

STS núm. 229/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 22 marzo

RESUMEN

ESTAFA: El perjudicado en el caso de extracción de dinero mediante cheque falsificado con imitación de la firma de su titular es el propio banco o caja de ahorros y no el titular de la cuenta; Engaño: concepto; existencia: utilizando pasaporte del titular de cartilla de ahorros y haciéndose pasar por el mismo, realiza extracciones de dinero de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 10 de Palma de Mallorca incoó P.A. núm. 19/2005 por delitos de estafa y falsedad en documento mercantil contra Everardo y como responsable civil subsidiario el Banco Santander Central Hispano, SA, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 26 de septiembre de 2005 dictó Sentencia núm. 108/2005 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«En atención a las pruebas practicadas, procede declarar que en fecha 8 de noviembre de 2004 D. Mauricio, vendió dos fincas rústicas colindantes sitas en la localidad de Lluçmajor, en una de las cuales tenía su domicilio, procediendo, por consejo e indicación de Doña Soledad (gerente de la inmobiliaria que había mediado en dicho contrato), a ingresar el dinero percibido, en metálico y cheques, en la sucursal de aquella localidad del Banco de Santander Central Hispano, a cuyo fin, en fecha 9 del mismo mes abrió la cuenta núm. NUM000 con un ingreso total de 117.504 euros.

Como no dispusiera de vivienda propia, provisionalmente alquiló una habitación en la finca denominada DIRECCION000, polígono NUM001, parcela NUM002 también de Lluçmajor y a quien era arrendatario de la misma y aquí acusado Everardo, extrajo de la cuenta 2000 E el 12 de noviembre y pagó 800 al acusado en concepto de renta de los meses de noviembre, diciembre y fianza.

Concedor Everardo de la venta y elevado depósito bancario efectuado por el Sr. Mauricio, aprovechando que ambos vivían bajo el mismo techo, le sustrajo su pasaporte y la cartilla de ahorros del BSCH y con la documentación descrita se personó en las Sucursales del Banco citado sitas en San Ferriol (Avda. Alejandro Cid) y en Palma (Avda. Alejandro Roselló), donde tras identificarse como Mauricio y exhibir tanto el pasaporte de éste como la cartilla, imitaba la firma de Mauricio en los correspondientes documentos de reintegro bancario, que, previa verificación de firma a través del fax remitido a la oficina de Lluçmajor y obtenida conformidad en los supuestos en que la cuantía del reintegro superaba los 3000 euros le eran efectivamente entregados, hallándose en la creencia el personal bancario que le atendió que el acusado era la misma persona que reflejaba la fotografía del pasaporte, atribuyendo las inconcordancias entre ambas imágenes (real y documentada) a los cambios físicos que son propios del transcurrir del tiempo.

A través de la mecánica descrita perpetró los hechos que se dirán e hizo suyas las siguientes cantidades:

A) A la sucursal de San Ferriol acudió los días 14, 15, 17, 20, 22, 23, 24, 28, 29 y 31 de diciembre, y desde donde respectivamente extrajo las cantidades de 6.000, 3.000, 3.000, 10.000, 5.000, 1.000, 13.000, 12.500, 4.500 y 5.000 E. En total la cantidad de 63.000 euros.

B) A la sucursal de Palma (Avda. Alejandro Rosselló) acudió los días 7, 9, 10, 13, 16, 23, 28 de diciembre y 3 de enero de 2005 y desde donde respectivamente extrajo las cantidades de 3.500, 6.000, 20.000, 3.000, 3.000, 3.000, 3.000 y 3.000 E. En total la cantidad de 44.500 euros.

El acusado fue detenido el día 4 de enero en la sucursal de San Ferriol y cuando se hallaba dispuesto a efectuar otro reintegro de 7.000 euros, portando sobre sí el pasaporte y cartilla de constante referencia, y ello a raíz de denuncia cursada por Mauricio el día 3 de enero, quien, al ir a efectuar un reintegro, constató consternado cómo la práctica totalidad de sus ahorros y que constituían su modus vivendi habían desaparecido, y que, por no precisar durante el intervalo ni el pasaporte ni la cartilla de ahorros, no había notado su falta hasta días inmediatamente anteriores.

Practicado un registro en el automóvil del acusado, le fue intervenida en el interior de un bolso, amén de otra documentación perteneciente a Mauricio, la cantidad de 18.500 euros. Sobre su persona y en registro domiciliario, otra cantidad, siendo en su conjunto entregada y devuelta al Sr. Mauricio la cantidad de 18.640 euros.

Al tiempo de los hechos Everardo era consumidor de cocaína, circunstancia que disminuía sus facultades volitivas».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Debemos condenar y condenamos a Everardo en concepto de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y otro de estafa cualificada por la especial gravedad de la defraudación, precedentemente definido.

Y debemos absolver y absolvemos al Banco Santander Central Hispano en su condición de responsable civil subsidiario, de la pretensión en su contra deducida ».

TERCERO Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del acusado Everardo y la Acusación Particular Don Mauricio, que se tuvieron anunciados.

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , Sección primera, condenó a Everardo en concepto de autor criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con otro delito de estafa, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución formaliza este recurso de casación, tanto la representación procesal de expresado acusado en la instancia, como la acusación particular que representa los intereses del perjudicado Mauricio, exclusivamente por la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Banco Santander Central Hispano.

[...]

CUARTO El tercer motivo, articulado por la vía autorizada en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), denuncia error de hecho en la valoración de la prueba derivado de documentos que obren en la causa y que acrediten el error del juzgador.

Ahora bien, los documentos invocados son el atestado de la Guardia Civil, los recibos bancarios y un informe pericial emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, ninguno de los cuales puede tenerse por literosuficiente. La literosuficiencia del documento, como característica para fundamentar un motivo por «error facti», supone la frontal incompatibilidad de tal documento con lo reseñado en el relato histórico de la sentencia combatida, lo que se ha de detectar sin mayores comprobaciones ni complejas argumentaciones.

Hemos dicho recientemente (Sentencia 431/2006, 9 de marzo) que este cauce casacional no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que el recurrente propone en el desarrollo del motivo.

Ni el parecido (o no) del perjudicado con el recurrente autorizan a éste, a hacerse pasar por él para retirar dinero de su cartilla de ahorros, deducción que quiere extraer del contenido de atestado policial; ni los recibos bancarios se encuentran en contraposición con el factum, ni el informe invocado ha dejado de ser apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, la que le ha apreciado una atenuante en función de la toxicomanía del recurrente, más allá no se puede llegar con los datos existentes en el mismo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO Finalmente, el segundo motivo, formalizado por pura infracción de Ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal, manteniendo que no existió engaño alguno por su parte, o si lo hubo, éste no fue bastante.

El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. En suma, no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Ninguna conexión puede tener lo que después diremos sobre el recurso de Mauricio, para que la conducta de Everardo sea perfectamente subsumible en el delito de estafa, en tanto **el engaño desplegado fue bastante para obtener el desplazamiento patrimonial, mediante el error que produjo en los empleados de la entidad bancaria, actuaran éstos con mayor o menor rigor**, lo que tendrá trascendencia para el perjudicado y sus relaciones jurídicas con la entidad bancaria, pero no para eximir de un delito conformado **por la clara existencia de engaño, suficiente y bastante (portar un pasaporte ajeno, la libreta de ahorros y un parecido físico siempre mitigado por el paso del tiempo)**.

El motivo, y con él, su recurso entero, no puede prosperar.

Recurso de Mauricio

SEXTO Daremos respuesta casacional a su motivo segundo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal en esta instancia, y que por infracción de Ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 120.3 del Código Penal y art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio), bien que analógicamente.

Se cuestiona la absolución de la entidad Banco Santander Central Hispano como responsable civil subsidiaria, que la Sala sentenciadora de instancia basa en que no conoce la norma que haya podido ser infringida en este caso por los empleados de aquella entidad (y que a dicho Tribunal no le parece notoria). Pero conocido ha de ser el principio general de «alterum non laedere», en virtud del cual la actuación negligente origina una obligación de reparar el daño causado. Es más, en el caso enjuiciado, como más adelante se dirá, en realidad, el verdadero perjudicado por el engaño sufrido no debió ser el titular de la libreta de ahorros, sino el propio banco, al convertir el contrato de depósito irregular al depositario en propietario del dinero custodiado.

El supuesto ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. [...]

Los **requisitos legales** que son necesarios para el **nacimiento** de dicha **responsabilidad civil**, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por Ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

Desde la Sentencia de esta Sala, de 15 de febrero de 1986, ya dijimos que por el contrato de depósito en cuenta corriente se constituye un depósito irregular con la consecuencia prevista en el art. 307.3 del Código de Comercio, por el cual, al quedar el dinero confundido con el patrimonio del depositario, éste ha de soportar los riesgos derivados de su deber de conservar la cosa depositada, de modo que si un tercero comete una defraudación y se apodera del dinero depositado o parte del mismo, de esa pérdida ha de responder el depositario, esto es, la entidad bancaria, en el caso. A la misma conclusión llegamos si examinamos el hecho desde otra perspectiva, la del pago como modo de extinción de las obligaciones, pues la obligación del depositario de devolver la cosa depositada se extingue por el pago, pero éste sólo es eficaz cuando se hace a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada a recibirla en su nombre, como dice el art. 1162 del Código Civil. Por tanto, **la entrega de la cosa depositada a una persona distinta de las expresadas en esa última norma jurídica no produce el efecto extintivo de la obligación del depositario relativa a la devolución del objeto del depósito. De modo que, como ya adelantábamos, el perjudicado por tal delito (en el caso, extracción de dinero mediante cheque falsificado mediante imitación de la firma de su titular) es el propio banco o caja de ahorros, y no el titular de la cuenta.**

Al no haberse hecho así en estos autos, sino que la entidad Banco Santander Central Hispano permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto, de modo que su situación ha variado, arrastrando el inicial concepto de perjudicado y responsable ante el titular de la cuenta, al de responsable civil frente al mismo, pudiendo ejercitar dicho titular tales acciones civiles en el seno del proceso penal, sin que sea tolerable diferir esta cuestión al ámbito de la jurisdicción civil, pues puede ser resuelta dentro de los parámetros (jurídico-privados) que el proceso penal español permite, con tal que exista la oportuna rogación (acción civil entablada conjunta o separadamente de la penal) y posibilidad de defensa como tal responsable civil (personación en este concepto y oportunidad probatoria).

[...]

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Everardo contra Sentencia núm. 108/2005, de 26 de septiembre de 2005 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la Acusación Particular Mauricio, contra la citada Sentencia núm. 108/2005, de 26 de septiembre de 2005 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

FALLO

Que manteniendo y dando por reproducidos todos los pronunciamientos penales, civiles y procesales afectantes a Everardo, se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Banco Santander Central Hispano, S. A, que ha comparecido en esta instancia.