

**C. DERECHO
PENAL**

ESTAFA Y FALSEDAD

**Núm.
128/2004**

Ángel MUÑOZ MARÍN

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Salvador, accionista mayoritario de la sociedad XX, y administrador único, necesitando liquidez para la empresa, ya que pasaba por dificultades económicas a causa del impago por parte de algunos deudores de cantidades debidas, contactó con Santiago, a la sazón propietario de la Sociedad YY, y con el que tenía una sólida relación de amistad. En la reunión mantenida entre ambos, Salvador propuso a Santiago la posibilidad de emitir diez letras de favor por importe cada una de 2.000 euros, y con vencimiento cada una los días 15 de los siguientes diez meses. En dichas letras figuraría Santiago como librado, comprometiéndose Salvador a abonar previamente en la cuenta número 00000000 propiedad de la sociedad de Santiago el importe de cada una de las letras que irían venciendo. Tras los ruegos y peticiones de Salvador, Santiago aceptó la operación, tras lo cual el primero procedió a emitir las correspondientes letras, que igualmente procedió a descontar en una línea de descuento propiedad de su sociedad, que tenía concertada con la Entidad Bancaria ZZZ (la cual comprobó la solvencia real de Santiago, ya que era cliente habitual de la misma); sin embargo, en vez de emitir las 10 letras apalabradas por importe de 2.000 euros cada una, libró 11 letras, las diez primeras por importe de 2.000 euros cada una, y la restante por importe de 5.000 euros. Como resultado de lo cual, las primeras diez letras fueron atendidas en sus respectivas fechas de presentación, con el importe que previamente ingresaba Santiago en la cuenta apalabrada, sin embargo la letra onceava no fue atendida, al no efectuar éste el ingreso. La firma estampada en los aceptos de las diez primeras letras la había realizado Santiago, mientras que en la undécima, lo hizo Salvador. La cantidad entregada a Salvador por esta última letra de cambio fue recuperada por la entidad bancaria, ya que se bloqueó la cuenta en la que había depositado la referida cantidad.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

¿Son delictivas las conductas llevadas a cabo por parte de Salvador y Santiago?

• **SOLUCIÓN:**

Los hechos que nos vienen determinados en el enunciado del supuesto son claros y concisos; de los mismos, y en una primera aproximación podríamos plantearnos la existencia de un posible delito de falsedad en documento mercantil, y de otro, de un posible delito de estafa. De cualquier forma, los hechos hay que diferenciarlos para su análisis en dos partes, por un lado nos encontramos la elaboración y puesta en circulación de las diez primeras letras de cambio libradas, y en segundo lugar la última letra librada.

Respecto a las diez primeras letras, y al posible delito de falsedad, hay que concluir que el mismo no existe. El artículo 392 del Código Penal (CP) señala:

«El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.»

Es claro que la letra de cambio tiene carácter de documento mercantil, tal y como tiene reconocida una reiterada jurisprudencia, aunque como en este caso responda a un acuerdo entre particulares. La cuestión que hay que suscitar es si la letra de cambio se encuentra alterada en algunos de sus elementos, ya que el bien jurídico protegido en el tipo legal es la seguridad del tráfico, que sin duda es atacada cuando se introducen en el mismo documentos mercantiles manipulados o alterados. En el presente caso, no se duda, de que las letras de cambio en realidad no respondían a negocio jurídico alguno, ni siquiera pudiera hablarse de préstamo, ya que no concurren los requisitos que el Código Civil establece para dicho negocio jurídico; así, el artículo 1.740 establece:

«Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.»

y que por parte de Santiago no se produce la entrega de dinero, sino que tan sólo sirve de pantalla, para obtener de la Entidad Bancaria una liquidez que en ese momento no tiene Salvador. Se trata por tanto, de un negocio cambiario ficticio que no responde a una relación material subyacente. Por tanto es un documento mercantil en que falta la causa, y la existencia misma del negocio del que debiera derivar; por tanto, la falsedad en cuanto al contenido de la misma pudiera manifestarse. No obstante, para poder considerar dicha conducta como delictiva, habrá que analizar si la misma atenta contra el bien jurídico protegido que, como ya hemos adelantado, es la seguridad del tráfico mercantil; esto es, la seguridad que la sociedad debe tener en la veracidad de dichos documentos, que son sin duda uno de los motores de la actividad económica de cualquier país el cual se vería seriamente atacado si faltara dicha seguridad. En el presente caso, debemos plantearnos si las diez letras de cambio «de favor» para cuya puesta en circulación se habían concertado ambos, estaban destinadas a entrar en el tráfico mercantil, y por tanto, si pudiera producir un perjuicio para terceros. La respuesta es obvia, desde el momento en que Salvador procede a descontar las letras de cambio en la línea de descuento que tiene abierta en la entidad bancaria, éstas entran en el tráfico mercantil, y por tanto, el perjuicio potencial respecto a la seguridad del tráfico existe. Sin embargo, se trata de un peligro potencial, ya que el acuerdo previo entre ambos, limitaba el tráfico al círculo delimitado por librador y librado, sin aparente perjuicio para terceros.

No debemos olvidar, que al tratarse de diez letras de cambio, en las que ambas partes se encuentran de acuerdo en su emisión, aunque las mismas no respondan a un negocio real, por ello y tratándose la letra de cambio de un documento de carácter abstracto, en el que la autonomía de las declaraciones de voluntad vertidas por los originarios emisores de las letras, permite la circulación de las mismas, así como su descuento por parte de una entidad bancaria (como ocurre en el caso que nos ocupa), la falsedad contemplada en los tres primeros números del artículo 390 no parece tener encaje. Así, las tres conductas tipificadas son:

«... 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º 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...»

El único precepto en el que podría tener encaje sería el número dos, al considerar que nos encontramos ante un documento simulado, que pudiera inducir a error sobre su autenticidad. Pero, la letra en sí, no puede considerarse como atentatoria contra el tráfico mercantil, porque la misma, como ya hemos dicho anteriormente, no está destinada a entrar en el tráfico mercantil, sino que su tráfico se limita a las dos par-

tes en ella intervinientes, siendo meramente un documento de crédito. Por tanto, entendemos que la dinámica en la confección de las diez primeras letras excluye la comisión de un delito de falsedad.

La propia exclusión del delito de falsedad, conlleva en este caso, la del delito de estafa. En primer lugar, la voluntad, tanto de Salvador como de Santiago, era la de atender al pago de las letras en los momentos de sus vencimientos, circunstancia esta que se produjo con toda normalidad. A ello hay que añadir que la solvencia de este último fue comprobada por la entidad bancaria, ya que era cliente habitual de la misma; con lo que ésta hubiera podido hacer efectivo el cobro de las mismas en Santiago. De todo ello se deduce la falta del dolo penal lo que evita la existencia del mencionado delito.

Respecto a la letra undécima, las circunstancias varían totalmente. Son precisamente los argumentos que hemos venido manejando para la exclusión de los delitos de falsedad y estafa, los que nos llevan a afirmar en este caso la existencia de los mismos. En la confección de la letra, no existe acuerdo alguno entre Salvador y Santiago, hasta el punto de que la firma plasmada en el acepto de la letra está realizada por el primero, sin consentimiento ni conocimiento del segundo; pero es más, esa letra de cambio sí que va a entrar en el tráfico mercantil, y su circulación no va a estar limitada a ellos dos, en tanto en cuanto, falta el acuerdo entre ellos. No estamos ante una letra de peloteo o de favor, como veíamos anteriormente, sino ante una letra falsificada, en la que no existe respaldo negocial alguno en la que se hace constar la intervención de una persona que realmente no ha intervenido en la emisión de la misma. Por ello, se dan claramente los requisitos del tipo del artículo 392 del CP en relación con el artículo 390.

La estafa se presenta con meridiana claridad, desde el momento en el que su presentación al descuento bancario, ya que la misma fue presentada como auténtica, sin que la misma tuviera base negocial alguna entre las partes que se hacían constar en la misma. El engaño se presenta claro y diáfano, más cuando se habían presentado diez letras anteriores que habían sido atendidas, por lo que se aprovecha de la confianza que esas diez letras habían producido en la entidad bancaria, para poder descontar la última, por un importe netamente superior a las diez anteriores. Ello produce el error en la entidad bancaria, y por tanto, el acto de disposición en perjuicio propio o de un tercero.

Las únicas dudas que nos pueden surgir en la configuración del tipo delictivo son dos. Por una parte si nos encontramos ante una estafa contemplada en el tipo básico del artículo 248, o si nos encontraríamos ante el tipo agravado recogido en el artículo 250.1.3.º; y por otra, si para la consumación del delito se exige la disposición real de la cantidad defraudada.

Respecto a esta última cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) entiende que la consumación del delito de estafa se produce en el momento en que se produce el acto de disposición por el que el titular del bien se desprende de él, y pasa a poder del sujeto activo del delito, con independencia de que se aproveche realmente de dicha transmisión, lo cual entra dentro del agotamiento del delito. En el presente caso, el descuento en sí supone que el sujeto activo del delito recibe la cantidad de la entidad de crédito, y desde ese momento tiene la plena disponibilidad sobre la misma, por lo que la circunstancia de que disponga realmente de la misma entra dentro de la fase del agotamiento del delito.

La cuestión sobre si nos encontramos o no ante el supuesto agravado del artículo 250.1.3.º del CP se presenta más ardua. De la lectura de dicho precepto, no hay duda de que la estafa se ha llevado a cabo mediante la presentación de una letra de cambio, y por tanto, se produce la descripción delictiva. La duda surge, sobre si al penar previamente por el delito de falsedad en documento mercantil, estaríamos vulnerando el principio *non bis in idem*. En primer lugar, entendemos que los dos delitos en cuestión protegen bienes jurídicos distintos, la falsedad la seguridad en el tráfico mercantil, y la estafa el patrimonio; lo cual ya de por sí es un elemento a tener en cuenta para no considerar la existencia de tal vulneración. A ello hay que añadir la circunstancia de que el tenor del artículo 250.1.3.º no exige para la existencia del mismo que la letra de cambio, el cheque, el pagaré sean de por sí falsos, por lo que el delito podrá agravarse con esta circunstancia aunque el mismo fuera verdadero. Ello supone que de sostenerse la existencia de un *bis in idem*, se estaría privilegiando a aquella persona que además de cometer la estafa, comete un delito de fal-

sedad, lo que sin duda carece de toda lógica jurídica e incluso ética ya que ese plus de antijuridicidad existente en la conducta carecería de sanción. La agravación contemplada en el artículo 250.1.3.º trata de proteger el patrimonio del sujeto pasivo con independencia de que la letra de cambio sea verdadera o no. Por tanto, nos encontramos ante un concurso medial de delitos de falsedad del artículo 392 en relación con el artículo 390.1 y un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.3.º del CP. Este criterio fue acordado por el TS en reunión Plenaria para unificar doctrina de fecha 8 de marzo de 2002, habiéndose seguido posteriormente en sentencias de fechas 13 de marzo y 24 de junio de 2003 entre otras. En tal sentido, la doctrina sentada por el Alto Tribunal establece, «el tipo agravado prevenido en el artículo 250.1.3.º del CP de 1995 sanciona reforzadamente la utilización de determinados documentos mercantiles como instrumentos para la comisión de una estafa, con independencia de su autenticidad o falsedad, pues lo que determina una mayor penalidad es el medio utilizado para cometer la estafa, es decir, el empleo de aquellos instrumentos de pago o crédito más usuales en el ámbito mercantil. Ha de tenerse en cuenta que el nuevo CP ya no sanciona autónomamente la emisión de cheques en descubierto, ni tampoco se sancionan las denominadas letras de favor o complacencia, que únicamente dan lugar a responsabilidad penal cuando dichos instrumentos mercantiles se utilicen como soporte de un engaño, para dar lugar a una estafa.

La mayor capacidad lesiva de la utilización de estos medios, por su idoneidad para vencer las barreras de autoprotección de la víctima, dada la confianza que generan los instrumentos mercantiles, justifica la agravación, que en consecuencia concurre en cualquier caso aunque los instrumentos utilizados sean auténticos. Conforme a una doctrina ya tradicional de esta Sala ambos delitos (falsedad y estafa) deben sancionarse conjuntamente, dando lugar, en su caso, a lo que se denomina concurso medial (art. 77), pues la sanción de la estafa no cubre todo el disvalor de la conducta realizada, al dejar sin sanción la falsificación previa, que conforme al artículo 392 no requiere, para su punición, el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo».

Este párrafo extractado de la STS de 7 de abril de 2004 contiene la doctrina que hemos de aplicar al caso que hemos planteado. En el primer párrafo, el TS hace una afirmación tajante, y así señala que **el nuevo CP ya no sanciona automáticamente la emisión de las denominadas letras de favor o complacencia, que únicamente dan lugar a responsabilidad penal cuando las mismas se utilicen como un medio para cometer una estafa**. Ello supone, como ya hemos razonado durante la resolución del supuesto de hecho, que la conducta de Santiago y Salvador respecto de las diez primeras letras de cambio es impune, ya que en ningún momento se plantearon dejar de atender el pago de las mismas, por lo que al no existir un delito de estafa, no puede entenderse la comisión del delito de falsedad, ya que la emisión de letras de favor en sí no supone automáticamente la existencia de un delito de falsedad.

Finalmente, la existencia de los delitos contemplados en los artículos 250.1.3.º y 392, no atenta contra el principio *non bis in idem*, por lo que habrá que sancionar con arreglo a las normas contempladas en el artículo 77 del CP, que establece:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.»

La pena establecida para el delito de falsedad del artículo 392 es la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; por su parte, la pena establecida para el delito contemplado en el artículo 250.1.3.º es la de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Por tanto, al encontrarnos ante dos delitos consumados en los que no existen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, habrá que acudir a lo establecido en el artículo 66.1 del CP que señala:

«1.^a Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.»

Con estos antecedentes, habrá que determinar si es más beneficioso para el acusado el penar los delitos por separado o aplicar la pena más grave en su mitad superior. Al no concurrir circunstancias de especial significación en los delitos cometidos, entiendo que las penas deberán imponerse en su mitad inferior; por lo que para el delito de falsedad, la pena podría ser la de ocho meses de prisión y la multa de siete meses (de la cuantía de la multa nos ocuparemos con posterioridad). En la estafa, habrá que tener en cuenta lo establecido con carácter general en el artículo 249 del CP, que señala que la pena se impondrá teniendo 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 cualesquiera otras circunstancias que sirvan para valorar la gravedad de la infracción. La cuantía defraudada es de 5.000 euros, la cual es de cierta importancia, aunque no alcanza para aplicar el tipo recogido en el número 7 del artículo 250. El quebranto económico producido en el perjudicado no es significativo por dos circunstancias, la primera porque la cantidad defraudada se recupera, y en segundo lugar, porque el perjuicio que para una entidad bancaria suponen 5.000 euros es insignificante. Respecto a las relaciones entre perjudicado y defraudador, señalar, que existía entre ellos una previa relación comercial de confianza, la cual venía sustentada además por la previa emisión y abono de las diez primeras letras de cambio, lo que sin duda, hay que tener en cuenta a la hora de determinar la pena. Por ello, y del análisis de las circunstancias mencionadas, entendemos que la pena solicitada podría estar en los dos años y cuatro meses y una multa de nueve meses. La suma de ambas penas sería la de tres años de prisión y dos multas, una de siete meses, y otra de nueve meses. Si se aplicara la pena para el delito más grave en su mitad superior, la pena mínima que se podría imponer sería la de prisión de tres años y seis meses y multa de nueve meses, con lo cual es más beneficioso para el acusado el sancionar los delitos por separado. De cualquier forma, entiendo que el análisis de la pena más beneficiosa habría que hacerla con las penas tipo y no una vez que se hayan tenido en cuenta las circunstancias recogidas en el mencionado artículo 249. Así mientras la pena más grave en su mitad superior sería la ya dicha de prisión de tres años y seis meses y la multa de nueve meses. La pena mínima para el delito de falsedad sería la de seis meses de prisión y multa de seis meses, y para la estafa, prisión de un año y multa de seis meses. Por ello, siempre sería más beneficioso aplicar las penas por separado.

Respecto a la cuantía de la multa, aunque el relato de hechos no nos especifica la situación económica de Santiago, sin embargo, se desprende que se trata de un comerciante, de cierta solvencia económica (no olvidemos que abona las primeras diez letras), por lo que entendemos que la cuantía diaria de la multa podría ser de diez euros. No olvidemos que la jurisprudencia ha pasado de una primera época en que se consideraba que si no se aportaban a la causa elementos claros de la situación económica del acusado, a una posterior corriente en la que entiende que dicha situación económica puede desprenderse de ciertos signos aparentes como puede ser la posesión de automóviles, propiedades, etc. Igualmente, la jurisprudencia ha señalado que de imponerse en todos los casos la pena de multa en su grado mínimo (incluso por debajo de la sanción administrativa que les correspondería) se estaría diluyendo en elemento disuasorio de dicha pena de multa.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 248, 250.1.3.º, 390 y 392.**
- **SSTS de 27 de mayo de 2003 y 7 de abril y 19 de julio de 2004.**