



Roj: **SAP IB 2794/2000 - ECLI: ES:APIB:2000:2794**

Id Cendoj: **07040370022000100225**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **30/09/2000**

Nº de Recurso: **1/2000**

Nº de Resolución: **116/2000**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **EDUARDO CALDERON SUSIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00116/2000

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEGUNDA

PALMA DE MALLORCA

Rollo de Sala número 1 /2000

Órgano Procedencia: JDO. 1ª INST. E INSTRUCCION N. 1 de MAHON

Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº 33/1998

SENTENCIA NÚMERO 116/2000

ILMOS. SRES.

Presidente:

DON JUAN CATANY MUT.

Magistrados:

DON SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

DON EDUARDO CALDERÓN SUSÍN.

En la Ciudad de Palma de Mallorca, a treinta de septiembre del año dos mil.

VISTA ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial la presente causa, Rollo de Sala número 1/2000, dimanante del Procedimiento Abreviado número 33/98, seguido en el Juzgado de Instrucción número uno de los de Mahón (Balears), por los delitos de apropiación indebida, de estafa y de falsedad documental, contra el acusado Juan Enrique, nacido el día 20 de noviembre de 1964, con DNI número NUM000, hijo de Francisco y de Dolores, natural de Valladolid; sin antecedentes penales; privado de libertad por razón de esta causa el día 3 de octubre de 1997; representado por la Procuradora D^a. Carmen Florit Benedetti y defendido por D^a. María Inés; siendo partes como Acusación Particular, **Cobega S.A.**, entidad representada por la Procuradora D^a. Ana María Hernández Soler y defendida por D. Jose Luis Navas, y el Ministerio Fiscal, ejercitando la acción pública y representado por la Ilma. Sra. D^a. Yolanda Domínguez Blasco.

Ha sido Ponente, que expresa el parecer de este Tribunal, el Ilmo. Sr. D. EDUARDO CALDERÓN SUSÍN.

I. ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, comprendido y penado en el artículo 252, en relación con los artículos 248, 249 (3 y 6) y 74 del Código Penal , y de otro delito continuado de falsedad documental del artículo 392, en relación con los artículos 390 (1 y 3) y 74 del Código Penal , estimando como responsable de ambos delitos, en concepto de autor, el acusado Juan Enrique , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que pidió se le impusiera, por el delito de estafa, la pena de seis años de prisión y doce meses de multa, a razón de dos mil pesetas diarias, y, por el de falsedad, la de tres años de prisión y multa de doce meses, a razón de dos mil pesetas diarias; accesorias correspondientes y las costas; y que en concepto de indemnización satisfaga a la empresa **Cobega S.A.** la suma que haya resultado de la tasación pericial contable sobre el total perjuicio causado.

SEGUNDO.- La Acusación Particular, en igual trámite, calificó los hechos objeto de esta causa como integrantes de los siguientes delitos:

- a Estafa del artículo 248 del Código Penal .
- b Apropiación indebida del artículo 252 del dicho Código .
- c Falsedad en documento mercantil del artículo 392 del Código Penal .

De todos ellos consideró autor responsable al acusado Juan Enrique , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se le impusiera, por la estafa, la pena de cuatro años de prisión, por la apropiación indebida, la de cuatro años de prisión, y por la falsedad, la de tres años de prisión; accesorias, costas y que indemnice a **Cobega S.A.** en la cantidad de 35.000.000 de pesetas.

TERCERO.- La Defensa del acusado, en igual trámite, interesó la libre absolución de su patrocinado, negando los hechos que se le imputaban.

CUARTO.- En la presente causa ha sido preciso ampliar el plazo para dictar sentencia debido, además de al volumen de trabajo y el desplazamiento de la Sala, al permiso por asuntos propios disfrutado por el Magistrado Ponente.

II. HECHOS PROBADOS

Se declara probado que el acusado Juan Enrique , mayor de edad (nacido el día 20 de noviembre de 1964) y sin antecedentes penales, ocupaba desde marzo de 1994 el cargo de Jefe de la Delegación de Inca S.A. en la isla de Menorca, empresa dedicada a la distribución de los productos Coca Cola, siguiendo en el mismo cargo cuando, en la misma actividad, Inca S.A., tras una reestructuración de su accionariado, fue sucedida por **Cobega S.A.**

A lo largo de su gestión en Menorca, que se prolongó hasta septiembre del año 1997 (justo hasta cuando se descubrieron las irregularidades que dieron origen a esta causa), y sin que se puedan precisar fechas y clientes, fue suministrando productos de la empresa a espaldas y sin conocimiento de ésta, quedándose para sí lo que cobraba, bien de clientes no determinados, bien de otros que parte de lo suministrado se lo pagaban personalmente, sin ingresarlo o entregarlo el acusado a la empresa **Cobega S.A** (o Inca S.A.); de esta manera hizo suyos no menos de veinte millones de pesetas.

Para cubrir los desfases entre las existencias que llegaban al almacén de Menorca y lo que se ingresaba como producto de las ventas de tales existencias, y a fin de que no se descubriera el que había suministrado o vendido por su cuenta parte de aquéllas, utilizó varios mecanismos o procedimientos, básicamente, bien el de librar cheques y pagarés que se suponían entregados por clientes, pero que estaban girados contra cuentas del acusado (o en la que tenía abierta a instancia o petición suya junto con algún cliente) y que no eran atendidos cuando se presentaban al cobro (lo que pudo repetir en varias ocasiones, ya que el funcionamiento de la empresa al respecto era el de recibir en Palma esos efectos y devolvérselos, cuando el cobro era infructuoso, al acusado, para que éste lo gestionase con el cliente), bien el librar letras de cambio, con librados aceptantes supuestos o que, conocida su personalidad, se estampaba lo que pretendía ser su firma como aceptantes, pero desconociendo esas personas incluso el libramiento de la cambial, que no obedecía a relación causal alguna.

El acusado, por tanto, hacía figurar que unos clientes le entregaban en pago de la mercancía cheques y pagarés, y rellenaba los efectos, contabilizando su importe y los remitía a Palma para que intentaran un cobro que sólo él sabía que iba a ser infructuoso, o bien emitía efectos contra personas con las que había creado una cartera ficticia e inventada de clientes, que en algunos casos eran personas reales y en otros inexistentes.



Así, además de los cheques y pagarés que se indican en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (y que obedecen a las maniobras explicadas, excediendo varios de ellos el importe de dos millones de pesetas), el acusado Juan Enrique emitió las siguientes letras de cambio:

1. Con fecha 2 de diciembre de 1996, cuatro efectos por importe respectivamente de un millón de pesetas, de 500.000 pesetas, de 428.025 pesetas y de un millón de pesetas, y vencimiento los tres primeros el día 1 de abril de 1997 y el último el 5 de mayo, letras en las que hizo figurar como aceptante a un tal David , cadena Born, persona inexistente, estampándose una firma en el acepto (folios 192 y 196).
2. Con fecha de libramiento de 20 de mayo de 1997, la cambial NUM001 , por importe de dos millones de pesetas y vencimiento el 15 de julio siguiente, haciendo figurar como librado captante a Rocío , de Calan Porter (Alayor), desconociéndose quien era esa persona, y estampándose una firma en el acepto (folio 219).
3. También con fecha de libramiento de 20 de mayo de 1997, las letras NUM002 y NUM003 , por importe respectivamente de 842.328 y de 853.528 pesetas, y vencimientos el 15 y el 30 de agosto siguientes, en las que hizo figurar como librado aceptante a Elena (NUM004) de Importaciones Viñas S.L. del Polígono de Alayor, estampando una firma imitada (folios 221 y 222); no existen esas personas física y jurídica, y sí la empresa Importaciones Vinyer S.L., cuya administradora, Elena , nunca ha mantenido relaciones cambiales ni con Inca S.A., ni con **Cobega**, y ni conocía siquiera al acusado Juan Enrique .
4. Con fecha de libramiento de 4 de junio de 1997, otra por importe de dos millones de pesetas y vencimiento el día 7 de julio siguiente, haciendo figurar como librado aceptante con una firma inventada a un tal David , persona desconocida (folio 198).
5. Finalmente, también con fecha de libramiento 4 de junio de 1997, las letras NUM005 , NUM006 , NUM007 y NUM008 , respectivamente por los importes de 1.800.000, de 2.000.000, de 2.000.000 y de 1.800.000 pesetas, y vencimientos para los días 16 y 28 de julio y 18 y 25 de agosto siguientes; en estas cuatro cambiales hizo figurar como librado aceptante, y estampó una firma supuesta, a Irene , que era la mujer de un cliente suyo, y que desconocía, tanto ella como su marido, el libramiento de estas letras (folios 210, 211, 212 y 213).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se han declarado probados son legalmente constitutivos de los siguientes delitos consumados:

- a. Uno continuado de apropiación indebida, comprendido y penado en el artículo 252 , en relación con los artículos 250.6 y 74, preceptos todos ellos del Código Penal , en tanto que el autor, en fechas no determinadas, disponía como si fueran suyas parte de las mercancías que tenía en el almacén de la empresa en la Delegación de Menorca de la que era el Jefe o Encargado, y cobró el dinero correspondiente incorporándolo a su propio patrimonio, sin ingresarlo en la empresa (Inca S.A. o después **Cobega** S.A.); de esta forma se apropió indebidamente del equivalente a no menos de veinte millones de pesetas durante el tiempo en que duró su gestión como Delegado o Encargado desde el año 1994 hasta el de 1997, habiendo sido imposible cuantificar exactamente lo así defraudado, por lo que más adelante se explicará a lo largo de esta sentencia.

Que estamos ante una defraudación de especial gravedad no nos ofrece duda alguna dada la elevada cifra cuantía de lo indebidamente apropiado, y a pesar de que la especial gravedad no se circunscribe en el número 6 del artículo 250 del vigente Código Penal al valor de la defraudación, pues utilizando la copulativa "y" se alude también a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia; ante una cantidad de esa importancia, entendemos que está objetivada una gravedad muy superior a la del tipo básico y que supone de por sí la entidad del perjuicio aludida en dicho número 6; además, como ha señalado la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en su sentencia número 173/2000 , el número 6 del artículo 250 debe ser interpretado igual que los tipos agravados del hurto y considerarse independientes los tres supuestos o resultados allí recogidos, de modo que cuando se produzca cualquiera de ellos concurrirá la agravación de especial gravedad; nos parece que esa interpretación sistemática es la más coherente y acorde con las concepciones sociales imperantes, siempre que la cantidad defraudada sea muy considerable.

A los efectos de determinación de la pena, la apreciación del tipo agravado, para no incurrir en la vulneración de las exigencias del principio "non bis in idem" (en el aspecto de no valorar doblemente en sentido agravatorio un mismo hecho), excluye la aplicación de la regla penológica del artículo 74 del Código Penal , habiendo señalado reiterada jurisprudencia que aquél (el tipo agravado del artículo 250) es el que procede apreciar por razón de especialidad (relación hoy recogida en el artículo 8-1º del Código Penal).

- b. Otro continuado en falsedad de documento mercantil, previsto y penado en el artículo 392, en relación con los números 1 y 3 del artículo 390.1, preceptos todos ellos del Código Penal ; estando integrada la infracción

por el hecho de haber creado diversas letras de cambio, genuinos e indiscutibles documentos de comercio, alterando en ellas uno de los elementos o requisitos de carácter esencial, cual es la identificación y firma del librado aceptante, y suponiendo la intervención en dicha emisión de tales supuestos y ficticios librados.

SEGUNDO.- Se descarta pues la calificación de estafa efectuada por la Acusación Particular y la concurrencia del subtipo agravado 3º del artículo 250 del Código Penal interesada por el Ministerio Fiscal.

La estafa pretendida por la legal representación de "Cobega" lo es, a su entender, en concurso con el delito de apropiación indebida; habría pues cometido el acusado ambos delitos; sin embargo en el escrito de la Acusación Particular, elevado a conclusiones definitivas, no se diferencian qué concretos hechos integrarían una infracción y cuáles la otra; tampoco se ha explicado nada en el informe de las conclusiones; y desde luego no se describe en qué habría consistido el acto de disposición consecuente con un engaño a su vez generador de error en no se sabe exactamente quién.

Hubo una apropiación indebida del género o mercancía que se recibía en Menorca desde la central de la empresa, o más bien de parte del dinero cobrado por la distribución de la misma, y unas maniobras tendentes a camuflar la apropiación, que es la calificación adecuada de los hechos, a no ser que se sostenga (bien que nunca se ha dicho, o siquiera apuntado) que el acusado hizo ver que realizaba y cobraba todos los suministros para conseguir que siguieran enviándole mercancía de la que dispondría luego como si fuera suya; pero esta última hipótesis no parece real y choca con el escollo de que entonces realmente se habría apropiado ya con anterioridad de la mercancía (disponiendo de ésta como propia) y del dinero cobrado por ella (haciéndolo suyo); y, en último extremo, lo que nunca sería posible es acumular ambas infracciones, pues habría una defraudación que traería causa de una apropiación o de una estafa, pero no de ambas a la vez.

En cuanto a la concurrencia del subtipo agravado tercero del artículo 250 (realizar, en este caso la apropiación indebida, "mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio") es palmario que no se da, ya que, con independencia de que los títulos valores utilizados por el acusado lo fueron no para conseguir la defraudación sino para ocultarla, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sostenido que esta causa de agravación no es aplicable a los supuestos de apropiación indebida en los que implícitamente se encuentra inserta en la descripción típica de dicha infracción bajo la figura genérica del abuso de confianza.

TERCERO.- De dichos delitos de apropiación indebida y de falsedad documental es responsable criminalmente, en concepto de autor, el acusado Juan Enrique , a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo 28 del Código Penal , por su directa y material perpetración o realización de los hechos.

Este Tribunal considera plenamente probados los hechos y su autoría, habiéndose formado la convicción al amparo del principio de libre valoración de la prueba consagrado en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; más en concreto, se ha estimado desvirtuada la presunción de inocencia, derecho básico reconocido a toda persona en el artículo 24.2 de la Constitución , con base en la prueba de cargo practicada en el Juicio Oral y también antes como prueba anticipada (con observancia, en todo caso, de las exigencias derivadas de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad) y consistente en las declaraciones del propio acusado y de los testigos que han comparecido ante el Tribunal, todas ellas puestas en relación con los documentos obrantes en autos.

El acusado ha reconocido la creación de una cartera de clientes ficticios y por ende el libramiento de efectos falsos, pero en cuanto a la defraudación ha venido sosteniendo que, cuando llevaba sólo unos meses al frente de la Delegación de Menorca, y se le indicó que debía hacer recuento de existencias en el almacén, comprobó que faltaban gran cantidad de cajas de "coca-cola" y de envases vacíos, por un importe que él calculó en unos 20 ó 25 millones de pesetas a precio de mercado, y que no dijo nada de ello por temor a perder el puesto de trabajo; niega pues que se apropiara de la mercancía y de que la distribuyera por su cuenta y en su exclusivo beneficio, y confiesa las falsedades documentales cometidas para encubrir esa previa falta de existencias.

Existe por tanto prueba directa de la autoría de la falsedad, por propia confesión y porque así se deduce del resto del material probatorio, básicamente por haberse constatado que las letras reseñadas en los hechos probados, con la clara apariencia de estar aceptadas por personas nominalmente designadas y aparentemente firmantes, o bien se referían a personas inexistentes (desde luego el acusado no las ha identificado), o a personas cuyos nombres y razón social tenían un remoto parecido con otras reales (paradigmático es lo sucedido en relación a Cristine Mary Watterson administradora y propietaria de la empresa que gira con la denominación social Importaciones Vinyes S.L., y la contundencia de lo declarado por dicha mujer), o bien a persona identificada con toda precisión pero que ignoraba la emisión de las letras (como ocurrió con Irene). En todos estos casos se puso una firma supuesta que necesariamente hubo de ser estampada por el acusado (en alguno de los casos hubo reconocimiento de ello) o por otra persona a indicación suya.



Mas, también entendemos que, del material probatorio acarreado al juicio oral, se deduce la apropiación por parte del acusado de parte de las existencias llegadas al almacén de Menorca y la disposición en provecho propio de las mismas.

En primer lugar conviene precisar que la afirmación del acusado en el juicio oral de que llevaba de encargado en Menorca desde 1995 es equivocada o falsa, pues era desde principios del 94 cuando empezó a desarrollar ese cometido, ya que ello así se desprende de la declaración del Sr. Domingo y de la de Juan Enrique ante el Juzgado de Instrucción.

Hecha la anterior precisión convenimos con el Ministerio Fiscal, como ha destacado en el informe de sus conclusiones, en que ninguna lógica tiene el proceder explicado por el acusado; si detectó ya en el año 1994 o a principios del 95 la falta de existencias debió enseguida ponerlo en conocimiento de la dirección de la empresa; no había ningún motivo de peso para no hacerlo, ni para proteger a otra persona; sí comunicó la falta de dinerario, y todo indica que no hubo especial problema para solucionar tal incidencia; y lo cierto es que en el Juzgado de Instrucción (al folio 13) afirmó con rotundidad y taxativamente que "en cuanto a la ausencia de existencias no comunicó nada por temor a perder su puesto de trabajo"; ha sido luego en el Juicio Oral cuando se ha desdicho e indicado las personas con las que lo comentó, precisamente cuando ya conocía el resultado de la prueba practicada con carácter anticipado y que en la testifical ya no podía ser contradicho; es más, indica las personas, pero ni las ha propuesto como testigos, no ya en el escrito de defensa, sino en el mismo acto del juicio oral, cuando ello era posible al amparo de lo dispuesto en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

El comportamiento ilícito del acusado ha sido puesto de manifiesto a lo largo de todas las declaraciones testificales puestas en relación con la documental acarreada a los autos; y especial significación hemos otorgado a lo que dijo, ante este Tribunal, el Sr. Domingo , al explicar que la defraudación no venía de años anteriores porque las anomalías contables las detectaron en el año inmediatamente anterior al follón; lo que es plenamente constatable en las actuaciones debido a que las irregularidades se contraen básicamente a documentos emitidos desde diciembre de 1996; por deficientes que fueran los controles llevados por la dirección de la empresa, no es imaginable que pasara desapercibido ese importante desfase ya desde el año 1994.

El resto de la prueba testifical y documental, poniendo de relieve todas las irregularidades llevadas a cabo por el acusado, no hacen sino corroborar que fue él quien se apropió indebidamente del género y le dio un destino única y exclusivamente en su propio beneficio.

Que no se haya podido cuantificar lo defraudado obedece a una comprensible actitud evasiva y nada colaboradora del acusado, aunque también a la cierta desidia de la representación legal de **Cobega**, tal y como se desprende del informe emitido por el perito Sr. Juan Antonio (folios 257 a 259) y su defensa del mismo en el juicio oral (no facilitación de albaranes, ni de las cuentas de mayor, ni de documentación de años anteriores; ello junto con la posibilidad de que algunos apuntes contables pudieran obedecer a renovación de efectos en su momento impagados).

En cualquier caso, hemos llegado a la conclusión de que no fue menos de veinte millones de pesetas el valor de lo defraudado, si tenemos en cuenta que el mismo acusado señaló desde el primer momento esa cifra mínima.

CUARTO.- En la realización de los referidos delitos no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Debe por tanto tenerse en cuenta la regla primera del artículo 66 del Código Penal .

En el delito continuado de falsedad ha de aplicarse la consecuencia punitiva del artículo 74 del Código , imponiéndose en la mitad superior la pena prevista en el artículo 392 , sin que sea necesario exacerbarla más allá de la agravación que de por sí supone aplicar la regla penológica del artículo 74 .

En el de apropiación indebida no ha de llegarse al máximo, solicitado por el Fiscal, de las penas previstas en el artículo 250 , porque ni es aplicable (como ya se dijo) la agravación del artículo 74 , ni concurre la circunstancia o hecho tercero de ese mismo artículo 250.

No acreditada la capacidad económica, ni las cargas familiares del acusado, la cuota de la multa se fija prudencialmente en dos mil pesetas diarias.

QUINTO.- Las costas se entienden impuestas por ministerio de Ley a todo culpable de un delito o falta y los responsables criminalmente los son también civilmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 123 del Código Penal .



Respecto de las costas, han de ser impuestas al condenado, sin embargo consideramos que en ellas no deben incluirse las de la Acusación Particular, porque, amén de la escasa colaboración de la parte a la hora de ir aportando documentos y facilitando la cuantificación de lo defraudado, su escrito de acusación (que ha acabado siendo sus conclusiones definitivas) adolece de imprecisiones y suma sin razón alguna la imputación de estafa a la de apropiación indebida (doble imputación que el Letrado, en su informe, ni se ha molestado en explicarnos).

En cuanto al capítulo de responsabilidad civil y por lo ya explicado, ciframos la indemnización en la cantidad de veinte millones de pesetas, haciendo reserva de acciones civiles a "Cobega" para que, en esa vía, pueda reclamar lo que acredite que supere tal cantidad.

VISTOS los preceptos legales citados, así como los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Juan Enrique , como responsable de los delitos de apropiación indebida y de falsedad documental precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el de apropiación indebida, a la pena de TRES AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de OCHO MESES de MULTA, con cuota diaria de dos mil pesetas y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas diarias impagadas, y, por el de falsedad documental, a la de UN AÑO y DIEZ MESES de PRISIÓN, con la accesoria legal antedicha, y a la de NUEVE MESES de MULTA, con cuota diaria de dos mil pesetas y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas diarias impagadas; y al pago de la costas procesales (sin incluir en las mismas a las de la Acusación Particular); por vía de responsabilidad civil abonará a Cobega S.A. la cantidad de veinte millones de pesetas.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por los hechos objeto de la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado o le fuera computable en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebramiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. EDUARDO CALDERÓN SUSÍN, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.