



# Universidad Zaragoza

## TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen elaborado por

**CRISTINA GUTIÉRREZ BORDEJÉ**

Con objeto de

**La posible acusación por los delitos de estafa, falsedad documental y administración desleal.**

Dirigido por

**BELÉN MAYO CALDERÓN**

FACULTAD DE DERECHO  
DICIEMBRE 2016

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

Abreviaturas \_\_\_\_\_ Pág. 2

I.- Introducción \_\_\_\_\_ Pág. 3

II.- Dictamen jurídico \_\_\_\_\_ Pág.4

A) ANTECEDENTES DE HECHO \_\_\_\_\_ Pág. 4

B) DELITO DE ESTAFA \_\_\_\_\_ Pág.8

A.1. Tipo objetivo

+Engaño Bastante

+Error

+Acto de disposición patrimonial

+Perjuicio patrimonial

+Relación de causalidad

A.2. Tipo subjetivo

+Dolo

+Ánimo de lucro

C) DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL \_\_\_\_\_ Pág.19

D) CONCURSO MEDIAL ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO \_\_\_\_\_ Pág. 24

E) LA NO CONCURRENCIA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL  
\_\_\_\_\_ Pág.24

III.- Conclusiones \_\_\_\_\_ Pág. 27

IV.- Normativa, jurisprudencia y bibliografía \_\_\_\_\_ Pág. 29

## ABREVIATURAS

**CIF**---- Código de Identificación Fiscal

**CP**----- Código Penal

**LEC** ---- Ley de Enjuiciamiento Civil

**LECr** ---- Ley de Enjuiciamiento Criminal

**MF** --- Ministerio Fiscal

**STS** --- Sentencia del Tribunal Supremo

**SS** ----- Siguietes

**TS** ---- Tribunal Supremo

# I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de evitar abordar este trabajo con el tratamiento que en su día habrían recibido los hechos reales, las fechas han sido modificadas para tratar el asunto aplicando la legislación que está vigente en el momento actual sobre los delitos mencionados en las líneas que preceden.

Para llevar a cabo este análisis, he constituido el trabajo en distintos bloques: en primer lugar se hace referencia al relato fáctico de los antecedentes de hecho; en segundo lugar aparece el bloque dedicado al dictamen jurídico propiamente dicho, en el que se analizan los distintos elementos, objetivos y subjetivos, de los distintos delitos, con el fin de determinar si concurren en el caso, siempre en relación con el interés del cliente y de acuerdo con la práctica deontológica exigida para la profesión de abogado; y, en último lugar, se dedica un apartado a las conclusiones.

## II.-DICTAMEN JURÍDICO

A requerimiento de la comunidad de propietarios TRASTEROS, se elabora el siguiente dictamen jurídico que tiene por objeto delimitar si es posible acusar al Sr. López de los delitos de estafa, falsedad documental y administración desleal.

### A) ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes de hecho se constituyen de la siguiente manera:

**PRIMERO.-** El cliente, la Comunidad de Propietarios “TRASTEROS”, quiso iniciar acciones legales frente a la entidad bancaria “BANCO” por eliminar la cuenta bancaria que ésta Comunidad de Propietarios tenía suscrita con la entidad y transferir el dinero a otra cuenta de propiedad ajena a la de la Comunidad TRASTEROS, sin la autorización pertinente.

**SEGUNDO.-** Para ello, se interpuso una denuncia ante la policía, quien remitió el atestado policial<sup>1</sup> al Juzgado. En dichas diligencias, la entidad BANCO aportó la documentación pertinente, donde apareció MANUEL LÓPEZ como responsable de las transferencias del dinero y la eliminación de la cuenta en la sucursal en la que históricamente realizaba sus gestiones la Comunidad de Propietarios “TRASTEROS.”

**TERCERO.-** Conociendo en ese momento el nombre de la persona que ordenó realizar los mencionados actos de disposición patrimonial, la Comunidad “TRASTEROS” requiere la asistencia para interponer una querrela<sup>2</sup> contra la persona de MANUEL LÓPEZ.

---

1 Álvarez Rodríguez, J.R. “*El atestado policial completo*” 3ª edición, Tecnos, colección Práctica Jurídica, 2013: El atestado policial es un documento del que se sirven los funcionarios de la Policía Judicial, que contiene todas las diligencias que se han llevado a cabo para la averiguación de los hechos presuntamente delictivos, prevención e investigación, y se especifican en él los resultados de dichas diligencias, que pueden constituir un indicio o un medio de prueba. Por ello el, atestado judicial puede ser el primer paso para iniciar un procedimiento penal. Se levanta directamente por la Policía al tener conocimiento directo de unos hechos que pueden ser constitutivos de delito, por denuncia de un particular o bien a consecuencia de las diligencias practicadas por el MF.

**CUARTO.-** La Comunidad de Propietarios “TRASTEROS” se encuentra situada en un inmueble sita en la C/ María Moliner 58 de Zaragoza y en el mismo inmueble existe otra comunidad de propietarios distinta, llamada “EDIFICIO”. Se trata, por tanto de dos comunidades diferentes, pero una parte de los propietarios de “EDIFICIO” lo son a su vez de “TRASTEROS”, formando una minoría del conjunto total de ésta última.

Pese a estar situadas en la misma dirección, la Comunidad TRASTEROS, como cualquier otra, fue constituida para poder defender los intereses de los propietarios de ésta y es por ello que ambas comunidades tienen diferentes CIF’s, Presidente de la comunidad distinto, administradores distintos, e incluso cuentas corrientes diferenciadas.

**QUINTO.-** En julio de 2015 la Comunidad de Propietarios EDIFICIO tenía como presidente a Susana Alonso y como administrador al querellado Manuel López,, mientras la comunidad de propietarios TRASTEROS era presidida por Alfonso Pérez y de la administración se encargaba la empresa ADMINISTRER.

**SEXTO.-** Los propietarios de la Comunidad TRASTEROS, con el objetivo de tener una cierta organización y administración de su comunidad, crearon una Comunidad de propietarios independiente de EDIFICIO y, como es habitual para ello, abrieron una cuenta corriente en la entidad bancaria BANCO para gestionar los fondos de ésta comunidad, en la cual consta como titular la propia “Comunidad de Propietarios TRASTEROS”.

En la mencionada cuenta, se ingresan las cuotas mensuales comunitarias de los miembros que la forman, se domicilia el pago de los gastos e igualmente sirve para depositar el fondo de reserva obligatorio de las comunidades<sup>3</sup>.

**SÉPTIMO.-**Concretamente, se abrió la cuenta corriente nº 0011-2323-45-6677089765 en la entidad BANCO en su sucursal de la C/ Fernando el Católico de Zaragoza.

---

2

Según los artículos 270 y ss LEcr, la querrela es la declaración que una persona efectúa por escrito para poner en conocimiento del Juez unos hechos que cree que presentan las características de delito. Con ella el querellante solicita la apertura de un procedimiento penal para investigar la comisión del delito, y al interponer la querrela, el querellante se constituirá como parte acusadora en el mismo.

Para abrir dicha cuenta fue suscrito un contrato de apertura con dicha entidad en el que aparecen como apoderados tres personas físicas: Jorge Sierra y Mario Alagón, ambos miembros de la empresa ADMINISTRER, que es quien en ese momento se ocupaba de la administración de la Comunidad, y Alfonso Pérez, presidente de la Comunidad en aquel momento.

La modalidad de disposición que tenía el contrato de apertura de la cuenta era de disposición conjunta<sup>4</sup>. Por tanto, para disponer del dinero de la cuenta es necesaria la firma conjunta de los administradores de ADMINISTRER y del Presidente de la Comunidad.

**OCTAVO.**-Tras varios ejercicios de la Comunidad se cambia el Presidente de la misma, quedando a cargo de PEDRO IBÁÑEZ pero se mantiene en el puesto de administrador la mercantil ADMINISTRER.

**NOVENO.**- El segundo presidente, el Sr. Ibáñez, fallece durante el transcurso de su cargo, por lo que queda al cargo del puesto su viuda Ana Cuartero, que es ratificada como presidenta de la Comunidad en Junta de 15 de abril de 2016. En el acta de esta junta aparece el cese de la mercantil ADMINISTRER como administrador de la comunidad de propietarios TRASTEROS.

---

3

Artículo 9 f) de la Ley de Propiedad Horizontal; *“Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca y, en su caso, para las obras de rehabilitación. El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 5 por ciento de su último presupuesto ordinario. Con cargo al fondo de reserva la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales.”*

4

Cualquier cuenta bancaria puede tener uno o varios titulares. En el caso de una cuenta de disposición conjunta los titulares necesitan de la aceptación del resto para realizar una disposición, por lo que para cualquier disposición del dinero de la cuenta es necesario la firma de todos los titulares.

La señora Cuartero se persona en la entidad bancaria BANCO en la sucursal en la que tenían abierta la cuenta (C/ Fernando el Católico), donde se encontraba por ello depositado el saldo de la Comunidad. En dicha sucursal la presidenta de la Comunidad es informada oralmente por el personal bancario de que la cuenta de la Comunidad había sido cancelada y de que alguien se había llevado los 6.000€ que había depositados en la libreta. Sin embargo, pese a ser la presidenta de la Comunidad, el personal del banco se niega a ofrecerle la información sobre quién se ha llevado el dinero y quién ha cancelado la cuenta porque no figura ella como apoderada en dicha cuenta.

**DÉCIMO.-** Ante la gravedad de este hecho, la Comunidad TRASTEROS convoca una Junta extraordinaria el día 20 de abril de 2016, en la cual todos los propietarios, por unanimidad, aprueban iniciar todas las actuaciones legales oportunas para averiguar quién es el responsable de la desaparición del dinero, puesto que ninguno tiene conocimiento de ello.

**UNDÉCIMO.-** Se interpuso demanda contra la entidad BANCO y se le requirió para que aportara toda la información disponible sobre la cuenta nº 0011-2323-45-6677089765 de la que es titular la Comunidad TRASTEROS.

Es en ese momento cuando sale a la luz que Manuel López llevó a cabo todas las operaciones de las que no informaron en un primer momento a la actual presidenta.

La entidad bancaria acreditó en su documentación que MANUEL LÓPEZ y ALFONSO PÉREZ acudieron a dicha sucursal el 5 de febrero de 2016 con el Acta de una Junta Extraordinaria supuestamente celebrada el 4 de febrero de 2016, que nunca se celebró, donde MANUEL LÓPEZ quedaba nombrado administrador de la Comunidad TRASTEROS, se le nombraba apoderado de la cuenta de dicha Comunidad y cesaba en su cargo a la mercantil ADMINISTRER, por lo que dejaban de ser apoderados de dicha cuenta por acuerdo de la Comunidad.

La citada Acta era el documento necesario que le daba el poder indispensable para poder comparecer en la sucursal, con el nombramiento de nuevo administrador y tener la firma necesaria para cancelar la cuenta y retirar el dinero.

**DUODÉCIMO.-** Ante las instrucciones que estos dan al banco, BANCO procede el 10 de febrero de 2016 a cancelar la cuenta y a traspasar el saldo íntegro a la

cuenta n° 6789-9876-11-2233445566, de la misma entidad BANCO pero en distinta sucursal, en la que también se aut nombra apoderado el Sr. López.

El señor Alfonso Pérez, que había estado hospitalizado durante un largo tiempo y desconocía quién era el administrador de la Comunidad TRASTEROS recibió la llamada del Sr. López, que se presentó a él como nuevo administrador de la Comunidad, mostrándole el Acta de la Junta. Por ello, el señor Alfonso Pérez, que no era Presidente de la Comunidad, pero continuaba figurando como apoderado, firmó en la entidad bancaria su renuncia a ser apoderado de la cuenta bancaria, con el pleno convencimiento de que el actual Presidente pasaría a ser el nuevo apoderado, si es que no lo era ya. Tan solo quiso olvidarse de problemas y dejar de ser apoderado de una cuenta bancaria de su Comunidad en la que ni si quiera era ya presidente.

Como se ha señalado, la Junta Extraordinaria de 4 de febrero de 2016 nunca se celebró, por lo que se trata de un Acta falsa, elemento indispensable para conseguir retirar el dinero de la cuenta, puesto que sin el Acta nunca se habría podido cancelar la cuenta ni retirar el dinero.

**DECIMOTERCERO.-** El 1 de junio de 2016, cuando los propietarios de la Comunidad TRASTEROS conocen este hecho, en la que todos confirman y reconocen que no se celebró tal Junta. Es reconocido incluso por propietarios cuya firma aparece en la Acta falsificada.

## **B) DELITO DE ESTAFA**

El delito de estafa se encuentra tipificado en los artículos 248 a 250 del Código Penal: El art. 248.1 señala lo siguiente: *“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”*

De la propia definición que queda establecida en el artículo 248.1 se deducen sus elementos típicos. Forman parte del tipo objetivo los siguientes elementos:

- 1) Engaño bastante.
- 2) Error en otra persona.
- 3) Que la persona engañada realice un acto de disposición.
- 4) Que haya un perjuicio propio o ajeno.

5) La relación de causalidad entre todos los citados elementos.

Por otra parte, los elementos del tipo subjetivo son el dolo (la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos citados) y el ánimo de lucro (finalidad de obtener una ventaja patrimonial a costa del correlativo perjuicio del sujeto pasivo). Por lo tanto, se constata la imposibilidad de realizar una estafa por imprudencia<sup>5,6,7</sup>

No sólo se deducen estos 5 elementos de la propia redacción del artículo 248 CP, sino que también quedan definidos y fijados por la doctrina del TS en sus Sentencias.

*“Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia son los siguientes: 1) La utilización de un engaño bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el*

---

5

*Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Universidad de Zaragoza 2012, Mayo Calderón, B. Lección 22 “Delito de Estafa”, Págs. 287 – 300.

6

*Derecho Penal, Parte General, Introducción, Teoría Jurídica del Delito/* Romeo Casabona, C, Sola, E, BoldovaPasamar, MA (coords), Ed. Comares, 2013.

7

Cerezo Mir, J. *“Curso de Derecho penal español, Parte General”*, tomo I, Introducción, 6.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

*mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).”<sup>8</sup>*

### **I.1. Engaño bastante**

Respecto al engaño, hay que aclarar que no es suficiente con que se haya llevado a cabo un engaño por parte de quien comete el delito, pues este debe ser “BASTANTE”. Para ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos ayuda a definir las líneas de cuándo se considera un engaño bastante.

En este sentido, el TS expone en varias Sentencias sus líneas de pensamiento sobre el citado concepto. En primer lugar<sup>9</sup> establece que: *“La jurisprudencia ha venido interpretando el término "bastante" como idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima”*. *“Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de*

---

8

*Sentencia del Tribunal Supremo nº 465/2012, de 1 de junio. Sala de lo Penal.*

9

STS de 13 de diciembre de 2005

*la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.”*

Esta misma línea es la que se explica en la Sentencia nombrada en la cita nº 8, que señala que para saber si un engaño es bastante se han de analizar todas las circunstancias que rodean a la persona, partiendo de la consideración de un hombre medio y con la entidad suficiente para distinguir ciertas conductas que le permitan percibir que está siendo engañado. Se considerará, por tanto, bastante cuando el engaño revista una entidad que lleve a una persona con estas características a mover su voluntad como consecuencia del error que produce en él ese engaño.

Por otra parte, la doctrina más reciente del TS exige, para determinar que el engaño es “bastante” y, por lo tanto, que la conducta es típica, que suponga la creación o un aumento de un peligro ilícito para el patrimonio del sujeto, en los términos que reclama la imputación objetiva<sup>10</sup>.

Por otra parte, el TS<sup>11</sup>, en un amplio estudio del elemento objetivo del engaño bastante en el delito de estafa, señala lo siguiente:

*“En el delito de estafa no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario [...] que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP, que ello tenga lugar mediante un engaño “bastante”. Por tanto, el contexto teórico adecuado para*

---

10

Línea que siguen las siguientes Sentencias: STS de 16 de julio de 1987, STS de 16 de febrero de 2007, y STS de 9 de mayo de 2007)

11

*Sentencia del Tribunal Supremo nº 135/2015 de 17 de febrero*

*resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.*

*Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere, además, verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.*

*[...]El juicio de probabilidad requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.*

*[...]Con todo, existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.*

En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.

Sin embargo, otro sector de la doctrina y la jurisprudencia matiza esta postura. En este sentido, la sentencia 162/2012, de 15 de marzo, citando a un autor destacado<sup>12</sup>,

---

12

Hace referencia al jurista Cándido Conde-Pumpido Tourón

señala que “*un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas*”, reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011, de 15 de julio, que señala, que “*la exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.*”

*[...]Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.*

*Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección”.*

Así pues, según este otro sector de la jurisprudencia, para considerar el engaño bastante es necesario analizar todas las circunstancias del hecho y de la víctima, pero no podemos dejar de considerar bastante el engaño en los casos en los que la víctima podría haber evitado el engaño con cierta diligencia y cuidado de sus cosas, puesto que la víctima actúa bajo la confianza de las relaciones y no por ello se le debe hacer culpable de ser engañada.

Pues bien, en el caso que es objeto de nuestro dictamen, es obvio que hay un engaño bastante, puesto que cualquier persona media podría haber sido engañada. Aun aplicando el criterio del sector de la jurisprudencia que exige que el engaño sea capaz de vencer los mecanismos de autoprotección del sujeto engañado que derivan de lo que es

usual en las relaciones comerciales, hay que afirmar que el engaño es bastante, puesto que en el ámbito bancario es usual realizar las operaciones con base en los documentos aportados por los clientes que no tienen apariencia de ser falsos, como ocurre en este caso cuando el banco hace la transferencia tras comprobar que el Sr. López es el presidente de la Comunidad, cuando este le presenta el acta de la Junta extraordinaria falsificada, en la que se le nombraba administrador de la Comunidad y apoderado de la cuenta bancaria de la Comunidad TRASTEROS.

Por otra parte, se trata de un administrador colegiado, por lo que sus actuaciones ya de por sí revisten cierta confianza, como profesional. Además, el Sr. López era desde hacía tiempo administrador de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO del mismo inmueble, por lo que el empleado del Banco fácilmente pudo pensar que se le había nombrado también administrador de la otra Comunidad del mismo inmueble (TRASTEROS):

Además, no podemos tampoco eliminar la tipicidad de la conducta aludiendo a la diligencia de la entidad bancaria, puesto que dispone de todas las Actas reales que la Comunidad TRASTEROS ha venido celebrando históricamente, por lo que, al recibir un nuevo Acta se basa en la confianza de la realidad de todas las Actas celebradas por esta Comunidad, como viene haciendo desde muchos años atrás. Por lo tanto, la entidad bancaria no incumple la responsabilidad de evitar ese engaño dada la confianza que operaba entre Comunidad TRASTEROS y BANCO desde mucho tiempo atrás. Por otra parte, la falsedad del documento convertía a la entidad en una víctima fácil de caer en dicho engaño, puesto que, como hemos señalado, en el ámbito bancario es normal no comprobar la falsedad del acta si ésta tiene apariencia de ser verdadera.

Así pues, en este caso no existe un engaño burdo o evidente, puesto que son hechos de importante gravedad. El Sr. López es un administrador colegiado legalmente que está faltando a los principios éticos de su profesión y está dando fe de hechos que nunca tuvieron lugar, falsifica un Acta, plasmando en ese documento falso la supuesta voluntad de toda una Comunidad de Propietarios de nombrarlo administrador apoderado de una cuenta bancaria, con la consecuente cesación en el cargo de los verdaderos administradores de la Comunidad, la mercantil ADMINISTRER. Por lo tanto, para nada tratamos con un engaño burdo o un engaño en que fuese obvia la mentira, sino todo lo contrario. Es un engaño muy grave, puesto que se utiliza la falsificación de un documento con apariencia de legalidad.

Además, no solo fue engañada la entidad bancaria, sino que también lo fue el Sr. Alfonso Pérez, que fue requerido para firmar los pertinentes documentos para dejar de ser apoderado de la cuenta. Se ve claro que el engaño fue “bastante” porque el Sr. López conocía las circunstancias del Sr. Pérez, que ya no era presidente de la Comunidad, y llevaba un tiempo hospitalizado por lo que no estaba al corriente de quien se hacía cargo de la administración de la comunidad de TRASTEROS, y por ello era fácil engañarle. El Sr. López se aprovechó de esa situación para mostrar el Acta falsa de la supuesta Junta de 04 de febrero de 2016 y le hizo creer que él era el nuevo administrador y que debía dejar de figurar Alfonso como apoderado para poder nombrar al nuevo presidente como apoderado. Se trata, por lo tanto, de un engaño muy bien trazado, puesto que se aprovechó de una situación en la que el Sr. López era consciente de que Alfonso Pérez ya no era presidente de dicha comunidad y de que por su difícil situación de salud, iba a dejar de ser apoderado de la cuenta bancaria de la Comunidad de TRASTEROS.

Queda por ello más que acreditado que ha habido un engaño y es un engaño bastante.

## **I.2. Error**

Como ha señalado la doctrina<sup>13</sup>, el error es el conocimiento viciado de la realidad y ha de ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de la disposición patrimonial.

Del mismo modo, señala el TS<sup>14</sup> que “*el delito de estafa en su forma clásica, se vertebra, en definitiva en un error de información que sufre la víctima, respecto de algún extremo relevante porque, precisamente por ese error, el mismo efectúa un acto de disposición del que resulta perjudicado*”<sup>15</sup>. “Además, el engaño ha de desencadenar el

---

13

Al respecto véase ROMEO CASABONA, en *Derecho penal. Parte especial*, pp. 362 y ss; MAYO CALDERÓN, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, p. 287.

14

Sentencia del Tribunal Supremo nº 288/2010 de 16 de marzo

*error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero”.*

El error ha de ser provocado precisamente por el engaño, es decir, no se dará el tipo del delito de estafa cuando el autor del hecho se aprovecha del error en que la víctima está inmerso, puesto que el error no sería consecuencia del engaño del autor<sup>16</sup>.

Pues bien, en el caso objeto del presente dictamen está claro que el error del empleado del banco está causado por la conducta engañosa del Sr. López y que es el motivo por el cual el engañado (el empleado del banco) realiza el acto de disposición patrimonial.

Para engañar al empleado de banco y provocar su error, previamente engaña al Sr. Pérez para que firme un documento en el que consta que deja de ser apoderado de la cuenta (el Sr. Pérez firma dicho documento creyendo firmemente que al firmar quedaría apoderado el actual presidente de la comunidad TRASTEROS) y falsifica el acta y, por mediante el uso de estos documentos, consigue engañar al empleado del banco, que, incurso en el error, realiza la disposición patrimonial.

### **I.3. Acto de disposición patrimonial**

El engañado, a consecuencia del error sufrido, debe realizar un acto de disposición patrimonial.

El acto de disposición queda definido por la doctrina del TS como toda acción u omisión a través de la cual se desplace el patrimonio, bien sea por una transferencia, una enajenación de alguna cosa o la prestación de un servicio<sup>17</sup>.

---

15

Sentencia del Tribunal Supremo nº 251/2009 de 5 de marzo.

16

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1985

Como ha señalado la doctrina<sup>18</sup>, el disponente tiene que ser la misma persona engañada. Es decir, el acto de disposición debe realizarse por el engañado, como ocurre en el caso objeto de estudio.

Como es obvio, ha habido un acto de disposición que consiste en que la entidad bancaria BANCO ha realizado un movimiento del patrimonio de la cuenta de la Comunidad, ha cancelado una cuenta y ha entregado el dinero al Sr. López, dejando a cero el saldo de la Comunidad TRASTEROS, donde se encontraba el dinero que ésta tenía, procedente de las cuotas mensuales de los propietarios y del fondo de reserva obligatorio. Este acto de disposición que ha llevado a cabo la entidad bancaria ha sido consecuencia directa del error producido por la conducta engañosa del Sr. López. Es necesario ser apoderado de la cuenta y tener el consentimiento del resto de apoderados para poder disponer de esa cuenta, y de eso se ha encargado el Sr. López, pues ha llevado a engaño al banco y al Sr. Pérez y ha dispuesto todo lo necesario para conseguir ese acto de disposición.

#### **I.4. Perjuicio patrimonial**

El acto de disposición que lleva a cabo el engañado, debe causar un perjuicio en el patrimonio propio o ajeno. Así como el disponente debe ser la misma persona que es engañada e incurre en el error, el perjudicado puede ser otra persona distinta al disponente<sup>19</sup>. En este sentido, señala el TS<sup>20</sup> que *“el perjuicio que tal acto de disposición provoca puede recaer en el propio disponente (sujeto pasivo de la acción y del delito) o en un tercero (sujeto pasivo del delito)”*.

17

STS 577/2002 de 8 de marzo

18

Al respecto véase ROMEO CASABONA, en *Derecho penal. Parte especial*, pp. 364; MAYO CALDERÓN, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, p. 287.

19

Así lo señala la doctrina. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, p. 288.

Pues bien, esto es lo que ocurre en el caso objeto de este dictamen. El engañado que incurre en el error y realiza la disposición patrimonial es el empleado del banco, pero la perjudicada es la Comunidad de Propietarios TRASTEROS.

Por otra parte, en este caso no hay ningún problema en relación con la constatación del perjuicio patrimonial, cualquiera que sea el concepto de patrimonio que se mantenga<sup>21</sup>, puesto que cuando existe una disminución patrimonial tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen, de manera unánime, la existencia de un perjuicio patrimonial.

Por último, la cuantía del perjuicio patrimonial es relevante para determinar si se aplica el tipo básico o el tipo agravado, así como para la concreción de la pena<sup>22</sup>.

## I. 5. La relación de causalidad

Como señala la doctrina<sup>23</sup>, para que exista el delito de estafa no basta que aparezcan los elementos del tipo objetivo citados, sino que es necesario que hallen unidos entre sí en la relación de causalidad descrita en el art. 248.1 CP. Como se ha señalado en los apartados precedentes, en el caso objeto de estudio, sin duda concurre este elemento, puesto que el engaño bastante que realiza e Sr. López provoca el error del

---

20

STS 137/2007 de 16 de febrero

21

Sobre los distintos conceptos de patrimonio véase MAYO CALDERÓN, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, p. 239.

22

Artículo 249 del Código Penal “*Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*”

23

Romeo Casabona, *Derecho penal. Parte especial*, p. 364.

empleado del Banco y este, en virtud del error que padece, realiza un acto de disposición patrimonial (deja la cuenta sin saldo, entregándoselo al Sr. López) y, a consecuencia del acto de la disposición patrimonial se produce un perjuicio patrimonial para la comunidad Trasteros.

## **I.6. Dolo**

En el caso objeto de estudio, el Sr. López actúa, sin duda, con dolo, puesto que es consciente y tiene la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es decir, de realizar un conducta engañosa (elabora el acta falsa) con la que pretende hacer incurrir en error al empleado del banco y, de esta manera, conseguir que realice la disposición patrimonial (la transferencia bancaria), que va a perjudicar a la comunidad de propietarios.

Por otra parte, en este caso el dolo simultáneo a la realización de la acción típica, por lo que no hay ninguna duda de que la conducta es constitutiva de un ilícito penal y no de un ilícito civil. En este sentido, el TS se ha pronunciado de manera reiterada. Por ejemplo, en la STS 393/1996 de 8 de mayo, la Sala Segunda de lo *Penal señala lo siguiente*: *“En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa.”* *“En efecto, el delito de estafa presupone que el autor haya querido obtener un beneficio antijurídico, es decir que no le correspondía en derecho. Este especial elemento subjetivo de la autoría o, en una terminología más tradicional, del tipo, es incompatible con un comportamiento no doloso. Solo si el autor ha obrado con conocimiento del engaño es posible que haya tenido conciencia de que el enriquecimiento perseguido era antijurídico.*

## I.7. El ánimo de lucro

El ánimo de lucro ha sido definido por el TS en numerosas sentencias<sup>24</sup>, en las que ha concretado el ánimo de lucro como *“cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta, siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser preciso un lucro propio, bastando que sea para beneficiar a un tercero, que referida a un delito de estafa precisa que no requiere que el autor persiga su propio beneficio y definitivo enriquecimiento”*<sup>25</sup>.

Asimismo, señala el TS<sup>26</sup> que *“el ánimo de lucro, estado psicológico y por tanto interno, se presume en todos los delitos contra la propiedad mientras no existan circunstancias que lleven a comprobar su inexistencia; ánimo que no consiste sólo en un beneficio monetario, sino en cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguidos por el agente incluso los meramente contemplativos, o con fines benéficos”*.

Siguiendo la línea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es obvia la existencia del ánimo de lucro en la actitud del Sr. López, pues no cabe otra motivación en esta acción que el ánimo de enriquecerse perjudicando a la Comunidad de Propietarios.

---

24

(SSTS 722/99 de 6 de mayo [RJ 1999, 4963], 523/98 de 24 de marzo [RJ 1999, 1848], SSTS 629/2002 de 13 de marzo, 287/2000 de 20 de febrero, 577/2002 de 8 de marzo, 238/2003 de 12 de febrero [RJ 2003, 1160], 348/2003 de 12 de marzo [RJ 2003, 2658].

25

STS nº 416/2007 de 23 de mayo. Sala de lo Penal, sección 1ª

26

STS de 28 de septiembre de 1982. Sala de lo Criminal

## C) DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

La conducta realizada por el Sr. López, relativa a la falsificación del acta de la junta extraordinaria de la comunidad de propietarios TRASTEROS es constitutiva de un delito de falsedad en documento privado del artículo 395 CP en relación con el artículo 390.1.2º: “*Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”.

El art. 395 CP señala lo siguiente: “ *El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

Nuestro Código Penal define el concepto de “documento”<sup>27</sup>, pero no establece una definición expresa de qué debemos entender por falsedad, sino que se limita a enumerar una serie de conductas que integran y constituyen la acción típica del delito de falsedad documental<sup>28</sup>, pero no da un concepto general de lo que se debe entender por falsedad. Esto nos lleva a cotejar la falsedad frente a la misma verdad; se tipifica el delito de tal manera que el concepto de falsedad queda excesivamente amplio, por lo que el único elemento que define la falsedad, es la contradicción de la verdad<sup>29</sup>. Pero no por ello debemos considerar delito todo aquello que sea distinto de la verdad, pues el bien jurídico protegido por este delito no es la “verdad”, por lo que es importante tener claro cuál es la correcta interpretación del delito que tratamos. El bien jurídico que trata

---

27

Artículo 26 del Código Penal: “*A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.*”

28

Artículo 390 Código Penal: *1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

de proteger la norma no es otro sino las funciones que realiza el documento en el tráfico jurídico. En la misma línea, no podemos declarar que el modo de ataque sea lo único que define la falsedad documental, sino la acción de atentar contra las funciones del documento<sup>30</sup>.

Es importante destacar la definición de documento que da el Código, puesto que no es jurídicamente relevante cualquier tipo de papel, sino que para ser objeto de la protección del Derecho Penal, el documento ha de tener un valor probatorio o cierta relevancia jurídica. Además, el vigente Código Penal recoge dos posibles opciones de falsedad documental: cabe la falsedad en documento público, y la falsedad en documento privado. Los documentos públicos son aquellos que son autorizados o elaborados por un Notario o funcionario, es decir, empleado público, y quedan detallados en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>31</sup>. Por el contrario, entenderemos como documento privado aquel que no tenga la consideración de documento público<sup>32</sup>.

---

29

Calle Rodríguez. MV, *“La falsedad documental inocua en la jurisprudencia española”*; El delito de falsedad documental, consideraciones generales.

30

Villacampa Estiarte, C. *“La falsedad documental: Análisis Jurídico-Penal”*; El bien jurídico protegido en la falsedad documental. Pág.8

31

Artículo 317 LEC: *“A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.”*

32

Al respecto véase, Irene Navarro, en Derecho penal. Parte especial, p. 659.

Como se ha mencionado en los párrafos precedentes, no es el simple hecho de cambiar o transformar la verdad lo que va a tener trascendencia en la esfera penal, porque la mera actividad de modificar la verdad no es un delito en sí mismo cuando nos referimos a los documentos privados, que son nuestro objeto de interés en este caso, sino que generalmente, la falsificación de un documento privado es el medio que se usa para la consecución de otro ilícito penal, y es por ello que hay que atender a la finalidad de esa falsedad, y será castigada cuando el fin de la falsedad documental sea causar un perjuicio en otro<sup>33</sup>

En el asunto que tratamos, el documento adquiere la consideración de privado en la medida en que se enmarca en el ámbito exclusivamente particular de su autor y de las personas que supuestamente lo firmaron y nunca formó parte del libro de Actas de esa Comunidad, ni fue legalizado por un funcionario público ni incorporado a un expediente de esa índole.

Se trata de un documento privado, que falta a la verdad, en tanto que la Junta que el Acta refleja no fue nunca celebrada. El Sr. López materializó la mentira plasmando en dicho documento ciertos acuerdos, como nombrarse administrador de la Comunidad y apoderado de la cuenta de ésta, que por supuesto faltan a la verdad porque repito, nunca se celebró tal Junta.

Puesto que nos encontramos ante un delito de medios determinados, es necesario determinar ante qué modalidad típica nos encontramos: en este caso, como hemos señalado, la conducta encaja en la modalidad tipificada en el art. 390.1.2ª.

---

33

STS 626/2007, de 5 de julio: “No toda falsedad es equiparable a la mentira, pues la falsedad, como concepto normativo que es, además de una mentira, entendida como relato incompatible con la verdad, debe afectar a un objeto de protección relevante, al que nuestra jurisprudencia se ha referido con las expresiones de función constitutiva y de prueba de relaciones jurídicas”. STS 28 de enero 1974: “Se requiere como indispensable la presencia del presupuesto objetivo de originar daño real en la vida del Derecho, al menos potencialmente, por poseer aptitud para causar un perjuicio que se identifique con la antijuricidad de la acción”. STS 8 de octubre de 1975: “La esencial trascendente y no meramente accidental o inocua, que se produce remedando para engañar y lesionar, con daño real o potencial, el tráfico jurídico protegido, lo que siempre es presumible, haciendo que la mentira, no siempre incriminable, entre en el campo penal por acogerla sus tipicidades falsarias”

Asimismo, se requiere determinar si concurre el elemento subjetivo, el dolo, que estará constituido por la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos, y el elemento subjetivo de lo injusto consistente en la finalidad de perjudicar a un tercero.

La falsedad en documento privado se compone, por un lado, del elemento objetivo que es, falsificar un documento faltando a la verdad, y por otro lado, el elemento subjetivo, el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de saber que se está faltando a la verdad con la falsificación y querer usarlo en perjuicio de otro. Así lo ha establecido el TS en sus Sentencias, fijando lo siguiente: *“En cuanto a los elementos integrantes del delito de falsedad, esta Sala tiene establecido en reiteradas resoluciones<sup>34</sup> los siguientes:*

*a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. Penal.*

*b) Que dicha "mutatio veritatis" o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva.*

*c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad<sup>35</sup>.*

En este caso es obvio el dolo falsario del Sr. López, puesto que actuó con plena conciencia y voluntad de realizar la falsedad.

---

34

SSTS 279/2010, de 22 de marzo; 888/2010, de 27 octubre; y 312/2011, de 29 de abril, entre otras.

35

STS de 12 de abril de 2012.

Por último, concurre la finalidad de perjudicar a otro: la Comunidad de Propietarios. El Sr. López elabora un documento falso en el que se nombra administrador de una comunidad y apoderado de la cuenta bancaria de ésta con la finalidad clara de obtener un beneficio económico a costa del perjuicio de la comunidad de propietarios.

## **D) EL CONCURSO MEDIAL ENTRE EL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y LA ESTAFA**

Entre el delito de estafa y el delito de falsedad en documento privado existe una relación de concurso medial, puesto que el delito de falsedad es el medio utilizado por el autor (el Sr. López) para cometer la estafa. Por lo tanto, la pena que solicite la acusación deberá calcularse de acuerdo a lo establecido por la nueva regla introducida por la reforma que llevó a cabo la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el art. 77.3 CP, que deberá interpretarse de acuerdo a los criterios señalados por la *Circular 4/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la nueva regla penológica para el concurso medial de delitos*. La citada regla señala lo siguiente: “Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66. En todo caso la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

Por lo tanto, si la acusación, dadas las circunstancias del caso concreto<sup>36</sup>, solicitara la pena máxima por el delito de falsedad en documento privado del art. 392.2 CP, es decir, dos años (el citado delito está castigado con pena de prisión de seis meses a dos años) y también la pena máxima por el delito de estafa del art. 249 CP, es decir, tres años (el citado delito está castigado con pena de prisión de 6 meses a tres años), por el concurso real entre ambos delitos debería solicitar una pena que estuviera incluida en el marco penal que va de 3 años y 1 día a 5 años.

---

36

Según el art. 249 CP: “Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

## E) LA INEXISTENCIA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Una de las novedades que ha introducido la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha sido la introducción de un tipo genérico de administración desleal, diferenciándolo del delito de apropiación indebida.

Hasta este momento existía en nuestro CP un delito societario de administración desleal tipificado en el art. 295, que ahora ha sido derogado.

Sin embargo, una parte de la doctrina<sup>37</sup> y la jurisprudencia<sup>38</sup> defendía ya antes de la introducción de este tipo delictivo, que en el anterior art. 252 se contenían dos tipos delictivos de distinta naturaleza: el tradicional delito de apropiación indebida y un delito de administración fraudulenta genérico. Asimismo, este sector de la doctrina<sup>39</sup> proponía, *de lege ferenda*, que estos dos tipos delictivos, que tienen un contenido de injusto muy diferente<sup>40</sup>, fueran regulados en artículos diferentes, como ahora ha hecho el legislador mediante la citada LO 1/015, de reforma del Código penal.

Como señala Mayo Calderón<sup>41</sup>, el administrador tiene, lícitamente, concedidas las mismas facultades de disposición que el propietario, por lo que no necesita realizar un acto de incorporación del bien a su patrimonio, como ocurre en la apropiación indebida. En la administración desleal el comportamiento que perjudica al patrimonio se

37

Esta tesis fue sostenida por MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. pp. 275 y ss.

38

Sobre la citada jurisprudencia véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. pp. 275 y ss.

39

MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. pp. 275 y ss.

40

Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. p. 298.

lleva a cabo mediante el abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el sujeto activo. El administrador tiene así el más absoluto dominio sobre el bien jurídico “patrimonio” porque puede perjudicarlo “desde dentro”, es decir, puede perjudicarlo utilizando las mismas facultades de disposición que tiene el propietario, lo que determina que la víctima se encuentre en una posición de especial indefensión. Por el contrario, en la apropiación indebida el sujeto que tiene la posesión lícita de la cosa la convierte en una propiedad ilícita, puesto que ejerce las facultades de disposición que corresponden al propietario, siendo únicamente poseedor.

Como ha señalado la exposición de motivos de la citada LO<sup>42</sup>, el motivo de dicho cambio es que la administración desleal es un delito que puede cometer cualquier persona que administre un patrimonio ajeno, no solo el patrimonio de sociedades mercantiles, por lo que la víctima del delito puede ser cualquier persona, bien sea física o jurídica.

El nuevo delito de administración desleal genérico aparece tipificado ahora en el 252 del Código Penal<sup>43</sup>, que castiga con las mismas penas establecidas para la estafa “*a los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*”.

El bien jurídico que se trata de proteger es el patrimonio ajeno, bien sea de persona física o jurídica.

---

41

MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, p. pp. 294 y ss.

42

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

43

El delito de apropiación indebida, que antes de la reforma se encontraba tipificado en el art. 252 CP, aparece ahora tipificado en el art. 253 CP.

Mediante la sanción de esta conducta lo que se pretende es amparar el patrimonio ajeno, así como tratar de garantizar que el administrador va a realizar su cargo con el mayor interés para su administrado<sup>44</sup>.

Como ha señalado la doctrina<sup>45</sup> y la jurisprudencia<sup>46</sup>, esta reforma ha tratado de diferenciar dos delitos que siempre han ido unidos, como son la propia administración desleal y la apropiación indebida; así, se delimita con mayor precisión el ámbito de cada uno de ellos, de manera que, el que incorpora a su patrimonio o ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que le ha sido dada con obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida, mientras que, la administración desleal está relacionada con quien tiene atribuidas una serie de facultades, como administrador, tales como disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, y que no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

El TS<sup>38</sup> ha señalado que *“la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con animus rem sibi habendi y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad”*.

---

44

Remón Peñalver, Enrique. (Fiscal): *“Administración Desleal y Apropiación Indebida tras la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo”*

45

“El nuevo delito de la administración desleal. Análisis del tipo objetivo”. De Porres Ortiz de Urbina, Eduardo; Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid. Artículo en Lefevre – El Derecho.com

46

TS número 435/2016, de 20 de mayo

Pues bien, en el caso objeto de estudio la conducta realizada por el Sr. López no es constitutiva de un delito de administración desleal por el mero hecho de que no es administrador de la comunidad de propietarios TRASTEROS. El delito de administración desleal es un delito especial del que no puede ser autor cualquier persona, sino que para ser autor se requiere ser administrador del patrimonio ajeno que se perjudica<sup>47</sup> y el Sr. López no es administrador ni de derecho ni de hecho de la comunidad de propietarios TRASTEROS.

El Código Penal exige tres requisitos para el delito de administración desleal:

- 1.- Tener facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno.
- 2.- Excederse en el ejercicio de las mismas.
- 3.- Causar un perjuicio en el patrimonio administrado.

Si bien es cierto que el Sr. López ha causado un perjuicio en el patrimonio de la Comunidad TRASTEROS, no tiene atribuidas las facultades para disponer del patrimonio de la comunidad TRASTEROS. Es administrador de la comunidad EDIFICIO, pero no de la comunidad TRASTEROS.

Lo que hace es utilizar su cualidad de administrador de la comunidad TRASTEROS para elaborar el engaño constitutivo de la estafa, pero no realiza una conducta constitutiva del delito de administración desleal. El Sr. López falsificó el Acta de la Junta en la que se nombraba Administrador de la C.P TRASTEROS, pero no era administrador, ni de hecho ni de derecho de la citada comunidad.

El Sr. López ha realizado actos de disposición patrimonial, acudió a la entidad bancaria BANCO y ha cancela su cuenta, pero no tenía ningún tipo de poder atribuido por la comunidad TRASTEROS para manejar ni administrar su patrimonio y mucho menos para cancelar su cuenta y retirar la totalidad del dinero, pues no era administrador, ni de hecho, ni de derecho.

---

47

Mayo Calderón, Belén: *“La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: Estudio del artículo 295 del Código Penal Español y Propuesta de Legeferenda”*. Ed. Comares, 2005

El Sr. López solo podría haber cometido un delito de administración desleal si, con abuso de sus facultades de disposición, hubiera perjudicado a la comunidad EDIFICIO, de la que sí era el administrador.

### **III. CONCLUSIONES**

A modo de resumen, como conclusiones finales, voy a destacar las ideas principales desarrolladas en este dictamen acerca de la calificación jurídica de los hechos relatados.

PRIMERA.- El Sr. López es autor de un delito de estafa del artículo 248 del Código Penal en concurso medial con un delito de falsedad documental del 395, en relación con el art. 390.1.2º CP.

SEGUNDA.- Respecto al delito de estafa queda ampliamente demostrado que concurren todos los elementos del tipo penal. El Sr. López lleva a cabo toda una elaborada trama de engaño, que determina que nos encontremos antes un “engaño bastante”. A través de la falsificación de un documento (el acta de una junta extraordinaria de la comunidad TRASTEROS, en la que se le nombraba administrador de dicha comunidad) y del engaño al Sr. Pérez, que figuraba como apoderado de la cuenta y renuncia a serlo, consigue engañar al empleado del banco, que, incurso en un error, realiza una disposición patrimonial (la cancelación de la cuenta de la comunidad y la retirada del saldo existente –6000 euros–) que perjudica a la comunidad TRASTEROS. Existe, por tanto, relación de causalidad entre los citados elementos objetivos (engaño bastante, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio patrimonial).

TERCERA. El engaño es “bastante” porque su conducta podría haber llevado a error a cualquier persona media. El Sr. López se aprovecha de la credibilidad que tenía en la entidad bancaria, puesto que era administrador de la otra comunidad (EDIFICIO) que existía en el mismo inmueble. Ello da lugar a que, cuando se presenta como

administrador de la comunidad, acreditándolo con un acta falsa, al empleado del banco no le parezca extraño. Además, hay que tener en cuenta que también había conseguido que el Sr. Pérez, que figuraba como apoderado de la cuenta, renunciara a serlo (el Sr. Pérez también se fía de su credibilidad, por ser administrador de la comunidad EDIFICIO). De esta manera, para el empleado de la entidad bancaria lo que dice el Sr. López tiene apariencia de verdad y, por ello, cae en el error que le lleva a realizar la disposición patrimonial que perjudica a la comunidad EDIFICIO.

CUARTA. Para que concurra el delito de estafa el engañado tiene que ser la misma persona que realiza la disposición patrimonial, pero el que realiza la disposición patrimonial no tiene por qué ser el perjudicado, puede serlo un tercero. Así ocurre en el caso objeto de estudio. El engañado y disponente es el empleado del banco, pero la perjudicada es la comunidad de propietarios TRASTEROS.

QUINTA. Además de los elementos objetivos del tipo, concurren los elementos del tipo subjetivo: el dolo y el ánimo de lucro.

Concurre el dolo porque el Sr. López tiene conciencia y voluntad de realizar los citados elementos objetivos. Además, el dolo es simultáneo a la realización de la acción típica. No se trata de un “dolo subsequens”, que determinaría la exclusión del tipo penal.

Por otra parte, el Sr. López actúa con una clara intención de aumentar su patrimonio, perjudicando el de la comunidad TRASTEROS, por lo que, sin duda, actúa con ánimo de lucro.

SEXTA.- La conducta relativa a la elaboración de un acta falsa de una junta de la comunidad TRASTEROS que nunca se celebró, en la que aparece como administrador de la citada comunidad y apoderado de su cuenta bancaria, es constitutiva de un delito de falsedad en documento privado del art. 392 CP, en relación con el art. 390.1.2º CP, puesto que el acta de una comunidad de propietarios, tal y como está definido en la LEC, un documento público.

Además, concurre el dolo (la conciencia y voluntad de simular un documento que induce a error sobre su autenticidad) y la finalidad de perjudicar a otro. En la falsedad de documento privado del artículo 395 CP, a diferencia de la falsedad en documento

público o mercantil, es esencial el citado elemento subjetivo de lo injusto, que en este caso, sin duda, concurre.

SÉPTIMA.- Entre el delito de estafa y el delito de falsedad en documento privado existe una relación de concurso medial, puesto que el delito de falsedad es el medio utilizado por el autor (el Sr. López) para cometer la estafa. Por lo tanto, según establece el art. 77.3 CP deberá imponerse una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.

OCTAVA.- La conducta realizada por el Sr. López no es constitutiva de un delito de administración desleal del art. 252 CP, puesto que el Sr. López no es administrador de la comunidad TRASTEROS y, por tanto, no tiene atribuida la facultad de disposición del patrimonio de la citada comunidad, requisito esencial de éste tipo delictivo.

El Sr. López es administrador de la comunidad EDIFICIO y lo que hace es utilizar esa cualidad para elaborar el engaño bastante constitutivo del delito de estafa.

## **IV. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA**

### **NORMATIVA**

- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 49/1960 de 21 de julio, de Propiedad Horizontal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

### **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia del Tribunal Supremo 465/2012, de 1 de junio.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo 135/2015, de 17 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo 251/2009, de 5 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 288/2010, de 16 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1985.
- Sentencia del Tribunal Supremo 577/2002, de 8 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 137/2007, de 16 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 393/1996 de 8 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 722/1999, de 6 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 523/98, de 24 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 629/2002, de 13 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 287/2000, de 20 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 577/2002, de 8 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 238/2003, de 12 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 348/2003, de 12 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 416/2007, de 23 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 368/2000, de 10 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1982.
- Sentencia del Tribunal Supremo 626/2007, de 5 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 79/2010, de 22 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 435/2016, de 20 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 435/2016, de 20 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 888/2010, de 27 octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 435/2016, de 20 de mayo

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Álvarez Rodríguez, J.R. “*El atestado policial completo*” 3ª edición, Tecnos, colección Práctica Jurídica, 2013.
- Calle Rodríguez. MV, “*La falsedad documental inocua en la jurisprudencia española*”; El delito de falsedad documental, consideraciones generales.
- Cerezo Mir, J. “*Curso de Derecho penal español, Parte General*”, tomo I, Introducción, 6.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- De Porres Ortiz de Urbina, Eduardo, “El nuevo delito de la administración desleal. Análisis del tipo objetivo” en El Derecho.com.

- Mayo Calderón, B., “Lección 17. Delitos contra el patrimonio” y “Lección 22. Delito de Estafa”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Universidad de Zaragoza, 2012, Depósito legal Z-131-2013.
- Mayo Calderón, Belén: “*La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: Estudio del artículo 295 del Código Penal Español y Propuesta de Legeferenda*”, Comares, Granada, 2005.
- Navarro Frías, I., “Delitos de falsedades”, en Romeo Casabona, C., en Romeo Casabona, C, Sola, E, Boldova Pasamar, MA (coordinadores), *Derecho Penal, Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, pp. 650 y ss.
- Remón Peñalver, Enrique, “*Administración Desleal y Apropiación Indevida tras la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo*”.
- Romeo Casabona, C., en Romeo Casabona, C, Sola, E, Boldova Pasamar, MA (coordinadores), *Derecho Penal, Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.
- Romeo Casabona, C, Sola, E, Boldova Pasamar, MA (coordinadores), *Derecho Penal, Parte General, Introducción, Teoría Jurídica del Delito*, Comares, Granada, 2013.
- Villacampa Estiarte, C. “*La falsedad documental: Análisis Jurídico-Penal*”; El bien jurídico protegido en la falsedad documental.