

Roj: **STS 2401/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:2401**Id Cendoj: **28079120012009100378**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/02/2009**Nº de Recurso: **1115/2008**Nº de Resolución: **377/2009**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP OU 340/2008,**
STS 2401/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil nueve

En el recurso de Casación por Infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Segunda), con fecha 11/4/2008, en causa seguida contra Héctor , Paulino , Luis Miguel , Calixto , Gervasio , por Delitos de Falsificación de Documentos Mercantiles y Estafa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez, siendo partes recurridas los acusados Héctor , Paulino , Luis Miguel , Calixto , Gervasio y la entidad BANCO DE GALICIA, SA, representados por los Procuradores Sres. Dña Ana María Espinosa Troyano, Dña Marta Sanajugas Guisado, María Belén San Román López, María del Angel Sanz Amaro, María Belén San Román López y Ana María Bueno Ramírez, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Ourense, instruyó las Diligencias Previas nº 210/2003 (Procedimiento Abreviado nº 30/2007) contra Héctor , Paulino , Luis Miguel , Calixto , Gervasio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ourense, (Sección Segunda, Rollo 10/2007) que, con fecha 11/4/2008, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" II. HECHOS PROBADOS.

Se declaran probados los siguientes hechos: I.- El acusado Luis Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales, a principios del año 2003, ostentaba el cargo de interventor de la sucursal del Banco de Galicia posee en la calle Roboredo de San Ciprián de Viñas (Ourense) y en su condición de tal, y con la finalidad de ocultar a la citada entidad bancaria los descubiertos generados en la cuenta 22538 que la mercantil "Ernesto Valeiras S.L.", tenía aperturada en la citada sucursal, y cuyo único administrador era, el asimismo acusado, Calixto , mayor de edad y sin antecedentes penales y ausente de territorio español desde finales del año anterior, procedió a ingresar en la misma diversos cheques o pagarés que no obedecían a negocio real o causa alguna y que habían sido libros por el mismo y por amigos y asimismo acusados, Héctor , Paulino y Gervasio , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales; viéndose obligado posteriormente, para responder frente a estos, a realizar transferencias a las cuentas de las que estos eran titulares, valiéndose en a mayoría de las ocasiones de la realización de transferencias O.M.F. (orden de movimientos de fondos), en las que, dada su más ágil tramitación, se produce una equivalencia contable, no efectiva, entre fecha operación y fecha valor, produciéndose un ajuste entre las partidas de ingresos y salidas. II.- Y así, además de disponer con tal finalidad de la propia cuenta nº NUM003 por él aperturada en la entidad "Caixa Galicia", se valían de la cuenta nº NUM004 del banco Herrero,



a nombre de la mercantil S.L. GEE Orense que administraba, operaban en las cuentas que figuraban a nombre de Paulino , n° NUM000 de Caixanova, n° NUM001 de Caja Madrid y n° NUM002 de Banco Pastor, así como la aperturada por éste, a nombre de la mercantil "S.L. Casa Sacra", en Caixanova bajo el n° 04184; actuando, con igual objetivo, sobre las cuentas abiertas a nombre de Héctor y de la mercantil S.L. Euroghoner por él administrada, cuantas con los n° NUM005 y n° NUM006 ambas del BBVA y sobre las que figuraban a nombre de Gervasio n° NUM007 de Caixanova y n° NUM008 de Banesto. III.- Las operaciones realizadas por el acusado siguiendo la descrita mecánica son las siguientes: I) Tras ingresar con fecha operación 2- 1-2003, per pero con fecha valor 4-1-2003, en la cuenta n° 0097 8549 91 0600022538 de Banco de Galicia, a nombre de Ernesto Valeiras S.L. los cheques n° NUM009 , NUM010 y NUM011 , todos ellos nominativos, al a vista y librados en fecha 30-12-2001; contra la cuenta del acusado Paulino en Caja Madrid, NUM012 (antes Banco MAPFRE n° de cuenta NUM013), por importes respectivamente de 4.495.000, 4.660.000 y 4.660.000 ptas. Se realiza con cargo a la citada cuenta de Banco de Galicia a nombre de Ernesto Valeiras S.L. una transferencia OMF con fecha operación y fecha valor 2- 1-2003 a favor de la cuenta n° NUM014 en Caixanova, de l que era titular el acusado Paulino , por importe de 73.500 euros, de los que dispone de forma inmediata. II) Se ingresa el 27-1-2003, fecha operación, pero con fecha valor 29-1-2003, en la cuenta n° 0097 8549 91 0600225238 de Ernesto Valeiras S.L. en el Banco de Galicia el cheque al portador y pagadero la vista n° NUM015 , por importe de 17.800 euros, contra la cuenta n° NUM016 del acusado Luis Miguel en Caixa Galicia. Y de forma inmediata el mismo día 27-1-2003 se realiza retirada en efectivo de 17.000 euros contra la cuenta citada de Ernesto Valeiras D.L. en el Banco de Galicia. III) En la cuenta de Ernesto Valeiras D.L. del Banco de Galicia n° 00978549 91 0600022538 se ingresa el 11-2-2003, fecha operación, pero con fecha valor 13-2-2003, el cheque a la vista y al portador n° NUM018 contra la cuenta n° NUM017 del acusado Paulino en el Banco Pastor por importe de 20.800 euros. Para realizar con echa operación y fecha valor 11-2-2003 una transferencia OMF contra la citada cuenta en el banco de Galicia de la S.L. Ernesto Valeiras a favor de la cuenta n° NUM014 del acusado Paulino en Caixanova por importe de 20.680 euros de los que dispone este último de forma inmediata. IV) en la cuenta de Ernesto Valeiras S.L. en el Banco de Galicia n° 0097 8549 91 0600022538 se ingresan el 18-3-2003, fecha operación, pero con fecha valor el 20-3-2003, los pagarés n° NUM019 , NUM020 y NUM021 , con fecha de libramiento respectivamente de 1-3-2003, 12-3-32003, por un importe cada uno de ellos de 26 530 euros, contra la cuenta n° NUM014 del acusado Paulino en al entidad Caixanova. Y el mismo día se realiza transferencia OMF, con fecha operación y fecha valor 18-3-2003, por un importe cada uno de ellos de 26 530 euros, contra la cuenta n° NUM014 de la que era titular el acusado Paulino en la entidad Caixanova, también respectivamente. Disponiendo de forma inmediata estos últimos del dinero recibido. VI) Se ingresan en la reiterada cuenta de Ernesto Valeiras SL. en el Banco de Galicia, n° 0097 8549 91 0600022538, con fecha operación 24-3-2003 y fecha valor 26-3-2003: Los cheques n° NUM022 y NUM023 , emitidos respectivamente el 24 y 22 de marzo del 2003, por importes de 28.887 y 28.950 euros, los dos al portador, a la vista y con cargo a la cuenta n° NUM024 de que era titular el acusado Gervasio en la entidad Caixanova. Para de este modo realizar con cargo a la citad cuenta en el banco de Galicia de la S.A. Ernesto Valeiras con fecha operación y fecha valor 24-3-2003 trasferencia OMF, por importe de 98.100 euros a favor de al misma cuenta n° NUM025 de la que era titular el acusado Gervasio en la entidad Caixanova, para poder así, este último, contar con disponibilidad en su cuenta. VII) Se ingresa en la cuenta de Ernesto Valeiras D.L. en el Banco de Galicia, con la misma operativa, en fecha operación 26-3-2003 y con fecha valor 28-3-2003, pagaré nominativo n° NUM026 librado el 26-3-2003, a favor de Ernesto Valeiras S.L, por importe de 89.500 euros y vencimiento el 27-3-2003, con cargo la cuenta n° NUM025 de la que era titular el acusado Gervasio en al entidad Caixanova. Para de este modo con fecha operación y fecha valor 27-3-2003 realizar desde al citada cuenta de Ernesto Valeiras S.L. en el Banco de Galicia transferencia OMF por importe de 88.900 euros a favor de al cuenta de la entidad BBVA n° NUM030 , de la que era titular la S.L. Euroghoner, manejada personalmente por el acusado Héctor . que dispuso de forma inmediata del dinero recibido. VIII) En la reiterada cuenta de Ernesto Valeiras S.L. en el Banco de Galicia, n° 0097 8549 91 0600022538, se ingresan, con fecha operación 1-4-2003 y fecha valor 3-4-2003, los cheques n° NUM027 , NUM028 y NUM029 , a la vista y al portador, por importe cada uno de ellos de 22 000 euros, con cargo ala cuenta n° NUM012 de la que era titular el acusado Paulino en la entidad Caja Madrid. Y de forma inmediata, con fecha operación y fecha valor 1-4-2003, se realiza transferencia OMF con cargo a la mencionada cuenta del Banco de Galicia de Ernesto Valeiras S.L. por importe de 62.000 euros y a favor de la cuenta n° NUM030 de la que era titular el acusado Héctor . en la entidad BBVA, que otra vez dispone inmediatamente del dinero recibido. IX) Se vuelve a ingresar en al cuenta de Ernesto Valeiras D.L en el Banco de Galicia, n° 0097 8549 91 0600022538, con fecha operación 3-4- 2003 y fecha valor 7-3-2003, cheque nominativo y a la vista, a favor de Ernesto Valeiras S.L., por importe de 93.7000 euros con cargo al cuenta n° NUM012 , de la que era titular el acusado Paulino en Caja Madrid. Para seguidamente emitir dos transferencia OMF contra la citada cuenta en el Banco de Galicia de la que era titular Ernesto Valeiras S.L con fecha operación y fecha valor 3-4-2003 y por importes de 31.000 y 61.000 euros a favor respectivamente de la cuenta n° NUM030 de la que era titular Euroghoner S.L, administrada directamente por el acusado Héctor , en la entidad BBVA y de la cuenta n° NUM031 de la que era titular en la entidad BBVA el acusado Héctor , en la entidad BBVA y de la cuenta n° NUM031 de la que era titular en la entidad BBVA el acusado Héctor ,



disponiendo este acusado del dinero de forma inmediata. X) Se ingresan en al cuenta de Ernesto Valieras D.L en el Banco de Galicia, con fecha operación 4-4-2003, contra la cuenta del acusado Paulino en Caja Madrid, nº NUM012 . Y dos cheques nº NUM032 y NUM033 , también a la vista y al portador, ambos de fecha 2-4-2003 y por importe cada uno de ellos de 29.400 euros, con cargo a la cuenta nº NUM034 , de la que era titular el acusado Gervasio en Banesto. Para de forma inmediata, con fecha operación y fecha valor 4-4-2003 realizar una transferencia OMF desde la cuenta de Ernesto Valeiras D.L. en el Banco de Galicia por importe de 69.5000 euros y a favor de la cuenta nº NUM017 de la que era titular el acusado Paulino en la entidad Banco Pastor, el cual dispone del dinero de forma inmediata librando el pagaré nº 2049041 por importe de 69.000 euros. XI) Que para finalizar, figura anotada en la tan mencionada cuenta de Ernesto Valeiras en el Banco de Galicia el ingreso de un cheque, con fecha operación 4-4-2003 y fecha valor 8-4-2003, por importe de 129.5000 euros. Realizándose a continuación dos transferencias OMF con fecha operación y fecha valor 8-4-2003: una de las cuenta nº NUM030 de Euroghoner S.L. que manejada de forma directa por el acusado Héctor , en el BBVA; por un importe de 86.000 euros, y otra a la cuenta nº NUM012 del acusado Paulino en Caja Madrid, por un importe de 31.500 euros; disponiendo ambos acusados beneficiarios de forma inmediata del dinero recibido. IV.- El acusado Luis Miguel cesó en su empleo en la entidad bancaria el día 8 de Abril del año 2003, no obstante lo cual el día 17 del mismo mes éste ordena transferencia a la cuenta nº 22538 del Banco Galicia a nombre de la entidad "Ernesto Valeiras D.L." por importe de 9.480,74 Euros, lo que genera un saldo positivo en aquella por importe de 11.519 Euros. V.- A consecuencia de la citada operativa, al existir correspondencia entre las partes de salidas e ingresos, no ha resultado acreditado la existencia de perjuicio alguno para la entidad querellante "Banco Galicia".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

<< FALLO.

Absolvemos a los acusados, Luis Miguel , Paulino , Gervasio , Héctor y Calixto , de los delitos de estafa y falsedad de documento mercantil por los que vienen acusados en el presente procedimiento; declarando de oficio las costas causadas.

Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares de cualquier orden que se hayan adoptado en la presente causa.>>

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso. Se tuvieron como partes recurridas a las representaciones procesales de Gervasio , Héctor , Luis Miguel , Paulino , Calixto , Banco de Galicia, S.A.

Cuarto.- El recurso interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Unico motivo.-al amparo del artículo 849.1º de la Ley de enjuiciamiento criminal por indebida inaplicación de los artículos 392 y 390.1.1º y 2º , en relación con el artículo 74.1, todos del Código Penal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, lo impugnaron, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 17/2/2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La pretensión punitiva del Ministerio Fiscal estuvo referida en la instancia a un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los arts. 392 y 390.1.1º y 2º en relación con el art. 74.1 , en concurso medial, del art. 77 , con un delito continuado de estafa de los arts. 248.1, 249 y 250.1.3º y 6º , en relación con el art. 74 ; todos ellos del Código Penal (CP). La Audiencia ha dictado sentencia absolutoria, por falta de tipicidad de los hechos enjuiciados. El Ministerio Fiscal, con la adhesión de la Acusación Particular, ha interpuesto el recurso de casación, respecto al delito de falsedad, por entender que los hechos deben subsumirse en el delito continuado de falsedad mercantil, ya que la Jurisprudencia ha incluido como uno de los supuestos del art. 390.1.2º la formación de un documento enteramente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente (falta de autenticidad objetiva).

2. No cabe duda sobre que los cheques y pagarés son documentos mercantiles, sin más que atender a que están incluidos como tales en la Ley Cambiaria y del Cheque.

Asimismo debemos partir de que, más allá de la distinción entre los términos material e ideológico, y a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 26.2.1999 , la confección completa de un documento mendaz que incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con transcendencia jurídica, a modo de



completa simulación del documento, debe ser considerada como falsedad comprendida en el art. 390.1.2º CP y no en el número 4º de ese art. 390.1, de manera que cabe enlazar el tipo del art. 392 de falsedad en documento mercantil cometido por particular con el art. 390. Véanse las sentencias de 7.2.2005 y 14.3.2004 TS.

Ahora bien, el factum viene a dejar traslucir, de un lado, que los cheques y los pagarés a que se refiere reunían todos los requisitos extrínsecos a que se refiere la Ley Cambiaria y del Cheque en sus artículos 106 y 94; de otro, que en la expresión formal de esos requisitos no se había producido alteración alguna de la verdad; y, de otro, tras los títulos, no existía un negocio subyacente, aunque sí, en los casos de los cheques, el pacto de disponibilidad y la provisión de fondos a la entidad librada.

3. Llegados a este punto conviene poner de relieve que:

a) Los bienes jurídicos protegidos son la fe y la seguridad en el tráfico jurídico. Sentencias de 26.6.1999 y 26.9.2002, TS.

b) Dada la diversidad funcional entre los cheques o pagarés y una factura, no cabe aplicar a aquellos la doctrina jurisprudencial sentada en torno a la factura - como en las sentencias de 25.1.2006 y las que cita, TS -, puesto que la segunda es un título causalmente ligado por lo general a un negocio subyacente, que trata de acreditar, mientras que cheque y pagaré, aunque respectivamente instrumento o promesa de pago, tienden, al menos en determinadas relaciones, a la abstracción respecto al negocio subyacente.

Así las cosas, y atendiendo, insistamos, a la función propia de la clase de títulos valores objeto de nuestro examen, no puede reputarse, en el caso específico, que su elaboración encerrara en sí daño alguno de los indicados bienes jurídicos protegidos en los delitos de falsedad.

4. Sin embargo es preciso dilucidar si las actuaciones contables derivadas de aquellos títulos encerraron, en el supuesto singular, una alteración transcendente de la verdad. Y, tal y como aparecen relatados en el factum, los hechos las anotaciones contables relativas a los títulos-valores no hicieron sino reflejar fielmente la imagen propia de ellos.

Es más, los libramientos inmediatos de las órdenes de movimientos de Fondos, por los importes nominales de los títulos, cerrando el círculo operativo, y las correspondientes anotaciones tampoco desfiguraban la realidad ligada a los cheques y pagarés en sí.

Y, prescindiendo de un campo que aquí y ahora no nos ocupa cual es el del delito contra el patrimonio y ateniéndonos al factum, no cabe aseverar que dicho circuito operativo encerrara en alguna de sus fases, potencial o actuadamente, la afectación de los bienes jurídicos que la punición de la falsedad documental trata de proteger. Aunque lo expuesto no descarte la existencia de cualesquiera otras clases de perjuicios para las entidades de crédito.

5. Con arreglo al art. 901 LECr debe declararse no haber lugar al recurso; y, como ha intervenido principalmente el Ministerio Fiscal, las costas deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que, por infracción de Ley, ha interpuesto el Ministerio Fiscal, con la adhesión del Banco de Galicia SA, contra la sentencia dictada, el 11/4/2008, por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2, en proceso sobre falsedad y estafa. Y se declaran de oficio las costas.

Notifíquese la presente resolución a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Perfecto Andrés Ibáñez Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Manuel Marchena Gómez Siro Francisco García Pérez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Siro Francisco García Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.