



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2 OURENSE

-

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1
Tfno.: XXX Fax: XXX
Equipo/usuario: XXX

Modelo: XXX TESTIMONIO TEXTO LIBRE
N.I.G: XXX

Rollo: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 000019 /2018

Órgano Procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CELANOVA
Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000214 /2011

Acusación: MINISTERIO FISCAL, XXX
Procurador/a: , JOSE RAMON TABOADA SANCHEZ
Abogado/a: , ANTONIO PUGA RODRIGUEZ

Contra: JOSE XXX XXX, BANCO SANTANDER SA , BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA , OPEN BANK SA

Procurador/a: JOSE MARIA FERNANDEZ VERGARA, SONIA OGANDO VAZQUEZ , MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO , MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO

Abogado/a: FRANCISCO VELOSO GONZALEZ, JOSE IGLESIAS ARES , JAIRO FERRERAS VALLADARES , JOSE IGLESIAS ARES

D/D^a. MARIA DEL CARMEN SOTELO FERNANDEZ, Letrado de la Administración de Justicia de AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de OURENSE.

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el procedimiento referenciado que se sigue en este Órgano Judicial, ha recaído Sentencia de fecha 29/10/2018 con el siguiente tenor literal:

“SENTENCIA N° 254

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

MANUEL CID MAZANO

Magistrados/as

AMPARO LOMO DEL OLMO

MARIA DE LOS ANGELES LAMAS MENDEZ

=====

En OURENSE, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección 002 de esta Audiencia Provincial, la causa instruida como DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO n° 214/2011 del Juzgado de Instrucción de Celanova y seguida por el trámite de Procedimiento Abreviado - Rollo de Sala n° 19/2018 - por delito de estafa,

contra JOSE XXX, DNI XXX, natural de Ourense, nacido el XX/XX/1989, hijo de XXX y de XXX, representado por el Procurador D. JOSE MARIA FERNANDEZ VERGARA y defendido por el Letrado D. FRANCISCO VELOSO GONZALEZ, sustituido por la Letrado D^a CARMEN SILVA FERNANDEZ, y como Responsables Civiles Subsidiarios: BANCO DE SANTANDER, representado por la Procuradora D^a SONIA OGANDO VAZQUEZ y defendido por el Letrado D. JOSE IGLESIAS ARES; BANCO BILLBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representado por la Procuradora D^a MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO y defendido por el Letrado D. JARIO FERRERAS VALLADARES sustituido por la Letrado D^a MARIA ARANCHA VALLADARES y OPEN BANK S.A. representado por la Procuradora D^a MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO y defendido por el Letrado D. JOSE IGLESIAS ARES siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, y como Acusación Particular XXX, representado por el Procurador D. JOSE RAMON TABOADA SANCHEZ y defendido por el Letrado D. ANTONIO PUGA RODRIGUEZ. Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MANUEL CID MANZANO.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se instruyeron por un presunto delito de estafa, en virtud de Atestado n^o 2011-004578-00000121 de la Guardia Civil de Celanova que dio lugar a la incoación, en fecha 5/05/2011, de la causa de Diligencias Previas n^o 214/2011 por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción de Celanova. Practicadas las oportunas diligencias, se decretó la apertura de juicio oral contra el acusado, JOSE XXX por el referido delito y se declaró esta Audiencia Provincial como órgano competente para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Recibida en fecha 05/06/2018 la causa en esta Sección Segunda, se formó el Rollo de Sala n^o 19/2018 y, previos los trámites de rigor, se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró en el día de su fecha, 26/10/2018, y a cuyo acto compareció el acusado y quienes, además, se relacionan en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas y con modificación de su escrito de acusación, calificó los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 en concurso medial con un delito continuado de Estafa de los arts. 74.1, 248.1 250.1, 5^o del CP, con la concurrencia de la atenuante analógica de confesión del art. 21. 5 en relación con el punto 7 solicitando se le imponga la pena de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y 6 meses de multa a razón de 6 euros día. Costas.

CUARTO.- Por la Acusación Particular personada, en sus conclusiones definitivas modificó su escrito de acusación en los mismos términos solicitados por el Ministerio Fiscal y responsabilidad civil reflejadas en el informe pericial.

QUINTO.- Por la defensa del acusado elevó sus conclusiones a definitivas, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

SEXTO.- Por las Entidades BSCH y OPEN BANK, se elevaron sus conclusiones a definitivas, solicitando la libre absolución de sus patrocinadas.

SEPTIMO.- Por la defensa de BBVA elevo sus conclusiones a definitivas, solicitando la libre absolución de su patrocinado y subsidiariamente se hace mención expresa a que se estime una concurrencia de culpas

II - HECHOS PROBADOS

Desde el año 2011, el acusado José XXX, mayor de edad, con DNI XXX y sin antecedentes penales, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito sabedor de que XXX, residía fuera de España, acudió a la vivienda que éste tenía en el lugar de Feciñas, perteneciente al partido judicial de Celanova, y aprovechando que la correspondencia postal sobresalía del buzón, se apoderó de un carta que contenía el número de DNI del señor XXX, lo que le permitió operar con total libertad en la banca electrónica, obtener varias tarjetas y crear cuentas corrientes, todo ello favorecido por las escasas medidas de seguridad aplicadas por las entidades bancarias.

De este modo, José XXX, logró realizar en perjuicio del señor XXX, los desplazamientos patrimoniales que a continuación se detallan, mediante compras on line, reintegros en efectivo y transferencias:

- 1- Cuenta bancaria n° XXX, perteneciente al Banco de Santander: 4.564'03 euros, mediante cargos con tarjeta entre el 23 de diciembre de 2013 y el 27 de enero de 2014 y 25.200 euros de reintegro en efectivo realizados entre el 7 de enero y el 17 de febrero de 2014.

- 2- Cuenta bancaria nº XXX, perteneciente a__Open Bank: 1350'64 euros, mediante cargos con tarjeta entre el 10 de septiembre de 2014 y el 26 de enero de 2015 y 12.310 euros de reintegro en efectivo realizados entre el 16 de enero y el 5 de febrero de 2015.
- 3- Cuenta bancaria nº XXX, perteneciente al BBVA: 3.549'10 euros, Mediante cargos con tarjeta entre el 3 y el 24 de diciembre de 2014 y 58.300 euros de reintegro en efectivo realizados entre el 2 de enero y el 28 de febrero de 2015.
- 4- Cuenta bancaria nº XXX, perteneciente Nova Galicia Banco: 3.640 euros, mediante la aplicación PAYPAL, entre el 6 de septiembre de 2011 y el 6 de marzo de 2012.

El importe económico obtenido por José XXX ascendió a 109.403'73 euros, según dictamen pericial obrante en la causa.

La entidad Bancaria Nova Galicia Banco, reintegró a XXX, los 3.640 euros de los que ilícitamente se había apropiado el acusado.

Ninguna de las referidas entidades bancarias en las que estuvo depositado el efectivo de XXX, a quienes correspondía su guardia y conservación cumplió de forma adecuada las disposiciones reguladores de dicha custodia al no haber adoptado los mecanismos de protección básicos para la eficaz salvaguarda de su patrimonio; circunstancia que hizo posible tanto la obtención de datos personales de XXX, de tarjetas de crédito nunca solicitadas por el cliente y números secretos remitidos al mismo mediante correo postal ordinario, como la posterior utilización del servicio de banca electrónica para crear cuentas, contratar las tarjetas y efectuar los movimientos anteriormente explicitados.

III - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de Descubrimiento de Secretos tipificado en el art. 197.1º en concurso medial con un delito



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

continuado de Estafa previsto y penado en los Arts. 248.2º y 250.1º. 5º todos ellos del Código Penal, en relación con los arts. 74.1 y 2 y 77 del mismo texto punitivo.

En el presente caso ambas figuras delictivas concurren en concurso medial como fue objeto de calificación por las acusaciones; y además, en cuanto al delito de estafa se ha aplicado como agravado para el acusado, ya que el valor de la defraudación por él realizada superó los 50.000 euros.

Tal delito ha de reputarse como continuado, ante la existencia de un plan preconcebido o idéntica ocasión, lo que supone la ejecución de múltiples actos, con el mismo modus operandi, que se pueden perpetrar en diferentes lugares y en tiempos próximos, y que esas diferentes acciones sean subsumibles en el mismo artículo del Código Penal, lo que sucede en el caso, en el que el acusado, en un determinado periodo de tiempo desarrollo la actividad delictiva descrita en el factum. Concurre por tanto una pluralidad de actos, con un designio común, regidos por un plan de la autora, que no pueden desligarse los unos de los otros, para aprovecharse de las circunstancias de su víctima, de los actos de disposición por éste. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2.001 de los hechos que se declaran probados surgen una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario, cuya meta se trata de conseguir aprovechando una idéntica ocasión, como exige el art. 74 del vigente Código Penal

De la prueba practicada a que se hará mención, no cabe dudar de la perpetración por parte del acusado de la conducta penada en el art. 197.1 CP al apoderarse ilícitamente de la correspondencia bancaria de su tío abuelo XXX de suerte que, accediendo indebidamente a su contenido, pudo desplegar las operaciones descritas en el relato de hechos probados que le permitieron incorporar a su patrimonio las cantidades mencionadas en el mismo. Dicho acusado reconoció en juicio, tal y como había hecho en sede instructoria, la certeza de dicho apoderamiento y apertura in consentida de documentación postal, reiterada en el tiempo.

SEGUNDO.- Según reiterada doctrina jurisprudencial, STS de 24 septiembre 2008, STS 415/2.002, de 8 de marzo, STS 1217/2004

de 2.11, que sigue a las SSTs. 19/5/2000, 5.6.2000, 3.4.2001, 20.2.2002, 8-3-2002, son elementos del delito de estafa:

1) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno, plasmado en alguno de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecuencia de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial. Cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, debiendo tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

Engaño que se identifica con cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en su voluntad y en su consentimiento y le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS 79/2000 de 27.1). Hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 161/2002 de 4.2). 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 o adecuado para provocar el error determinante de la supuesta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocido o reconocibles por el autor (STS. 8.3.2002).

El engaño puede concebirse a través de los más diversos ardidés o actuaciones dado lo ilimitado del engaño humano y "



la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece", puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (STS. 17.1.98, 26.7.2000, 2.3.2000).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

3) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4) Un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntaria maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir la inducción que atenta el desprendimiento

patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio de la víctima.

6) Ánimo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado.

TERCERO.- Conforme establece, entre otras, la STS 31/12/08 "el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima".

Es decir, el engaño típico ha de ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima concreta en las condiciones y circunstancias en que se halle, cuya exigencia conduce a excluir de la tutela penal las lesiones patrimoniales que la víctima hubiera podido evitar mediante la adopción de las cautelas que le eran exigibles en la parcela del tráfico jurídico mercantil o económico de que se trate, puesto que el ámbito de protección de la norma de la estafa sólo previene ataques inevitables por la víctima o que no le eran exigible evitar. La idea se reitera en las SSTS de 30/01/2010 , 3/07/2013 o 30/07/2013 .



Sin embargo, esta doctrina ha sido objeto de modulación. Como señalan las SSTs de 15/03/2012 o 4/04/2013 , "una cosa es la exclusión del delito de estafa de supuestos de engaño burdo, o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales".

CUARTO.- Por lo que se refiere a la llamada estafa informática, la STS 539/2015, de 1 de octubre , señala que la actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro -dice esta sentencia-, debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquéllos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal . También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco.

En este extremo de la cuestión de cuáles son los artificios semejantes las SSTs. 369/2007 de 9.5 y 1476/2004 de 21.2 , precisan que debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber.

El tipo penal del art. 248.2 CP . "tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP . pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, "sin error....". (STS. 860/2008 de 17.12).

En similar dirección la doctrina más autorizada considera que los elementos del delito, con las salvedades señaladas, siendo semejante a los de estafa genérica. Se requiere ánimo de lucro; la manipulación informática o el artificio semejante equivale al engaño bastante y al error; la transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio, elemento que también se requiere. Igualmente, se precisa la relación causal entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio ajeno.

"Transferir", es trasladar, cambiar de un lugar a otro, en el sentido del texto, ello constituye un proceso inmaterial y meramente contable que supone cargar débitos, descontar activos u ordenar ingresos con la correlativa anotación a favor de otro sujeto, al que se reconoce, de esa forma, un derecho de crédito o a favor del que se realiza una cierta prestación o servicio, billetes de transportes que se cargan a otros, ingresos en cuentas corrientes (STS. 860/2008 de 17.12), hacer transferencias bancarias por internet de la cuenta de la empresa a la suya propia, abonos de salarios no debidos, cargos por materiales no suministrados, órdenes de pago falsas, etc.



QUINTO.- Las pruebas documentales, testifical, pericial económica (ratificándose por parte del perito judicial su informe obrante a los f. 720 a 735) y la explícita declaración del acusado, que reconoció en el plenario expresamente tanto la realidad de la dinámica comisiva y el total conjunto de operaciones mencionadas en el relato fáctico como la corrección de las cantidades defraudadas consignadas en el informe pericial, demuestran la perpetración del delito analizado.

Dicha prueba evidenció que la ilícita utilización de los datos bancarios y personales que el acusado obtuvo mediante el apoderamiento y apertura no autorizada de la correspondencia postal de su tío abuelo XXX le permitió poner en marcha la reiterada actividad delictiva de apropiación patrimonial suplantando su identidad mediante el uso del servicio de banca electrónica de forma que obtuvo diferentes tarjetas bancarias, apertura nuevas cuentas y accedió a contratos y cuentas de tal índole, realizando con ello transferencias bancarias, compras on line y retiradas de efectivo.

SEXTO.- Es responsable en concepto de autor de dichos delitos el acusado José XXX, por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que los integran.

SÉPTIMO.- Concorre en la ejecución de los referidos delitos la circunstancia atenuante de confesión prevista en el art. 21.5º y 7º CP de solicitada aplicación por ambas partes acusadoras

Ello debe llevar conforme a lo previsto penológicamente en ambos preceptos penales, 197.1 y 250.1 CP en relación con los arts 74.2 y 77 del mismo texto a la imposición, ex art. 66.1.1ª CP , de la pena en la mitad inferior a la señalada por la Ley , fijándose -atendida la continuidad delictiva y la existencia de un concurso medial-en la de dos años de Prisión y multa de seis meses, a razón de seis euros por día, con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses de prisión en caso de impago. Dicha pena fue de solicitada y coincidente imposición por todas las partes penales actuantes

OCTAVO.- Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente (art. 109 del C. Penal) y debe ser condenado al pago de las costas procesales (art. 123 del C. Penal)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal , el acusado deberá indemnizar al perjudicado en la suma de 105.120'77 euros por las cantidades apropiadas, cantidad total que devengarán el interés legal del artículo 576 de la LEC así responder del pago de las costas procesales en la forma en que se dirá.

NOVENO. - Con relación a la Responsabilidad Civil Subsidiaria de solicitada declaración por las partes acusadoras cumple recordar, como señala la STS de 22-5-2018 : "Con reiteración esta Sala ha declarado los requisitos para la fijación de la responsabilidad civil subsidiaria, entre otras, la sentencia 1046/2001, de 5 de junio , en la que se señala que los elementos determinantes de la responsabilidad civil subsidiaria son los siguientes: a) Que se haya cometido un delito o falta; b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; c) Que tal persona o entidad o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual; d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

En la Sentencia 1433/2005, de 13 de diciembre, se declara que no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o



de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a hacer efectiva la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La doctrina es evidente: la reducción hasta niveles muy débiles del deber de control y diligencia a la hora de consentir que una persona disponga de fondos de otra sin que ésta haya prestado un consentimiento presencial, es palmariamente contrario a la buena praxis bancaria, tan exigente en otras operaciones. Por lo tanto, si en alguna oficina se llevan a cabo operaciones con este nivel de tolerancia y de ellas se derivan perjuicios económicos para los legítimos titulares de los fondos -de los que se ven despojados- ha de declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, persona jurídica, al amparo de lo establecido en el artículo 120.3 del Código Penal .

Ha de decirse que el número tercero del artículo 120 del Código Penal, condiciona el surgimiento de tal responsabilidad de personas naturales o jurídicas a: Primero) que sean titulares de los establecimientos en los que los delitos (o faltas) se cometan. Segundo) que las que las dirijan o administren o sus dependientes o empleados, hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de autoridad -refiriéndose, en sentido amplio, tanto las personas que realizan funciones dirigentes como las que desempeñan otras tareas subordinadas, como dependientes o empleados, pudiendo cometerse la infracción, tanto por acción como por omisión, así como que las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía (entendiéndose por ello, el orden y buen gobierno) como otra más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones. Tercero) esos reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad es preciso que tengan, con el hecho punible, una relación tal que, sin su infracción, el hecho no se hubiese producido.

En resumen, se sanciona claramente, con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria, la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado, mediante una conducta infractora de normas (sentencia del Tribunal Supremo 1308/2002, de 13 de julio), siendo la tendencia de la Jurisprudencia, objetivar, en la medida de lo posible, la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se comentan las infracciones, centrandose en dos ejes su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto, su control es mayor, por producirse precisamente, tales ilícitos, en espacios físicos de titularidad dominical), y, por otro lado, la infracción de normas o disposiciones de autoridad que estén relacionadas con su misma comisión al punto que propician la misma, no residiendo el precepto, únicamente, en los titulares de tales establecimientos (o dirigiendo o administrando los mismos), sino también, como se dijo, en sus dependientes o empleados.

Por lo demás, permanecen, como criterios tradicionales en materia de responsabilidad civil subsidiaria, para fundamentar aquella responsabilidad, la culpa " in eligendo " y la culpa " in vigilando ", que afectan, no al puro derecho penal, sino al derecho resarcitorio como consecuencia de la infracción penal cometida; infracción reglamentaria que debe ser enjuiciada, teniendo en cuenta también otros criterios (propios del ámbito civil) aunque no sean propiamente extraídos de la dogmática penal, llegándose a reconocer (en el caso de entidades bancarias), una responsabilidad civil subsidiaria " ope legis ", sin necesidad de que exista una infracción por parte de sus empleados o directivos (así, sentencia del Tribunal Supremo, 599/2005, de 10 de mayo); además, ha de añadirse que la doctrina jurisprudencial viene situando (sin perjuicio de lo anterior), el fundamento de la responsabilidad subsidiaria, en consideraciones de orden objetivo, representada por la teoría del riesgo, derivada del beneficio que de alguna forma pueda generar un riesgo para terceros.

DÉCIMO. - De las pruebas documental, testifical (representada por la expresiva declaración del Agente de la G.Civil instructor del atestado) declaración del acusado que describió con amplitud la forma de operar con los Bancos y de la propia manifestación testimonial del apoderado del BBVA (que



reconoció tanto los errores en que pudieron haber incurrido como el auténtico desconocimiento por parte de la entidad de todas las formas de acceso y manipulación de cuentas producida) no puede sino convenirse con las partes acusadoras en la acreditación de la concurrencia de innegable negligencia funcional por parte de las tres entidades bancarias interpeladas por reducción hasta niveles muy débiles del deber de control y diligencia a la hora de consentir que una persona disponga de fondos de otra sin que ésta haya prestado consentimiento presencial. Todo ello proyectando al supuesto enjuiciado la doctrina jurisprudencial contenida en el precedente fundamento.

Sobre estimarse elocuente la declaración del Guardia Civil precitado, que intervino en exhaustiva investigación policial y que afirma: "les llamaba la atención las pocas medidas de seguridad adoptadas por los Bancos. No había medidas de seguridad", merece destacarse la manifestación del acusado, coincidente con la prestada detalladamente en instrucción y de la que se deduce, como también exponía el Guardia Civil mencionado, las claras facilidades de que se benefició para la obtención de dinero en las tres entidades implicadas en el desarrollo de la actividad defraudatoria desplegada. Ha de hacerse notar que no concurre intento alguno de demostración por parte de aquellas entidades, siquiera sea en grado indiciario, de la existencia de otra forma de obtención de datos y de operar que la reiteradamente expuesta por el imputado.

Así, señala el acusado, en relato persistente y unívoco que merece la credibilidad de la Sala, que consiguió el acceso a la Banca electrónica de esas entidades a través del uso de una fotocopia caducada del DNI de su familiar, sin que tenga especiales conocimientos en informática. Manifiesta asimismo: "Le mandaron las claves a casa, no necesito el uso del DNI. Tenían una plataforma de pago y le permitían comprar sin tarjeta. A la cuarta tarjeta llegó el PIN en una carta normal. Para darle las tarjetas y el pin no le pidieron nada más. No fue al BBVA ni él ni acompañado. No estaba autorizado por XXX. Hizo transferencias a otras cuentas, solo le hacía falta el PIN.

En OPEN BANK creó una cuenta facilitando el DNI modificado y, solicitando la cuenta, le mandaron los contratos, los firmó y ya pudo operar la cuenta de "paypal".

A la del Santander hizo lo mismo que en las otras. Solicito claves y se las enviaron a casa. En el buzón había una tarjeta con el PIN. Del Santander le llegó una tarjeta y de Open le mandaron una tarjeta con la apertura de cuenta.

Canceló un depósito del BBVA y lo paso al Santander."

Cumple por tanto resaltar que tanto el BBVA como el Banco de Santander enviaron al domicilio del perjudicado por correo ordinario, esto es, sin certificar, y del que conocían además que residía en Venezuela, varias tarjetas bancarias y acto seguido comunicaron al mismo por ese mismo conducto las contraseñas secretas de las mismas. En relación con Open Bank cabe decir que la cuenta creada por el acusado en esa entidad lo fue facilitando simplemente el DNI del perjudicado. Ha de recordarse que en el buzón de este último había una tarjeta bancaria a su nombre del Banco de Santander con su Pin y que el acusado refiere que el Pin del BBVA ni siquiera lo pidió.

A través de esa simple dinámica operativa se revela la facilidad de actuación delictiva desarrollada por el acusado (que no efectuó llamada telefónica alguna a esos Bancos ni hizo nunca acto de presencia en los mismos) que tuvo lugar sin enfrentarse con mínimo diseño y ejecución de medios de control y seguridad por parte de las entidades crediticias interpeladas en relación con escenario de producción de serio riesgo prevenible y previsible; lo que impide apreciar clase alguna de concurrencia de culpas. Así las cosas, no está en absoluto en el origen de la referida facilidad de obtención de datos lograda por el acusado la invocada inexistencia de solicitud de rechazo por el perjudicado de envío de correspondencia postal a su domicilio que no era racionalmente exigible.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado José XXX como autor responsable de un delito de Descubrimiento de Secretos



tipificado en el art. 197.1º en concurso medial con un delito continuado de Estafa previsto y penado en los Arts. 248.2º y 250.1º. 5º todos ellos del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de confesión, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN y MULTA DE SEIS MESES, a razón de seis euros por día, con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses de prisión en caso de impago, y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a XXX en la cantidad de 105.120'77 euros, cantidad que devengará el interés legal del artículo 576 de la LEC, así como al pago de las costas causadas, incluidas las derivadas de la actuación de la Acusación particular. Se decreta la Responsabilidad Civil Subsidiaria de las siguientes entidades bancarias y por las siguientes cuantías: Banco de Santander: 29.764'03 euros; BBVA: 61.696'10 euros y Open Bank 13.660'64 euros con aplicación del interés legal precitado.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Cr.

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

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extendiendo y firmo el presente testimonio.

En OURENSE, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA