



Roj: **STS 3935/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:3935**

Id Cendoj: **28079120012007100455**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2007**

Nº de Recurso: **2249/2006**

Nº de Resolución: **533/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9578/2006,**  
**STS 3935/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil siete.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Roberto y Jose Daniel , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Cobo Martínez de Murguía y Sr. Esteban Sánchez; siendo parte recurrida Citibank España S.A., representado por el Procurador Sr. Barreiro-Meiro Barbero.

### **I. ANTECEDENTES**

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado nº 1374/04, seguido por delito de estafa, contra Jose Daniel , Roberto , Pedro Francisco , Augusto , Evaristo , Isidro , Esther , Octavio , Jose Luis , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, que con fecha 6 de Julio de 2006 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"1º.- Jesús Luis , menor de edad y contra el que no se sigue este procedimiento propuso al acusado Augusto , con ordinal de informática NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, un negocio consistente en abrir una cuenta corriente en el Citibank donde recibiría diversas transferencias con cargo a otras cuentas a las cuales el menor, puesto de acuerdo con unos individuos desconocidos, accedía a ellas enviando diversos correos electrónicos a clientes de Citibank con un falso duplicado de su página web haciéndose pasar por empleados para conseguir las claves secretas y una vez sabidas, ordenaba las falsas transferencias a favor de las cuentas, tanto de Augusto como de los acusados Pedro Francisco y Evaristo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, que fueron convencidos por Augusto para la apertura de cuenta y recepción de las transferencias. No consta la persona o personas que incitaron a los acusados Roberto , con ordinal de informática NUM001 y Jose Daniel , con ordinal de informática NUM002 , mayores de edad y sin antecedentes penales y los también acusados Ernesto e Octavio , con DNI NUM003 , ambos mayores de edad y con antecedentes penales irrelevantes a los efectos de reincidencia, a abrir cuentas con la finalidad antedicha. De esta forma abrieron las siguientes cuentas e ingresaron en ellas cantidades que a continuación se relacionan: a) Roberto : abrió dos cuentas, una en la sucursal 11 de Madrid, el día 26.1.2004 y otra en la sucursal de Alcalá de Henares el día 25.3.2004 en las que transfirió un total de 159.559,20 y 73.197,77 euros respectivamente. No obstante, no dispuso de 15.229,77 y 8.104,36 euros, también respectivamente. En el momento de la detención se le intervinieron diversas tarjetas de visita, entre otros del Citibank, varias tarjetas visa y 650 euros.- b) Jose Daniel : el 25.2.2004 abrió una cuenta en la sucursal núm. 122 de Madrid en la que



transfirió un total de 22.374,63 euros de los que no dispuso de 7.497,60 euros. En el momento de la detención se le intervinieron 690 euros.- c) Augusto procedió a aperturar el día 24.11.2003 la cuenta de la sucursal núm. 13 de Madrid ingresando, a través de transferencias, la cantidad de 14.866,75 euros de los que no dispuso de 4,04. Cuando se le detuvo se le intervino diversa documentación bancaria.- d) Pedro Francisco : el día 19.1.2004 en la sucursal núm. 10 de la calle Princesa de Madrid, aperturó una cuenta e ingresó en ella, por el mismo procedimiento, la cantidad total de 18.016,37 euros de los que no dispuso de 2027,97 euros. Cuando se le detuvo le intervinieron diversos documentos bancarios.- e) Evaristo : el día 31.3.2004 abrió la cuenta en la sucursal de la calle Diego de León, agencia urbana núm. 13 ingresó en ella la suma de 4.000 euros de las que quedó un saldo, tras las diversas extracciones, de 1008,20 euros.- f) Ernesto , el día 29.1.2004 abrió una cuenta a través de Internet recibiendo en ella la cantidad de 2.000 euros de los que dispuso salvo 37 euros que quedaron en la misma.- g) Octavio , el día 5.3.2004 abrió una cuenta en la ciudad de Valencia, agencia urbana núm. 4 en la que recibió varias transferencias por importe total de 27.769,21 euros de los que dispuso.- dichas cantidades las obtuvieron de cuentas corrientes de clientes de Citibank en E.E.U.U. a través de la banca on-line, cantidades que fueron compensadas bancariamente por el Centro Compensador de Citigroup en Long Island City de Nueva York.- El Banco ha abonado a todos sus clientes el importe de las anteriores transferencias.- Con carácter previo a la sesión del juicio Pedro Francisco y Evaristo han procedido a devolver las cantidades indebidamente ingresadas en sus cuentas". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS como responsables en concepto de autores de un delito continuado de estafa, ya definido, a Roberto a la pena de prisión de tres años, multa de ocho meses con cuotas de tres euros; a Jose Daniel , Augusto e Octavio a la pena de prisión de dos años, multa de 7 meses con cuota de 3 euros a cada uno de ellos y a Pedro Francisco , Evaristo y Jose Luis a la pena de prisión de 13 meses, multa de seis meses con cuotas de tres euros a cada uno de ellos; a todos inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de una novena parte de las costas causadas a cada uno de ellos.- Roberto deberá indemnizar a la entidad Citibank España en 159.559,20 euros; Jose Daniel en 22.374,63 euros, Augusto en 14.866,75 euros, Octavio en 27.769,21 euros, Jose Luis en 2000 euros, cantidades de las que se habrá de deducir aquellas otras que quedaron bloqueadas en las cuentas corrientes, devengando las resultantes del interés previsto en el art. 576 de la LEC.- ABSOLVEMOS a Esther y Isidro del delito de Estafa por el que en su día fueron acusados, declarando de oficio dos novenas partes de las costas causadas.- Abóneseles el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.- Acredítese la solvencia o insolvencia de los condenados. Hágase entrega a la entidad Citibank España a través de su representante legal de las cantidades que quedaron bloqueadas en las cuentas corrientes de los acusados". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Roberto y Jose Daniel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Roberto formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba al vulnerarse el derecho de presunción de inocencia recogido en el art. 4.2 de la C.E . y al amparo del art. 849.2 de la LECriminal y del 5.4 de la LOPJ .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley con base en el art. 849.2 al haberse infringido el art. 248 del C.P .

TERCERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECriminal.

CUARTO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 de la LECriminal.

QUINTO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 de la LECriminal.

SEXTO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 de la LECriminal.

SEPTIMO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 de la LECriminal.

La representación de Jose Daniel , formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de Ley por vulneración del art. 24.2 de la C.E . y al amparo del art. 849.2 de la LECriminal y 5.4 de la LOPJ .

SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO y SEPTIMO: Se contestan de manera conjunta al ser exactamente copia literal de los correspondientes al recurrente Roberto .



Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 5 de Junio de 2007.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 6 de Julio de 2006 de la Sección XVI de la Audiencia Provincial de Madrid, condeno a los Hermanos Jose Daniel y Roberto como autores de un delito continuado de estafa a las penas, respectivamente, de dos años de prisión y multa y tres años de prisión y multa con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que ambos, junto con otras personas también condenadas y no recurrentes, aceptaron abrir cuentas corrientes en la entidad Citibank donde recibieron transferencias con cargo a otras cuentas de clientes auténticos del Citibank que terceras personas, valiéndose de un falso duplicado de la página web del Banco habían accedido a las claves secretas de tales clientes. Conocidas todas las claves efectuaban las transferencias a las cuentas abiertas por ambos recurrentes y los otros condenados.

De las cantidades ingresadas en tales cuentas, dispusieron los recurrentes de la forma descrita en el factum.

Se han formalizado dos recursos formalmente independientes, uno por cada recurrente. Decimos formalmente independientes porque en realidad se trata de dos recursos idénticos en sus argumentaciones y en su redacción literal, por ello van a ser estudiados conjuntamente.

Segundo.- Estudiamos conjuntamente los motivos primero, segundo y tercero, de ambos recursos en los que con manifiesta falta de técnica casacional se acumulan dos vías casacionales de forma improcedente. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el error facti del art. 849-2º LECriminal.

Respecto de esta última vía su rechazo es obvio porque para nada cita el documento acreditativo del supuesto error del Tribunal en el que el recurrente denuncia que se incurrió.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, realmente no se denuncia vacío probatorio alguno sino que los recurrentes sólo se limitaron a aperturar una cuenta donde se efectuaron unos ingresos desconociendo todo el resto de la trama, y por supuesto, la identidad de los titulares de las cuentas desde las que se ordenaban las transferencias y que resultaron perjudicados, ni si actuaron los terceros con consentimiento de los perjudicados, y se concluye que esta ignorancia les causa indefensión, por ello se dice que no existió engaño y por tanto no existió estafa.

La argumentación es insostenible. Se reconoce de hecho de la apertura de las cuentas y, lo que es más relevante que está fue instigada por un menor de edad "...a quien no afecta esta resolución...". Se dice en el factum que dicho menor propuso a otro condenado a la apertura de cuentas en el Citibank, y que otras personas convencieron a Roberto y éste a su hermano habiendo reconocido los otros condenados que la aceptación de esta "operativa" fue a cambio de recibir una cantidad entre el 10% y el 50% de las cantidades transferidas.

Ciertamente, ninguno de los recurrentes reconoció este dato, pero consta que recibieron cada uno en sus cuentas --dos Roberto, y una Jose Daniel -- diversas transferencias por importantes cantidades concretada en el factum, se cifran, respectivamente, en 159.559'20 euros, 73.197'77 euros y 22.374'63 euros, habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas "favorecidas" de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas. Como se dice en la sentencia "...tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero...".

En este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede --como le resultó al Tribunal sentenciador-- concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la "explicación" dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este "servicio" entregando el resto a otras personas desconocidas.

En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo,



es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria.

Se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados, y podemos añadir que no le era necesario ese conocimiento.

Se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber --ignorancia deliberada--, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo, o, más probablemente, en parte como "pago" de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello no pueden ignorar indefensión alguna, por su parte la "explicación" que dieron de que no pensaban que efectuaban algo ilícito es de un angelismo que se desmorona por sí sólo. En la sociedad actual el acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio conoce y sabe de la ilicitud de una colaboración que se le pueda pedir del tipo de la que se observa en esta causa, y al respecto, hay que recordar que los recurrentes vivían en Madrid y no consta en los autos nada que pudiera ser sugestivo de un desconocimiento de la ilicitud de la colaboración que se le pedía, máxime cuando no se trataba de una colaboración gratuita sino que llevaba aneja un claro enriquecimiento personal. No hay por tanto ninguna posibilidad de derivar a ningún supuesto de error la acción de los recurrentes.

Sobre la inexistencia de engaño por parte de los recurrentes, sólo recordar que dada la estructura de la estafa informática, y estamos en una estafa cometida a través de una transferencia no consentida por el perjudicado mediante manipulación informática, en tales casos no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador. En tal sentido, STS de 20 de Noviembre de 2001 y ello es así porque la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal.

No hubo vacío probatorio sino prueba de cargo válida y suficiente que fue razonada y razonablemente motivada.

Por lo que se refiere a la indemnización al Cibitank, no es atendible la petición de que este dato no está acreditado, lo está por la denuncia inicial y las declaraciones de los representantes legales de la entidad y por la realidad de las transferencias recibidas en las cuentas de los recurrentes.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Pasamos seguidamente al estudio, también conjunto de los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo de ambos recursos.

Todos están encauzados por la vía del error in procedendo dejando diversos vicios procesales, lo que va a permitir un estudio conjunto.

Las denuncias formuladas son las siguientes:

- a) Falta de claridad en los hechos probados.
- b) Contradicción en el factum.
- c) Predeterminación del fallo.
- d) No se expresa qué hechos son los probados por el Tribunal.

Pasamos al estudio de estas denuncias:

a) No existe oscuridad. La sola lectura del factum acredita toda su comprensibilidad, sin ambigüedad u oscuridad alguna. Se alega la falta de claridad en relación a la inexistencia de engaño por parte de los recurrentes, y al respecto nos remitimos a lo dicho antes. Ciertamente el recurrente no falsificó sus datos al efectuar la apertura de cuentas, es cierto, y por ello no se le acusa de falsificación documental sino sólo de estafa.

b) Toda verdad judicial o verdad fragmentaria por lo general. En el presente caso, dicha "verdad" judicial sólo ha podido identificar a las personas receptoras de las transferencias, no a los autores de la manipulación informática, ello no impide el castigo de aquéllos. No supone ninguna contradicción.



c) No se acota ninguna frase acreditativa de la predeterminación que se proclama, y evidente tal vicio no puede anudarse a la frase relativa a que se transfirió a las cuentas de los recurrentes, fondos de otras cuentas válidas de clientes del banco en Estados Unidos.

No se adelantó al factum la calificación jurídica. Simplemente se narró una acción en términos de lenguaje usual.

d) Se concreta el vicio de no declararse probada lo que así lo estimó el Tribunal. Basta leer el factum para verificar la inexistencia de la denuncia.

La actividad de los recurrentes aparece descrita con todo detalle.

En conclusión no existen ninguno de los vicios procesales denunciados.

Procede la desestimación de todos los motivos.

Cuarto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar la imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Roberto y Jose Daniel , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, de fecha 6 de Julio de 2006 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, con devolución de la causa a esta ultima e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano José Antonio Martín Pallín

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