravedad de la defraudación” y la “entidad del perjuicio”<sup>130</sup>.

ROCA AGAPITO aborda precisamente la delimitación del perjuicio que consuma la apropiación indebida. Según él, ciertos autores aproximan el concepto al perjuicio de la estafa, de manera que el delito no queda consumado si no se produce una disminución del valor del patrimonio de la víctima globalmente considerado. Sin embargo, recuerda que, en su opinión, y en la de la doctrina mayoritaria (*cf.* PASTOR MUÑOZ)<sup>131</sup>, el delito de apropiación indebida no tutela el patrimonio como lo hace la estafa, sino un derecho de propiedad (o de crédito, en el caso de bienes fungibles). En ese sentido, concluye, el perjuicio se produce cuando el titular de la cosa pierde el derecho a exigir la devolución o entrega de la misma; de manera que lo verdaderamente relevante no es tanto la pérdida del valor económico de la cosa como la pérdida de la cosa misma<sup>132</sup>.

En segundo lugar, un sector doctrinal minoritario en el que destacan BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO defiende que no es necesaria la producción del perjuicio económico para afirmar la consumación del delito, sino que ésta se produce a través del acto de disposición.

---

<sup>129</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *cit.*, p. 451.

<sup>130</sup> GÓMEZ LANZ, J., *La Interpretación de la Expresión “en Perjuicio de” en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 320-321.

<sup>131</sup> PASTOR MUÑOZ, N., *Delitos contra el Patrimonio (II)*... *cit.*, p. 246; PÉREZ MANZANO, M., *Las Defraudaciones (I)*... *cit.*, p. 480; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Delitos contra el Patrimonio...*, *cit.*, p. 459.

<sup>132</sup> ROCA AGAPITO, L., *Apropiación Indebida*... *cit.*, p. 313.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO parecen compartir dicha tesis, al entender que la consumación se produce cuando el sujeto activo incorpora a su patrimonio lo que había recibido con obligación de devolver o entregar<sup>133</sup>. Por su parte, CARDONA TORRES, sin llegar a considerarla como un delito de actividad, defiende también que la apropiación queda consumada con el apoderamiento de la cosa. En su opinión, el resultado del delito consiste en la conducta del poseedor que lleva a cabo los actos de disposición sobre el bien ajeno como si fuera propio<sup>134</sup>.

Finalmente, PAREDES CASTAÑÓN, en coherencia con su opinión sobre el doble ámbito de protección del patrimonio que despliega el tipo de apropiación indebida, considera que para que éste se entienda consumado son necesarios ambos, el perjuicio patrimonial y la apropiación<sup>135</sup>.

#### **3.4. Necesidad de ánimo de lucro como elemento subjetivo**

Según MESTRE DELGADO la apropiación indebida es un delito doloso que no admite la forma de comisión imprudente. Junto al dolo, y abarcado por el mismo, la jurisprudencia ha determinado la existencia de un elemento subjetivo característico del injusto: el *animus rem sibi habiendi*, o ánimo de apropiación de la cosa<sup>136</sup>. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO lo definen como “[...] la conciencia y la voluntad de disponer de la cosa como propia”, y afirman que se integra por dos elementos: “[...] a) la voluntad (al menos eventual) de privar de sus bienes de forma definitiva al titular de los mismos, y b) la voluntad de incorporar los bienes a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria”<sup>137</sup>. Este hecho es constatado de forma unánime por la doctrina. Lo que verdaderamente se discute, como apunta PASTOR MUÑOZ, es si en el tipo subjetivo de la apropiación indebida debe concurrir de forma específica, además del dolo, el ánimo de lucro o si, por el contrario, éste ya se entiende incluido en el mismo dolo como ocurre con el *animus rem sibi habiendi*<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 445.

<sup>134</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal...*, cit., p. 269.

<sup>135</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; “*Lesión del Bien Jurídico y Consumación...*”, cit., p. 217.

<sup>136</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*”, cit., p. 313.

<sup>137</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 443.

<sup>138</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “*Delitos contra el Patrimonio (II)*”..., cit., p. 249.

MESTRE DELGADO recuerda cómo la doctrina dominante viene exigiendo un ánimo tendencial específico del autor que equivale al ánimo de lucro propio de los delitos contra el patrimonio. Este requisito, según el autor, deriva del empleo de la expresión “en perjuicio de otro” por parte del artículo 252 CP<sup>139</sup>. Tal visión es también compartida por MUÑOZ CONDE, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO y, al menos en parte, por VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>140</sup>. Estos últimos parten de una distinción entre los dos elementos respecto de los que podría apreciarse el ánimo de lucro en la apropiación indebida: el propósito de disponer (*animus rem sibi habiendi*) y el propósito de enriquecimiento<sup>141</sup>. Respecto del primero de ellos, el ánimo de lucro efectivamente debe ser comprendido como elemento del tipo subjetivo, en la medida que “[...] no hay acción de disponer sin voluntad de disposición [...]”. En relación al segundo elemento, el propósito de obtener tal enriquecimiento comprendido como voluntad de producir el resultado típico, el ánimo de lucro debe entenderse integrado en el dolo<sup>142</sup>.

La jurisprudencia se muestra igualmente favorable a la exigencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. Reflejo de ello son las sentencias citadas por MESTRE DELGADO (STS de 20 de noviembre de 2008)<sup>143</sup>, PÉREZ MANZANO (SSTS de 13 de marzo de 1989 y de 24 de junio de 1996) y SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (SSTS de 16 de junio de 1993<sup>144</sup> y de 22 de noviembre de 2006, entre otras)<sup>145</sup>.

Un grupo minoritario de autores, en cambio, considera que el dolo de la apropiación abarca tanto el *animus rem sibi habiendi* como el ánimo de lucro, con lo que no se requeriría la afirmación separada de este último. De este modo, BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MUÑOZ proponen que, puesto que el dolo implica conocimiento y voluntad de realizar la conducta

---

<sup>139</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 313.

<sup>140</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pp. 449-450; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., pp. 442-443; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., pp. 465-466.

<sup>141</sup> Recuérdese que para estos autores el enriquecimiento del sujeto activo forma parte del perjuicio como resultado típico exigido para la consumación del delito (VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 467).

<sup>142</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 466.

<sup>143</sup> En ella el ánimo de lucro se define el ánimo de lucro (*vid.* Anexo 12).

<sup>144</sup> En la que puede observarse el siguiente enunciado: “[...] ánimo de lucro, presidiendo e impulsando toda la actuación del individuo [...]” (RJ 1993\5093).

<sup>145</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 313; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, cit., p. 488; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, cit., p. 443.

típica, y ésta consiste en incorporar al propio patrimonio un objeto con valor económico, el ánimo de lucro no es un elemento que vaya más allá de la propia conducta típica<sup>146</sup>. Finalmente, ROCA AGAPITO afirma que el ánimo de lucro es innecesario por la sencilla razón de que el artículo 252 CP no lo exige expresamente<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, pp. 487-488.

<sup>147</sup> ROCA AGAPITO, L., “*Apropiación Indebida*”...”, *cit.*, p. 311.

#### 4. PRINCIPALES PROBLEMAS DOCTRINALES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

##### 4.1. Relación con el delito de apropiación indebida

El principal problema que doctrina y jurisprudencia se han planteado desde la introducción del delito de administración desleal en el Código Penal de 1995 se refiere a la relación del mismo con el tipo de apropiación indebida. Para solventarlo es necesario tener en cuenta diversas consideraciones.

PÉREZ MANZANO comienza afirmando que las conductas típicas recogidas en ambos tipos no son coincidentes. Por un lado, el delito de apropiación indebida castiga incorporación definitiva e ilícita de un bien ajeno al propio patrimonio, o el uso del mismo que derive en la imposibilidad de cumplir con la obligación de devolución o entrega. Por el otro, la administración fraudulenta consiste en conductas que no suponen una apropiación definitiva, o que no implican la frustración irremediable del fin para el que se ha entregado en administración el bien<sup>148</sup>. MESTRE DELGADO va más allá, entendiendo que no sólo las conductas típicas, sino también los bienes jurídicos tutelados, son diferentes en ambos tipos: la apropiación indebida protege un patrimonio (o un derecho de propiedad, según la doctrina mayoritaria) singular; mientras que la administración fraudulenta, como delito societario, atenta además contra el orden socioeconómico en tanto que daña la confianza ciudadana en la participación en el mercado<sup>149</sup>.

Se observa, continúa PÉREZ MANZANO, cómo el delito de administración desleal recoge supuestos que resultan atípicos desde el punto de vista del art. 252 CP. Ello, sin embargo, no obsta para que ciertos casos de administración desleal puedan ser calificados igualmente de apropiación indebida<sup>150</sup>. Así lo entiende también MUÑOZ CONDE, quien defiende que, respecto al contrato de sociedad, nada impediría que un administrador que utiliza los fondos sociales para fines propios fuese castigado por apropiación indebida<sup>151</sup>. Pues bien, la

---

<sup>148</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 489.

<sup>149</sup> MESTRE DELGADO, E., *“Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 407.

<sup>150</sup> PÉREZ MANZANO, M., *“Las Defraudaciones (I)...*, cit., pp. 489-490.

<sup>151</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 449.

resolución de tales supuestos ha dado lugar a diferentes soluciones entre la doctrina y la jurisprudencia.

Comenzando con la perspectiva doctrinal, GÓMEZ GONZÁLEZ apunta cómo un sector asume la que, según se expondrá más adelante, es la tesis adoptada tradicionalmente por la jurisprudencia; y opta por apreciar un concurso de leyes entre ambos delitos a resolver por el principio de alternatividad del artículo 8. 4º CP. Según él, la nota común para estos autores radica en la existencia de un delito de administración desleal contenido en el tipo del 252 CP de apropiación indebida<sup>152</sup>. RODRÍGUEZ RAMOS también se muestra partidario de esta concepción<sup>153</sup>. Por su parte, ROCA AGAPITO, a pesar de decantarse por una postura diferente, afirma que ésta sería la solución más razonable para resolver los supuestos que caen en esta “zona común” si se considera que la naturaleza de la administración desleal es puramente patrimonial (sin que tutele el correcto funcionamiento societario como parte del orden socioeconómico)<sup>154</sup>.

En una postura similar, otros autores como SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO abogan por el principio de especialidad a favor de la administración desleal para resolver el mencionado concurso de leyes<sup>155</sup>. PÉREZ MANZANO critica esta solución puesto que la administración desleal no incluye todo el desvalor de la apropiación indebida, en concreto el referido a la apropiación definitiva. De forma equivalente, tampoco resultaría razonable resolver el concurso normativo mediante el principio de subsidiariedad en favor de la administración desleal porque ésta castiga elementos de la conducta no apreciables en el tipo de apropiación indebida, tales como la infracción de los deberes de gestión leal o la exigencia de un perjuicio en el patrimonio societario<sup>156</sup>.

El resto de la doctrina, por el contrario, opta por solventar estas situaciones mediante la apreciación de un concurso ideal entre ambos delitos puesto que, como escribe PÉREZ MANZANO en coherencia con la argumentación que previamente desarrolla (ver *supra*),

---

<sup>152</sup> GÓMEZ GONZÁLEZ, O. T., “Relación entre los Tipos de Administración Desleal y Apropiación Indebida. Interpretación Doctrinal y Jurisprudencial”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 97, 2009, p. 133.

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., “*Los Delitos Societarios*”..., *cit.*, p. 85.

<sup>154</sup> ROCA AGAPITO, L., “*Apropiación Indebida*”..., *cit.*, p. 750.

<sup>155</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial...*, *cit.*, p. 551.

<sup>156</sup> PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 490.

“[...] sólo la aplicación conjunta de ambos delitos capta todo el desvalor del hecho”<sup>157</sup>. ROCA AGAPITO también apoya esta solución al considerar que en determinados casos el contenido desvalorativo del hecho puede no quedar completamente cubierto por uno sólo de los preceptos, admitiendo, por tanto, que los bienes jurídicos protegidos por ambos tipos son distintos<sup>158</sup>.

En lo que a la jurisprudencia se refiere, como ya se ha adelantado previamente, los tribunales vienen apreciando el concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad en favor de la apropiación indebida para los supuestos en los que ésta se produce en el ámbito societario. Se trata de una doctrina que el Tribunal Supremo ya venía aplicando desde antes de la tipificación de los delitos societarios y que, como señala ROCA AGAPITO, entraña una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación de la modalidad de “distracción” de la apropiación indebida<sup>159</sup>. Para PASTOR MUÑOZ, semejante ampliación llevó al Tribunal hasta el extremo de afirmar que el delito de apropiación indebida contenía dos tipos: uno de apropiación, que exige la incorporación de la cosa apropiada al patrimonio del autor, y otro de gestión desleal, que consiste en la administración desleal de un patrimonio ajeno. Según el Tribunal Supremo, para la concurrencia de éste último no serían necesarios ni el apoderamiento ni el ánimo de apoderamiento, sino que bastaría con que el autor hubiese dispuesto de los bienes cuya administración le había sido encomendada sin dar ninguna respuesta apropiada y coherente sobre su uso<sup>160</sup>.

Esta postura, mantenida incluso después de la incorporación al Código Penal del artículo 295, se plasma en la emblemática STS de 26 de febrero de 1998 sobre el caso *Argentina Trust*. En ella se considera culpable de un delito de apropiación indebida al administrador que dispuso de 600 millones de pesetas, sin haber sido probada ni la apropiación en beneficio propio ni su devolución a la sociedad<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> *Ibidem, cit.*, p. 490.

<sup>158</sup> ROCA AGAPITO, L., “Apropiación Indebida”..., *cit.*, p. 750.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 749.

<sup>160</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el Patrimonio (II)”..., *cit.*, p. 247.

<sup>161</sup> El Tribunal Supremo acepta la calificación de semejante conducta como apropiación indebida mediante el reconocimiento de un “tipo de infidelidad” que puede subsumirse en dicha modalidad delictiva. También aporta una definición del mismo. (*vid.* Anexo 13).

Por otro lado, ciertos autores ponen de manifiesto una reciente variación en la doctrina jurisprudencial que otorga, con carácter general, un ámbito de aplicación distinto a ambos delitos. Así, entiende ROCA AGAPITO, el artículo 295 CP castigaría un abuso de poder, mientras que el artículo 252 CP castigaría una extralimitación en dicho poder. Ello permitiría evitar el concurso normativo (si bien no todos) dado que la conducta sería subsumible en uno solo de los tipos, y no en los dos a la vez<sup>162</sup>. Este hecho también es constatado por CARDONA TORRES, quien cita la STS de 29 de julio de 2002<sup>163</sup> (“caso Banesto”) como evidencia de esa separación entre ambos delitos<sup>164</sup>. PASTOR MUÑOZ también se refiere a esa misma sentencia como un posible indicio del repliegue jurisprudencial hacia una interpretación más restrictiva del artículo 252 CP. En efecto, dicho pronunciamiento exige que, para poder apreciar la apropiación indebida, es necesario que el autor haya incorporado a su patrimonio los bienes apropiados. No obstante, la autora termina abandonando esta posibilidad al comprobar cómo el Tribunal continúa aplicando la doctrina de *Argentia Trust* a casos posteriores (por ejemplo, STS de 2 de febrero de 2004)<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> ROCA AGAPITO, L., “Apropiación Indebida”..., *cit.*, p. 749.

<sup>163</sup> En ella el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los diferentes bienes jurídicos tutelados por ambos tipos (*vid.* Anexo 14).

<sup>164</sup> CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 272.

<sup>165</sup> PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el Patrimonio (II)”..., *cit.*, p. 248.

## **5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013**

### **5.1 Modificaciones relativas al delito de estafa**

En relación a la estafa la modificación más relevante introducida por el Proyecto de Reforma del Código Penal<sup>166</sup> consiste en la revisión del listado de agravantes específicas recogido en el artículo 250 CP. Éste es ampliado con dos nuevos supuestos: estafas cometidas mediante delincuencia profesional u organizada (nuevo número 4º) y defraudaciones que afecten a un elevado número de personas (nuevo número 6º *in fine*). Asimismo, se prevé que estas dos nuevas agravantes den lugar al supuesto “súper agravado” tipificado en el apartado segundo del artículo cuando concurren con la agravante prevista en el número 1º. Como novedad adicional, en este apartado segundo también se dispone la aplicación de semejante agravación a los casos en los que el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

La segunda modificación que afecta al delito de estafa se puede apreciar en la nueva redacción dada al artículo 249 CP. Ésta se produce como consecuencia de la eliminación de las faltas del Código Penal y la transformación de algunas de ellas en delitos leves. Ocurre así con la falta de estafa tipificada en el actual artículo 623. 4º CP. Éste es suprimido y, en lo referente a la estafa, convertido en el delito leve que propone el nuevo párrafo segundo del artículo 249 CP: “Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuese superior a 1.000 euros”. En coherencia con lo anterior se suprime también la referencia que el actual artículo 249 CP hace al límite de 400 euros a efectos de distinguir el delito de la falta de estafa.

En tercer lugar, el artículo 251 bis, que recoge la responsabilidad de las personas jurídicas, se renumera como artículo 251 ter y se incluye un nuevo 251 bis que prevé la posibilidad de aplicar una medida de libertad vigilada a los condenados por una o más estafas.

---

<sup>166</sup> Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 4 de octubre de 2013.

## 5.2 Modificaciones relativas al delito de apropiación indebida

Como señala la exposición de motivos del proyecto de reforma, el nuevo tratamiento que se da a la administración desleal de forma separada a la apropiación indebida hace necesaria una revisión de la regulación de esta última “[...] que se aprovecha para simplificar la normativa anterior”.

De esa forma, se pasa a diferenciar claramente entre los casos de apropiación que implican un quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa (nuevo artículo 253 CP), y aquéllos en los que no existe quebrantamiento alguno del deber de custodia (nuevo artículo 254 CP). En ambos preceptos se suprime la referencia a la parte de la conducta recogida en el actual artículo 252 CP consistente en distraer dinero, efectos o valores; referencia que, como se desarrolla a continuación, la jurisprudencia venía utilizando para entender subsumidas en este precepto conductas de administración fraudulenta.

Además de la mencionada modificación, la única novedad que incorpora la conducta típica del nuevo artículo 253 CP consiste en la sustitución del término “administración” por “custodia”. Como ya se ha adelantado, con ello se pretende manifestar, en primer lugar, el quebrantamiento de la confianza que el propietario ha depositado en el sujeto activo y, en segundo, la evidente separación respecto de la nueva regulación de la administración desleal. En lo que a la punibilidad se refiere, este supuesto continúa siendo castigado con la misma pena prevista para la estafa (y de forma novedosa también para la administración desleal) en los artículos 249 y 250 CP, añadiéndose la expresión “salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”. Finalmente, se elimina la agravación específica prevista en el artículo 252 CP *in fine* para el caso de depósito necesario o miserable.

El nuevo artículo 254 CP, por su parte, castiga la apropiación indebida “fuera de los supuestos del artículo anterior”, esto es, en aquéllos casos en los que no existe transgresión de deber de custodia alguno por no haberse recibido la cosa apropiada en virtud de un título que produce la obligación de entregar o devolver. La pena que se les asigna es una multa de tres a seis meses (la misma que para los casos de apropiación de cosa pérdida o de dueño

desconocido y de bienes recibidos por error del transmitente), y privativa de libertad de seis meses a dos años si los bienes muebles apropiados son cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (supuesto que se recupera del artículo 253 CP).

Por otro lado, como sucede con la estafa, la eliminación de la falta de apropiación indebida del artículo 623. 4º CP se cubre con la tipificación dos nuevos delitos leves de apropiación indebida en los sendos nuevos apartados segundos ambos artículos. El anterior límite de 400 euros que servía para distinguir el delito de la estafa es ahora reemplazado por uno de 1.000 euros y, como novedad, para la posible apreciación de la escasa gravedad que caracteriza al delito leve se tendrá en cuenta no sólo “el escaso valor de los bienes apropiados”, sino también “la situación económica de la víctima”.

### **5.3 Modificaciones relativas al delito de administración fraudulenta**

Probablemente la reforma más relevante en relación al conjunto de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII consiste en la incorporación a su Capítulo VI de una nueva Sección 1ª bis denominada “De la administración desleal”. Ésta introduce un único artículo que tipifica con carácter general dicha conducta delictiva, sustituyendo al actual artículo 295 CP, que resulta derogado.

Señala la exposición de motivos del proyecto de reforma cómo el legislador de 1995, al tipificar la administración desleal exclusivamente como un delito societario, soslayó la posibilidad de considerarla como un delito patrimonial que pudiera afectar también a cualquier persona física. Asimismo, recuerda que los tribunales, en su intento por rellenar semejante laguna jurídica, han venido apreciando en la actual tipificación del delito de apropiación indebida un tipo de administración fraudulenta. Éste, como se ha mencionado en el apartado anterior, consistiría en la “distracción” de dinero, efectos o valores patrimoniales, y podría ser apreciado “[...] cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado, [...] supuesto [...] que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo”.

A este respecto, la reforma entiende que el administrador en el que se depositan facultades de disposición sobre bienes fungibles (tales como dinero o valores) no está obligado a

devolver esos mismos bienes, sino otro tanto de la misma especie y calidad (*vid* art. 1753 CC). Es precisamente en ese aspecto donde reside la distinción fundamental con la apropiación indebida. Semejante separación entre los tipos se manifiesta, en términos generales, a través de una doble vertiente: primero, en el carácter fungible (administración desleal) o no fungible (apropiación indebida) del bien recibido y, segundo, en la clase de obligación que surge conforme al tipo de bien recibido, sea de devolución (apropiación indebida), de administración prudente y de acuerdo con los límites de la autorización (administración desleal) o de lealtad y fidelidad en la administración (administración desleal).

De este modo, considera el legislador, quien se apropia de una cosa de carácter no fungible vulnerando la obligación de devolución incurre en apropiación indebida. En cambio, comete administración desleal aquél que recibe facultades de administración sobre dinero o valores ajenos y “[...] quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio del administrado [...]”.

De acuerdo con esta distinción de “tipos de administración desleal”, el nuevo artículo 252 CP tipifica en sus dos primeros apartados dos conductas diferentes. La primera, correspondiente al referido por la exposición de motivos como “tipo de abuso”, consiste en la infracción por parte del administrador de las facultades que le han sido conferidas, excediéndose en el ejercicio de las mismas. Se trata, pues, de una infracción del deber de administración prudente mencionado previamente. Por su parte, el apartado segundo se corresponde con el “tipo de infidelidad”, tipificando el quebranto de la obligación de velar por los intereses patrimoniales ajenos, los cuales, a diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, pueden emanar de una “especial relación de confianza”. Así, esta última conducta vulnera el deber de lealtad y fidelidad en la administración.

Ambos supuestos requieren la producción de un perjuicio como elemento objetivo del tipo. Según la exposición de motivos, con la nueva tipificación del injusto se supera la referencia a un “perjuicio económicamente evaluable” que contiene el artículo 295 CP. Y es que dicha mención podía dar lugar a una equivocada interpretación del perjuicio en atención al concepto económico de patrimonio. Según el legislador, el nuevo concepto de patrimonio

que ha de manejarse para valorar el perjuicio es aquél que se refiere al valor de los fines personales a los que éste está afecto. Así, no sólo concurre el perjuicio patrimonial cuando la conducta típica deriva en una disminución del activo o falta de incremento del mismo, sino también cuando la actuación del sujeto activo frustra el fin perseguido por los órganos sociales, depositantes o titulares de dicho bien o patrimonio. El apartado primero se refiere un “perjuicio al patrimonio administrado”, mientras que el segundo recoge un “perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía del deber de salvaguardar”.

Al igual que sucede con el delito de apropiación indebida cuando existe quebrantamiento del deber de custodia (nuevo art. 253. 1 CP), la pena que se prevé para los supuestos de administración desleal coincide con la prevista para la estafa (arts. 249 y 250 CP). Igualmente, se establece la previsión de un delito leve, cuya distinción de los tipos básicos anteriores se realizará en atención a la inferior gravedad de la conducta como consecuencia del escaso valor del perjuicio causado y de la situación económica de la víctima.

## **6. CONCLUSIONES**

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se postula como una oportunidad idónea para que el legislador medie y trate de resolver los problemas doctrinales y jurisprudenciales existentes en cuanto a los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal. Como se ha venido observando a lo largo del presente estudio, la mayoría de tales focos de debate afectan a la aplicabilidad práctica de dichos injustos, con lo que de su correcta solución suele depender la distinción entre la tipicidad o atipicidad de una conducta, la apreciación de un delito u otro o la imposición de una pena de mayor o menor entidad. Es por ello que, salvo en contadas excepciones, la intervención legislativa resulta prioritaria para asegurar la vigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la ley penal.

### **6.1 Sobre la reforma del delito de estafa**

Teniendo presente la anterior premisa, y habida cuenta de los numerosos focos de incertidumbre que han sido señalados para el delito de estafa, es preciso calificar la intervención del legislador respecto a esta modalidad delictiva como insuficiente. Según se ha desarrollado, el proyecto de reforma de 2013 se limita a introducir dos nuevas agravantes específicas y a sustituir la falta de estafa por un delito leve, novedades que dejan sin resolver básicamente la totalidad de los problemas doctrinales y jurisprudenciales relativos a su aplicación. Sin embargo, no por esa razón debe infravalorarse la urgencia y relevancia de tales modificaciones. En efecto, tanto la agravante de delincuencia profesional y organizada como la relativa a defraudaciones que afecten a un elevado número de personas responden, entre otras razones, a una creciente proliferación de las estafas a través de los sistemas de comunicación de masas y la tecnología informática. De hecho, esta es una preocupación que el legislado ha demostrado en las últimas reformas del delito, como puede observarse en el primer capítulo de este trabajo. No menos importante debe considerarse la eliminación de la falta de estafa, que, al igual que ocurre con la supresión del resto, busca una agilización de la Administración de Justicia en sus instancias inferiores, así como una mayor efectividad del principio de intervención mínima.

## 6.2 Sobre la reforma del delito de apropiación indebida

En lo que respecta al delito de apropiación indebida y a la problemática que acompaña a su aplicación, sí puede decirse que el Proyecto adopta una actitud más reformista. Como se ha expuesto, la principal modificación afecta a la conducta típica del injusto. Concretamente, se eliminan los aspectos que permitían a la jurisprudencia subsumir en ella conductas de administración desleal, y se diferencian claramente dos supuestos de apropiación en función de si existe quebrantamiento del deber de custodia (nuevo art. 252. 1 CP) o no (nuevo art. 254. 1 CP). Estas variaciones afectan en cierta medida a los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre la apropiación indebida.

Según se ha explicado, la exposición de motivos utiliza como uno de los ejes de diferenciación entre la apropiación indebida y la administración desleal el carácter fungible o no fungible de los bienes objeto del delito. Al suprimir del tipo de apropiación indebida la referencia a la conducta consistente en “distraer dinero, efectos o valores”, el legislador viene a eliminar de raíz el tradicional problema sobre la naturaleza del bien jurídico protegido en caso de apropiación indebida de dinero (o cualquier otro bien fungible). Dice el legislador que cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo se transmite la propiedad y ya no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello el anterior debate, que sin embargo ya gozaba de una aceptación prácticamente unánime entre los defensores de la propiedad como bien jurídico tutelado por el tipo, deja de tener sentido.

En segundo lugar, se ha expuesto como ciertos autores (entre ellos MUÑOZ CONDE, PÉREZ MANZANO y ROCA AGAPITO) se basan en el título jurídico en virtud del cual se entrega la cosa para distinguir la apropiación indebida del hurto<sup>167</sup>. Según ellos, sólo puede decirse que existe apropiación indebida cuando dicho título es uno de los recogidos en el actual artículo 252 CP, títulos que dan lugar al nacimiento de una obligación correlativa de entrega o devolución. Este criterio podría seguir siendo válido si el legislador hubiese tipificado únicamente el nuevo artículo 253 CP. Y es que el nuevo artículo 254 CP califica

---

<sup>167</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, pp. 445-446; PÉREZ MANZANO, M., “*Las Defraudaciones (I)*...”, *cit.*, p. 478; ROCA AGAPITO, L., “*Apropiación Indebida*”...”, *cit.*, p. 293.

como apropiaciones indebidas casos en los que no necesariamente existe dicha unidad entre el título por el cual el sujeto posee el objeto y aquél por el que está obligado a devolverlo. En efecto, se limita a recoger como conducta típica: “Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior se apropiare de una cosa mueble ajena”. Con ello, parece que el legislador favorece de forma indirecta el actual criterio mayoritario, el conocido como normativo. Debe plantearse también la cuestión de hasta qué punto la considerable menor gravedad de la pena prevista en este último precepto está justificada por la inferioridad en el desvalor de un supuesto de hecho que, por otro lado, destaca por su carácter abierto.

Finalmente, las consideraciones que en la exposición de motivos hace el legislador sobre el concepto de perjuicio de la administración desleal, repercuten indirectamente en el debate sobre la necesidad de apreciar un perjuicio para la consumación de la apropiación indebida. Aunque la cuestión no queda realmente resuelta (pues no se establece si verdaderamente es requisito o no apreciar dicho perjuicio), el razonamiento sirve para rechazar aquellas posturas que afirman que sólo existe consumación cuando el perjuicio determina una disminución del valor del patrimonio en términos globales. Como se ha visto, la valoración del perjuicio en atención a un concepto exclusivamente económico del patrimonio es errónea según la exposición de motivos del Proyecto.

### **6.3 Sobre la reforma del delito de administración fraudulenta**

En términos del presente estudio, la principal novedad que introduce el proyecto de reforma de 2013 se refiere a la supresión de la administración desleal como delito societario y su inclusión dentro de los delitos patrimoniales. Esa nueva regulación, unida a su tajante separación del delito de apropiación indebida, trata de solventar el problema que doctrina y jurisprudencia se han venido planteando en cuanto a la relación entre ambos injustos. Se ha explicado cómo el foco de debate reside en la calificación de los supuestos situados en una zona común entre la administración fraudulenta y la apropiación indebida. La jurisprudencia y parte de la doctrina han optado por apreciar un concurso de leyes en tales supuestos, cuya resolución mediante el principio de alternatividad viene a significar la aplicación del tipo de apropiación indebida. Semejante postura ha sido justificada por el Tribunal Supremo en el caso *Argentia Trust* a través de la apreciación de un tipo de

administración desleal en el propio artículo 252 CP consistente en distraer dinero o valores patrimoniales.

Para evitar semejante ampliación del ámbito de aplicabilidad de la apropiación indebida (que sin duda cuestiona la vigencia del principio de legalidad penal), se observa cómo el legislador ha seguido la argumentación jurisprudencial y ha tipificado la administración desleal como delito patrimonial claramente diferenciado del de apropiación indebida. La diferencia se aprecia en la naturaleza de los bienes que son objeto material de cada delito y, en consecuencia, también en el tipo de obligación a la que su recepción da lugar. Es claro que ello elimina la posibilidad de apreciar el concurso de leyes que los tribunales han estado aplicando. Tampoco tiene ya cabida el concurso ideal (o medial) de delitos por el que abogaba el resto de la doctrina. En efecto, si lo que se recibe es un bien no fungible que posteriormente se incorpora ilícitamente al propio patrimonio (vulnerando la obligación de devolución o entrega) se aplicará el tipo de apropiación indebida, mientras que si se trata de un bien no fungible no cabrá apropiación puesto que éste pasa directamente a ser propiedad del sujeto. En este último caso, los tribunales aplicarán los nuevos artículos 252.1 ó 252.2 CP en función de si el autor se ha extralimitado en sus funciones como administrador o ha infringido una obligación de lealtad para con los intereses del administrado (tipo de infidelidad al que el TS ya se refirió *Argentia Trust*).

Parece apreciarse, pues, cómo con ésta modificación de la regulación de los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal, el legislador pasa por alto la mayoría de las cuestiones que la doctrina ha venido discutiendo, pero resuelve aquélla que con más peso se ha manifestado en el ámbito jurisprudencial.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Estafa (I)”, en Álvarez García, F. J. (Dir.), Manjón-Cabeza Olmedo, A. (Coord.) y Ventura Püschel, A. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 2010.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2009.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “Las Defraudaciones: Estafa, Apropiación Indevida, Defraudaciones de Fluido Eléctrico y Análogas”, en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, tomo II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Apropiaciones Indevidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GÓMEZ GONZÁLEZ, O. T., “Relación entre los Tipos de Administración Desleal y Apropiación Indevida. Interpretación Doctrinal y Jurisprudencial”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 97, 2009.

GÓMEZ LANZ, J., *La Interpretación de la Expresión “en Perjuicio de” en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (XI)”, en A.A. V.V., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

HERRERA MORENO, M., “Estafa. Apropiación Indevida. Defraudación de Fluido Eléctrico”, en Polaino Navarrete, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, Tecnos, Madrid, 2011.

MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Colex, Madrid, 2011.

MORENO VERDEJO, J. y MARCHENA GÓMEZ, M.; *El Delito de Apropiación Indevida en el Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; “Lesión del Bien Jurídico y Consumación en el Delito de Apropiación Indevida”, en *Poder Judicial*, nº 46, 1997.

PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el Patrimonio (II)”, en Silva Sánchez, C. (Dir.) y Ragués i Vallès (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*, 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2011.

PÉREZ MANZANO, M., “Las Defraudaciones (I). Las Estafas”, en Bajo Fernández, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

PÉREZ DEL VALLE, C., “El Engaño Omisivo en la Estafa”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 59, 1996.

REBOLLO VARGAS, R., “Propuesta para la Controversia en la Delimitación Típica del Delito de Estafa: la Distinción con el Fraude Civil y la Reinterpretación del Engaño”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 18, 2008.

ROCA AGAPITO, L., “Apropiación Indevida”, en Álvarez García, F. J. (Dir.), Manjón-Cabeza Olmedo, A. (Coord.) y Ventura Püschel, A. (Coord.), *Derecho Penal Español: Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los Delitos Societarios”, en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª edición, Dykinson, Madrid, 2011.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., “Delitos Societarios”, en Bajo Fernández M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (VII)”, en A.A. V.V., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

# ANEXOS

## I. LEGISLACIÓN

### 1. ARTÍCULO 529 1º CP 1973:

El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

### 2. ARTÍCULO 248.3 CP 1995:

La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

### 3. ARTÍCULO 250.1 7º CP 1995:

Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

### 4. ARTÍCULO 535 CP 1973:

Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeran dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

### 5. ARTÍCULO 254 CP 1995:

Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas.

### 6. ARTÍCULO 295 CP 1995:

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán

castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

## II. JURISPRUDENCIA

### 7. STS DE 18 DE MAYO DE 1995<sup>168</sup>:

[...] estos comportamientos concluyentes constituyen “conductas activas” que no se pueden confundir con el problema del engaño omisivo y de la estafa por omisión, que se presentan cuando alguien, jurídicamente obligado a ello, no impide el surgimiento del error del sujeto pasivo.

### 8. STS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1992<sup>169</sup>:

El delito de estafa también puede ser cometido por omisión. En efecto, la doctrina ha señalado repetidamente que la estafa por omisión sólo se debe apreciar en el caso en el que el garante [no] haya impedido el surgimiento de un error en el sujeto pasivo, que estaba obligado a evitar. Por el contrario, la opinión dominante no admite la estafa por omisión cuando el omitente simplemente ha omitido despejar un error del sujeto pasivo.

### 9. STS DE 11 DE ABRIL DE 2009<sup>170</sup>:

La aplicación en estos casos del concurso de delitos supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio, que lo refiere tanto la falsedad en documento privado a la hora de contemplar el perjuicio, que lo refiere tanto la falsedad en documento privado [...] como la estafa [...].

### 10. STS DE 18 DE OCTUBRE DE 1998<sup>171</sup>:

Tal apreciación diferencial se remarca con la fijada por la Sentencia de esta Sala de 8 marzo 1984<sup>172</sup>: “contrariamente a lo que sucede en el delito de estafa, en el que el elemento del engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal, ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa, motivando por error la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente, pero a causa de dicho engaño, en el delito de apropiación indebida tal engaño no resulta necesario y de existir aparece como subsiguiente a la entrega, ya que el propietario de ésta confía su posesión al apropiante por su libre voluntad y consentimiento no viciado, o sea legítimamente, aunque no la propiedad de la misma, que se reserva, con la obligación de emplearla en un fin determinado y luego devolverla, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad, convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado

---

<sup>168</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 661/1995, 18 de mayo de 1995 (RJ 1995\4499).

<sup>169</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), recurso núm. 364/1990, 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7400).

<sup>170</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 398/2009, 11 de abril de 2009 (RJ 2009/4840).

<sup>171</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 715/1996, 18 de octubre de 1996 (RJ 1996\7576).

<sup>172</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), 8 de marzo de 1984 (RJ 1984\1718).

en provecho propio, o de otras personas, por lo que el engaño, no puede reputarse como elemento constitutivo de este delito.

11. STS DE 12 DE MAYO DE 2000<sup>173</sup>:

[...] la esencia de la apropiación está en el ataque a la propiedad del dueño, [...] en tanto que el hurto ataca a la vez y de modo pleno ambas facultades dominicales (posesión y propiedad), de modo que bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el accipiens para tipificar el hecho como apropiación y no como hurto.

12. STS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008<sup>174</sup>:

[...] la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél [el sujeto pasivo], en su perjuicio y en provecho de del sujeto activo o de un tercero.

13. STS DE 26 DE FEBRERO DE 1998<sup>175</sup>:

[...] proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo. [...]. Nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado “tipo de infidelidad”, subsumible en el art. 252 del CP vigente como delito de apropiación indebida [...].

14. STS DE 29 DE JULIO DE 2002<sup>176</sup>:

[...] en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

---

<sup>173</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 844/2000, 12 de mayo de 2000 (RJ 2000\3162).

<sup>174</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 782/2008, 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7133).

<sup>175</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 224/1998, 26 de febrero de 1998 (RJ 1998\1196).

<sup>176</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 867/2002, 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357).