

Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de "letras vacías" o no comerciales

Miguel BAJO FERNANDEZ

INDICE SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Los riesgos de la "letra vacía"*.—III. *La validez de la "letra vacía"*.—IV. *Invocación al Derecho penal*.—V. *El descuento bancario de "letras vacías" y el delito de estafa. Crítica a la doctrina jurisprudencial*.—1. *El engaño*.—A) *La simple mentira como forma de engaño*.—B) *Intentos para entender la ocultación del carácter no comercial de la letra como algo más que una simple mentira*.—a) *Incumplimiento del pacto de decir verdad*.—b) *La apariencia de provisión de fondos*.—c) *Defraudación en la sustancia de la cosa*.—C) *Inidoneidad del comportamiento para inducir a error al Banco*.—2. *El perjuicio. La consumación del delito de estafa*.—VI. *Límites a los que queda reducida la estafa*.—VII. *Consideraciones de "lege ferenda"*.

I. PLANTEAMIENTO

La letra de cambio cumple principalmente dos funciones económicas: la de ser medio de pago y la de ser instrumento de crédito. En este segundo aspecto la letra aparece como un mecanismo especialmente apreciado porque, mediante el giro de la letra, quien la recibe de su deudor redobra su crédito al añadir a su condición de acreedor en virtud del contrato primitivo, la nueva condición de acreedor cambiario (1). Pues bien, el carácter abstracto y formal que en mayor o menor medida tiene la letra, el *rigor cambialis*, la escasez de excepciones procesales, la responsabilidad solidaria de los firmantes, etc., permiten que la letra de ser un medio de obtener crédito, pase fácilmente a ser instrumento de abuso del crédito. «Mientras han existido letras de cambio, y lamentablemente porque su carácter abstracto las ha hecho adecuadas para ello, han sido utilizadas con fines fraudulentos» (2).

(1) Cfr. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 7.^a ed., I, Madrid, 1976, pág. 781.

(2) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pág. 656.

El supuesto de abuso de crédito que vamos a estudiar por ser el más común, consiste en el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales.

Se ha utilizado la expresión «letra vacía» para designar aquellas letras de cambio válidamente constituidas que no responden a una auténtica operación mercantil. Son, en definitiva, letras no comerciales (3). «Normalmente, la creación de una letra con tomador y aceptante supone dos actos jurídicos y dos transmisiones patrimoniales: una transmisión de valor entre librador y tomador (valuta) y una transmisión de fondos entre librador y librado» (4). La «letra vacía», como supuesto anormal de letra de cambio, no responde a una real transmisión patrimonial y se crea con el exclusivo fin de obtener un crédito mediante la garantía que representa el propio documento. El hecho de que desde el punto de vista de la técnica cambiaria no se pueda distinguir entre las letras comerciales y las que no lo son (5) facilita la comisión de hechos defraudatorios y recaba, por tanto, la atención del penalista.

Este trabajo va referido, de un lado, a aquellos supuestos que la doctrina denomina *letras de favor o de complacencia* (6) entre

(3) El Tribunal Supremo ha utilizado la expresión «letra vacía» en varias ocasiones. Así, en las sentencias (de la Sala 2.^a, como todas las que aquí se citan) 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 24 noviembre 1975. La expresión parece ser de origen alemán (*Leerwechsel*) donde es muy utilizada y en el sentido del texto. Vid., por ejemplo, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2, Besonderer Teil, Hamburg 1976, pág. 60; W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

(4) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, 2.^a ed., revisada, corregida y puesta al día por S. Moll, Madrid 1975, págs. 106-107.

(5) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, Paris 1975, pág. 531.

(6) Se llama letra de favor la que «contiene alguna firma dada con el propósito no de saldar una deuda ni de contraerla, sino con el de favorecer a otro firmante» (J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 276). El favor que el firmante hace consiste en procurar crédito a una persona o elevar el crédito de que gozaba prevalido de la solvencia de aquél (Cfr. F. SOTO NIETO, *La llamada «letra de favor o complacencia»*, en *Revista General de Derecho*. 303, 1969, pág. 1127; LA LUMIA, *Le firme cambiarie di favore*, en *Rivista del Diritto commerciale*, XVIII, 1920, página 583). En definitiva, el giro de esta clase de letras pretende «movilizar el crédito implícito en la firma que se estampa por favor para completar la insuficiencia del crédito de quien pretende hacer uso de él» (GIRÓN TENA, *Letra de cambio. Letra de complacencia: concepto, función y validez. Los efectos de la firma de favor* (Sentencia 3 junio 1946), en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid 1955, pág. 390). En el supuesto más normal es el librado quien estampa la firma de favor de modo que el librador pueda obtener el dinero que necesita mediante el descuento de la letra. Cabe también el supuesto de que la firma de favor sea la del endosante según el ejemplo de J. GARRIGUES, *Curso*, cit., pág. 809: «A, que necesita dinero, gira a la orden de B, capitalista con cuenta corriente en el Banco C, y que no recibe equivalente alguno. B endosa al Banco y éste descuenta la letra, pero en vez de entregar su importe a B, se lo entrega a A, porque así lo ordena su cliente B». La firma de favor puede ser también la del librador quien descuenta la letra entregando el importe

las que se incluyen, aunque no pueda afirmarse siempre una relación de género a especie, las *letras financieras o de caución* (7), las *letras de colusión* (8), la *cabalgata de letras* (9), la *firma de favor por precio* (10), etc. (11). Al lado de estos supuestos

al librado necesitado de dinero (supuesto que aparece en la S. 17 febrero 1977). En los ejemplos anteriores el favorecido era el librador o el librado, pero también puede serlo el tomador que, con la firma de librador y librado solventes, puede fácilmente negociar la letra (Cfr. R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., págs. 530-531).

(7) Son letras en las que, al contrario que en las llamadas letras de colusión (vid. nota siguiente), la firma de favor se estampa con el único fin de suplir la falta de crédito de otro de los firmantes. "La letra se muestra entonces como puro instrumento de crédito que el Banco concede bajo la garantía de una firma conocida". J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 378.

(8) "Hay un pacto fraudulento entre el librador y el tomador o entre el librador y el aceptante o entre el tomador y el aceptante, dirigido a engañar a un tercero, haciéndole creer en la existencia de una relación efectiva de valor o de provisión de fondos, siendo así que en realidad no hay tal transmisión ni sería intención de pagar la letra". J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277. La jurisprudencia ha adoptado un concepto similar de letra de colusión en SS. 24 marzo 1965, 9 marzo 1968 y 29 noviembre 1971. Se trata, pues, de letras de favor giradas en connivencia con intención de fraude.

(9) Bajo el nombre de cabalgata de letras (*Cavalerie, Wechselreiterei*), letras de giro mutuo (*Austauschwechsel*), peloteo de letras o papel pelota, se incluyen supuestos de giro sucesivo de letras de favor con el fin de que con el importe del descuento de la segunda pueda pagarse la anterior a su vencimiento, y así sucesivamente. El favorecido puede ser el librador que obtiene sucesivamente firmas solventes de favor, o (en el giro recíproco) librador y librado quienes se giran entre sí descontando las letras en distintos Bancos. Puede darse la rueda de giros entre varias personas: A a B, B a C, C a A, escogiendo el domicilio del acepto de modo que el Banco no descubra la maniobra (Ejemplo de W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 655).

(10) El comerciante arruinado utiliza la firma comercial que aún conserva para aceptar letras que no responden a ninguna operación mercantil, percibiendo por este favor una suma de dinero. Vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 278, nota 1, que denomina este caso con el nombre alemán "Kellerwechsel", sin embargo, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60, refiere la expresión a las letras giradas a personas inexistentes. Sobre este ejemplo, vid. también M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie" devant les juridictions pénales*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1937, pág. 24.

(11) Se discute si estamos o no en presencia de letra vacía en el caso del llamado "papel de proveedor" en que el vendedor, con dificultades para el descuento, recibe el pago de la mercancía por cheque o transferencia pero pide al comprador la aceptación de una letra para poder descontarla. Vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 271, nota 31. Otra variante se produce cuando quien necesita dinero es el comprador, y el vendedor para facilitarle el pago al contado le gira una letra o se la acepta a efectos de que el comprador obtenga dinero del Banco mediante descuento o endoso. Vid. F. H. WINTER, *Besondere Formen der Gefälligkeitswechsel*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, II, página 1848. Pues bien, mientras al parecer el Banco de Francia lo considera papel financiero (J. GARRIGUES, ob. cit., loc. cit.), la doctrina alemana lo entiende papel comercial y lo excluye del delito de estafa. Vid. F. H. WINTER, ob. cit., passim.

de letras de favor se encuentran otros, precisamente los más abundantes en la jurisprudencia penal española, en los que no concurre firma de favor alguna. Se trata de letras sin acepto libradas bien a personas inexistentes (*tirage a l'air*) o a personas reales con las que mantuvo o no anteriormente relaciones comerciales el librador pero que en ningún caso responden a una real operación mercantil. Por último las estafas mediante falsificación de la letra cuyos supuestos más comunes son los de imitación de la firma del librado en el acepto y los de abuso de firma en blanco en los que el autor consigna en la letra un importe mayor del concertado. Todos ellos son supuestos de letras no comerciales.

II. LOS RIESGOS DE LA «LETRA VACIA»

Desde el punto de vista de la función económica que la letra cumple, es deseable que represente un vínculo obligacional extra-cambiario porque así aumenta su valor y capacidad de circulación (12). Sin embargo, también las letras no comerciales, por ejemplo las financieras tienen el aspecto positivo de servir para la obtención de crédito y salvar así a un comerciante de la crisis. Pero las diferencias de operatividad de una u otra clase de letras es evidente. Mientras el aceptante de una letra comercial puede, durante la vida de la letra, revalorizar la mercancía adquirida consiguiendo el dinero necesario para su pago el día de su vencimiento, el dinero que se obtiene con las letras de favor se suele utilizar para pagar las deudas urgentes sin que creen nuevos valores en el mundo mercantil (13).

El uso de letras vacías encierra, sin duda, un serio peligro para la economía pública y para el patrimonio individual. En cuanto al primer aspecto es indudable que un exceso de descuento y redescuento de letras de cambio de favor, en todas sus variantes, provocan una situación monetaria insana poniendo en peligro la formación de los precios y permitiendo fenómenos inflacionistas (14). Y esto es así porque el descuento de letras no comerciales origina un aumento del volumen de dinero sin que se justifique por una mayor oferta de bienes (15).

En el segundo aspecto, es decir el que afecta al patrimonio

(12) LA LUMIA, *Le firme cambiario di favore*, cit., pág. 588.

(13) F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(14) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656. Precisamente la utilización de estas letras puede ser "síntoma y expresión de una tendencia inflacionista que es preciso vigilar cuidadosamente", dice J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones sobre las letras aceptadas por complacencia, su descuento y la apariencia jurídica en la doctrina y el Derecho español*, en *Studi in memoria di L. Mossa*, I, pág. 215.

(15) F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849. Sobre la importancia económica del descuento vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 248 y sigs.

individual, las letras vacías revisten serios peligros incluso para los propios creadores del efecto. Quien firma de favor corre el albur de verse obligado al pago sin oposición alguna frente al tercer adquirente de buena fe (16). El propio comerciante que ha girado el efecto para conseguir crédito se ve envuelto en otros riesgos. Espera ganar tiempo para salir de su crisis y al no lograrlo se enrola en la cadena de creación sucesiva de efectos (cabalgata de letras) de importe cada vez mayor, que le conduce inevitablemente a la ruina arrastrando a otros (17). Y el tomador de buena fe (el Banco que descuenta, el endosatario) está expuesto al peligro de no encontrar entre los firmantes un deudor solvente contra quien ejercer eficazmente la acción cambiaria (18).

III. LA VALIDEZ DE LA «LETRA VACIA»

La necesidad de conjurar estos peligros ha llamado la atención de la doctrina mercantil. Es indudable que la mejor forma de evitarlos sería la de exigir como requisitos de validez de la letra la realidad de la provisión de fondos y de la relación de *valuta*, pero esto implicaría acabar con el carácter abstracto y el *rigor cambialis* de este efecto mercantil, en definitiva la desaparición de la letra de cambio como tal y de las funciones económicas que cumple.

Como segunda solución la doctrina mercantil pretendió justificar la nulidad de esta clase de letras. El tema, que fue planteado exclusivamente respecto de las letras de favor, ha sido resuelto por la doctrina y jurisprudencia españolas en favor de su validez. Los argumentos en contra giraban en torno a la inexistencia de causa y la nulidad de la firma de favor. Respecto al primero se destaca, sin embargo, la existencia de la causa que en esta clase de letras consiste precisamente en el pacto de favor, en la liberalidad del firmante al asumir obligaciones cambiarias para que el favorecido consiga el crédito. De otro lado, se conviene también en que el firmante de favor realiza una declaración de deuda cambiaria que es válida pese a que su intención no sea la de pagar, porque la voluntad de los interesados en la letra sólo juega en cuanto a querer o no firmar la letra de cambio en virtud de las especialidades en cuanto a la declaración de voluntad en el Derecho cambiario (19).

(16) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(17) LA LUMIA, *Le firme cambiaria di favore*, cit., págs. 589 y sigs.; y R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(18) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(19) Sobre todo ello vid. J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid 1955, págs. 242 y sigs.; GIRÓN TENA, *Letra de cambio*, cit., págs. 387 a 400; J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., passim; F. SOTO NIETO, *La llamada letra de favor*, cit., passim.

En esta doctrina mercantil ha influido, sin duda, el hecho de la enorme difusión de las letras de favor y el hecho de que, en ocasiones, son exigidas por los propios Bancos como garantía de sus operaciones de crédito. Sin embargo, a la vista de operaciones de cariz fraudulento (letras de colusión, letras firmadas por insolventes o la cabalgata de letras) surge cierta confusión en la doctrina mercantil alarmada por la posible trascendencia de la declaración de validez (20). Me sumo a aquél sector doctrinal que entiende carece de base la distinción, muy usada por la doctrina francesa, entre «bons» y «mauvais» letras de favor (21), distinción que se utilizaba para atribuir validez a las primeras y negársela a las segundas. Que ambas han de sufrir la misma calificación de válidas lo ha visto con claridad Girón Tena al advertir que es idéntica su causa e igualmente son válidas sus firmas (22). En realidad los efectos de la pretendida nulidad de las letras de favor fraudulentas son reducidos, concretándose en la posibilidad de invocar aquella nulidad sólo frente a terceros de mala fe (23), aparte, por supuesto, del propio favorecido (24). De ahí que tenga razón Greco cuando observa que más que distinguir entre «buenas» y «malas» letras de favor, hay que hacerlo entre poseedores de buena o mala fe en orden a la distinta eficacia del vínculo cambiario (25).

En resumen, las letras vacías son letras válidas. Cuando se pone en duda su licitud se está señalando más bien hacia la pro-

(20) Por ejemplo, J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 217, las excluye de su estudio. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277, se muestra muy vago advirtiendo que se diferencian de las letras financieras "desde el punto de vista de su licitud", o que "el delito de estafa aparece en el horizonte" (pág. 278).

(21) Vid. P. GRECO, *Come difendere lo sconto contro la "cavalerie"*, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1933, I, pág. 821.

(22) GIRÓN TENA, *Letra de cambio*, cit., pág. 392: "cambiariamente no hay diferencia entre las letras con firma de favor y las letras que, combinadas, originan esos otros casos (s. c. fraudulentos), porque la combinación no aparece en la letra, ni tiene nada que ver con los negocios jurídicos cambiarios"; pág. 395: "la intención de no pagar la letra o ... la intención de abusar del crédito concedido a un tercero (carece) de trascendencia, en orden a la validez de la firma estampada, desde el punto de vista cambiario"; pág. 396: el art. 890 número 14 del Código de comercio "lo que hace es justamente autorizar incautamente las letras de complacencia, aparte de que supone el juego normal del mecanismo cambiario, aunque sea para fines fraudulentos, sin declarar la nulidad de las letras de que se trata".

(23) Vid. R. ROBLÓT, *Les effets de commerce*, cit., págs. 533 y sigs.

(24) La doctrina española no se ha planteado la posibilidad de utilizar la "exceptio doli" frente al tercero de mala fe. F. SOTO NIETO, *La llamada letra de favor*, cit., págs., 1133 y sigs., sólo lo plantea (admitiendo la "exceptio") frente al favorecido por la firma; y J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., págs. 230 y sigs., trata la cuestión (negando la *exceptio*) sólo frente al Banco descontante que conoce el carácter no comercial de la letra, y refiriéndose sólo a letras financieras no fraudulentas.

(25) P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., pág. 821.

bable ilicitud del negocio jurídico extracambiarario o la posibilidad de un delito de estafa.

IV. INVOCACION AL DERECHO PENAL

Ante esta contradictoria situación (riesgos de las letras no comerciales y validez de las mismas) la doctrina mercantil reclama, como en otras ocasiones, la presencia y actuación del Derecho penal. Así dirá La Lumia que el medio de evitar los peligros de las letras de favor se encuentra en las normas que castigan la quiebra, la estafa y la falsedad cuya rigurosa aplicación —dice— evitaría los frecuentísimos inconvenientes de estas operaciones (26). No queda bien claro qué se quiere decir aquí al reclamar la «rigurosa aplicación» de la Ley penal, pero mucho me temo que se está solicitando un endurecimiento en las medidas sancionadoras de carácter criminal. Así se incurre nuevamente en un error ya viejo y es el de creer que aquello que desde distintos frentes se alienta (el uso de letras financieras) puede ser controlado con medidas represivas. Hay que recordar que el Derecho penal es la última *ratio legis*, la última razón que el Derecho esgrime para conseguir sus fines. De ahí que las contradicciones internas de la institución mercantil de la letra de cambio deban ser resueltas primero con medidas no penales (27), y sólo si tales medidas son ineficaces puede pensarse en la sanción criminal para el castigo de las conductas más graves e intolerables.

En las consideraciones de *lege ferenda* nos pronunciamos sobre la posible creación de una figura delictiva relativa al uso de la letra de cambio no comercial (28), y en lo relativo al Derecho vigente en España el castigo del abuso de crédito mediante letras vacías sólo cabría mediante los delitos de quiebra, alzamiento de bienes o estafa. Este trabajo va referido a los supuestos de estafa, materia en la que el Tribunal Supremo ha operado con aquél rigor reclamado por algún sector mercantil llegando, a mi juicio, a resultados insatisfactorios.

V. EL DESCUENTO BANCARIO DE «LETRAS VACIAS» Y EL DELITO DE ESTAFA. CRITICA A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia española ha declarado «obiter dicta» que no todo descuento de esta clase de letras entraña necesariamente delito de estafa (29). Sin embargo, basta para incurrir en este

(26) LA LUMIA, *Le firme cambiarie di favore*, cit., pág. 594.

(27) Algunas de esas medidas se indican más adelante. Vid última página de este trabajo.

(28) Vid. apartado VII.

(29) SS. 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 12 mayo 1972, 30 abril 1973, 24 noviembre 1975, entre otras. Cfr. también J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277.

delito ocultar el carácter no comercial de la letra (30). Esta tesis, que por su reiteración está en vías de convertirse en doctrina jurisprudencial, se expuso de modo más minucioso en la S. 24 de noviembre de 1975 según la cual la conducta de entrega de letras no comerciales para el descuento ocultando su verdadero carácter «será atípica si el Banco cedente del anticipo a medio de un crédito permite su disponibilidad sin reserva alguna, de manera expresa o sobreentendidamente...; pero por el contrario será típico el comportamiento que teniendo apoyo en la concesión de la operación denominada «clasificación» a efectos del «descuento de papel comercial»... denote concertada la condición cierta de que tal operación responda únicamente al descuento de letras que respondan a verdaderos negocios de venta real de mercancías». La tipicidad a que se refiere la sentencia se entiende en el sentido de que el comportamiento que estudiamos es subsumible en las «negociaciones imaginarias» a que se refiere el artículo 529 número 1 del Código penal (31). Las dudas que esta posición jurisprudencial suscita consisten en saber si se cumplen en el supuesto de hecho los requisitos del delito de estafa.

Para definir el delito de estafa, doctrina y jurisprudencia admiten, con las pertinentes variantes, la posición de Antón que concibe el delito como «conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero» (32). Partiendo de esta definición se entienden como elementos del delito, la conducta engañosa, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio, la relación de causalidad que vincula tales elementos y el ánimo de lucro (33). En el supuesto que nos ocupa de presentación al descuento bancario de letras no comerciales ocultando su auténtico carácter, las deudas sobre la concurrencia del delito de estafa se concretan fundamentalmente en el cumplimiento de los requisitos de engaño y perjuicio (34).

(30) SS. 17 marzo 1964, 11 noviembre 1968, 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 24 noviembre 1975, 4 marzo 1976.

(31) Así, por ejemplo, SS. 11 noviembre 1968, 29 noviembre 1971, 12 mayo 1972, 25 noviembre 1972, 24 noviembre 1975, 28 junio 1976. La S. 11 marzo 1977 aplica, sin mayor justificación, el art. 533.

(32) J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona 1957, pág. 1.

(33) Es posición dominante. Así, J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 5; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1975, pág. 443; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Sevilla 1976, pág. 222. Y la jurisprudencia: SS. 21 noviembre 1972, 25 noviembre 1972, 9 febrero 1976, 10 marzo 1977, entre otras muchas. Una enumeración incompleta de estos elementos en A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal, II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, 2.^a ed., puesta al día por C. García Valdés, Madrid 1977, pág. 605 y en la jurisprudencia ahí citada.

(34) Así lo entienden también K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61; W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

1. El engaño.

A) *La simple mentira como forma de engaño.*—A efectos del engaño lo más relevante de la conducta es la falta de verdad que implica ocultar el carácter real de la letra. La cuestión entonces consiste en saber si la *simple mentira* basta para la tipicidad del engaño en el delito de estafa; lo que dependerá, sin duda, del concepto legal de engaño.

En orden al alcance del engaño se ha querido encontrar una distinción entre nuestro Derecho positivo y el de otros países. Se ha dicho en este sentido que el concepto de engaño con que opera nuestro Código penal es mucho más amplio ya que la ley no restringe la tipicidad a determinadas formas de comisión. En efecto, según el artículo 533 del Código penal hay estafa cuando se defrauda o perjudica a otro usando «cualquier engaño». En los Códigos penales europeos la situación sería inversa ya que, sobre no utilizar fórmula tan genérica, restringe además los modos de comisión bien a las maniobras fraudulentas del Código penal francés, bien a los artificios y embustes del italiano (35). Esto significaría que en nuestro Derecho, independientemente de lo que ocurre en otros ordenamientos, la simple mentira bastaría para que se cumpliera el requisito del engaño en el delito de estafa.

Ahora bien, esta amplitud que se atribuye al concepto de engaño en nuestro Derecho frente a otros ordenamientos no es, a mi juicio, cierta. Ya Antón había advertido que la exigencia de una relación de causalidad entre el engaño y el error en que incurre quien realiza el acto de disposición permite obtener algunas restricciones (36). Pero yo diría algo más. La amplitud del concepto de engaño que parece deducirse del artículo 533 del Código penal queda restringida prácticamente al mismo ámbito que en otros ordenamientos en la medida en que unánimemente se exige para la tipicidad del engaño que sea *idóneo para producir error* (37). Las maniobras fraudulentas, los artificios y embustes y demás exigencias objetivas de otros Códigos penales conducen a los mismos resultados prácticos a los que se llega con la exigencia de la *idoneidad* del engaño (38). De ahí que podamos referirnos a la

(35) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., págs. 5 y sigs.; y A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 580 y sigs.

(36) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 7.

(37) Cfr. J. ANTON, *Las estafas*, cit., pág. 7; A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 591-592. Y una jurisprudencia reiterada: "engaño de índole susceptible de producir error y con entidad suficiente para mover la voluntad de la víctima", S. 15 abril 1964; este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error", S. 9 febrero 1976. En sentido similar, 25 enero 1964, 29 septiembre 1966, 22 junio 1972, 11 diciembre 1968, 10 marzo 1977.

(38) Es más, el carácter más restrictivo que se atribuye al delito de estafa en Alemania no ha impedido que la jurisprudencia alemana haya sido aún más rígida que la española bastando para la estafa que quien

doctrina y jurisprudencia extranjeras entendiendo que parten de presupuestos jurídico-penales similares.

Pues bien, así como en la doctrina francesa se excluye del delito de estafa la simple mentira incluso la producida o reiterada por escrito por faltar las maniobras fraudulentas que exige la Ley (39), del mismo modo debemos entender en Derecho español que la simple mentira no basta para la concurrencia del engaño (40) mientras no se muestre como idónea para hacer incurrir en error.

B) *Intentos para entender la ocultación del carácter no comercial de la letra como algo más que una simple mentira.*

a) *Incumplimiento del pacto de decir verdad.*—Sin duda alguna la doctrina jurisprudencial que comentamos le da importancia al «pacto de decir verdad» sobre el auténtico carácter de la letra, concertado entre el Banco y quien presenta el efecto al descuento. El incumplimiento de dicho pacto parece ser lo que, a juicio de dicha doctrina, sirve para calificar el hecho de estafa. Así aparece expresamente en la S. 11 noviembre 1968 al advertir que «aunque el descuento bancario concedido a los comerciantes e industriales descansa en la confianza que éstos inspiran por sus negocios, se falta a ella y a la lealtad del pacto al presentar a descuento y percibir el importe de letras que no responden a operaciones mercantiles». En realidad el incumplimiento del pacto de decir la verdad no puede entenderse como un comportamiento digno de ser penalmente castigado so pena de extender el delito de estafa a límites insufribles. Estamos más bien en presencia de una mentira que no basta para apreciar concurrente el engaño típico.

En Alemania para justificar el castigo por estafa se apeló a la obligación jurídica de dar a conocer el verdadero carácter de la letra (41). Sin embargo, ya la S. 24 de marzo de 1965 de nuestro

entrega la letra sepa que los Bancos sólo descuentan letras comerciales (Cfr. W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656), ni que algún autor alemán mantenga la tajante tesis de que entraña delito de estafa el descuento de letras financieras incluso las entregadas en pago (BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wechselgesetz un Scheckgesetz*, 11. Auflage, München 1973, pág. 47) cuando se oculta su verdadero carácter. Y en Francia, aunque la jurisprudencia y doctrina mantiene una concepción restringida del concepto de engaño como veremos a lo largo de este trabajo, el texto legal no impide que R. GARRAUD, *Traité Théorique et pratique du Droit pénal française*, VI, 3.ª ed., revisada y puesta al día por P. Garraud, París, 1935, pág. 435, al estilo de la jurisprudencia española aprecie el engaño en la apariencia de una operación sería de descuento.

(39) Cfr. F. GOYET, *Droit pénal spécial*, 8.ª ed. refundida y puesta al día por M. Rousselet-P. Arpaillange-J. Patin, París, 1972, pág. 667.

(40) "Si bien todo engaño consiste en una mentira, no toda mentira constituye engaño", A. QUINTANO, *Tratado*, II, pág. 596.

(41) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., págs. 656-657. Vid. también *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen 1977, págs. 67 y 69..

Tribunal Supremo entendió, a mi juicio acertadamente, que «ningún precepto jurídico le obligaba a acreditar que las letras de cambio correspondían a una operación mercantil o que en el momento del vencimiento el librado tenía provisión de fondos». De todas formas, aunque existiera esa extraña obligación jurídica, influiría a lo sumo en orden a la anulación del contrato de descuento por error sobre sus condiciones esenciales, pero no en cuanto a la existencia del delito de estafa ya que seguiríamos estando ante una simple mentira.

b) *La apariencia de provisión de fondos.*—En la línea de ver en el comportamiento que nos ocupa algo más que una simple mentira, Garraud observó que la negociación de un efecto sin provisión de fondos es lícito en la medida en que el librador obre de buena fe pero si el acreedor del efecto ficticio lo presenta al descuento sabiendo que no va a ser pagado a su vencimiento. «ha cometido una estafa porque por medio de una *mise en scène*, la *apariencia de una operación sería de descuento*, se ha apropiado de bienes ajenos» (42). Se olvida aquí, sin embargo, que la presentación de una letra al descuento, aunque pueda implicar una cierta apariencia de provisión de fondos, es decir, una cierta apariencia del carácter comercial de la letra, lo único que testimonia con claridad es que los firmantes de la letra han asumido por el simple hecho de la firma determinadas obligaciones cambiarias (43). Precisamente, como veremos más adelante, va a ser esto y no el carácter comercial o no de la letra, lo que mueva fundamentalmente la voluntad del descontante, porque como se ha dicho en alguna ocasión, el buen fin de una letra depende de la solvencia del aceptante, librador o endosante y, si realmente son dignos de crédito, es indiferente para la seguridad del efecto bajo qué fundamentos han asumido las obligaciones cambiarias (44).

Sea como fuere lo cierto es que la doctrina francesa hoy, en contra de la antigua opinión de Garraud, opina de modo mayoritario que no hay aquí esa *mise en scène* que permitiera afirmar la tipicidad del fraude sino más bien una simple mentira reiterada por escrito con la creación de la letra no comercial (45).

c) *Defraudación en la sustancia de la cosa.*—En Alemania, Obermüller entiende que hay en el supuesto que comentamos algo más que una mentira y justifica la estafa por un argumento-

(42) R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 435.

(43) Pero no supone que el librado sea deudor hasta el punto de que no hay delito de falsedad en «el hecho de consignar como librado a persona que nada adeuda al librador... (ya que) no supone necesariamente alteración ideológica de la verdad en el estricto orden cambiario en el que, dada su abstracción, los conceptos de librado y deudor no son forzadamente sinónimos». S. 13 diciembre 1976.

(44) Vid. F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1848.

(45) Cfr. R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 543 y M. GAPPOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 22, quienes, además, atribuyen dicha observación a Garçon.

que traducido a la terminología legal española, consistiría en una defraudación en la sustancia o calidad de las cosas que se entregaren en virtud de título obligatorio (art. 528 del Código penal). Observa Obermüller que cuando se presenta al descuento una letra no comercial ocultando su auténtico carácter se produce un engaño similar al que comete el comerciante que entrega al comprador en lugar de la mercancía solicitada otra distinta, pero de idéntico aspecto (46). Y esto es así, según Obermüller, porque, estando prohibido a los Bancos centrales (*Landeszentralbanken*) el redescuento de letras no comerciales, la letra de esta clase descontada por un Banco representa para éste un objeto totalmente distinto al reclamado (47). Y, según otra opinión, porque la experiencia demuestra que el número de letras financieras pagadas es sensiblemente menor que el de las comerciales (48), en definitiva que los riesgos del descuento de la letra que no responde a una real transmisión patrimonial son mayores para quien concede el crédito que los que se derivan de las letras comerciales. El engaño consistiría entonces en la entrega de una mercancía no solicitada y de valor inferior a la reclamada aprovechando maliciosamente la similitud entre ambas.

La tesis expuesta, defendida en Alemania, parte de las peculiaridades del Derecho cambiario y de la práctica bancaria de descuento propias de aquel país. En España la cuestión es distinta. En efecto, de un lado el redescuento de las letras financieras es práctica lícita y común en la realidad bancaria española (49). De otro lado, mientras en Alemania los Bancos tienen prohibido el descuento de letras no comerciales (50) en España además de no existir tal prohibición son los propios Bancos quienes exigen letras con firmas de favor como garantía de un préstamo (51).

Pese a todo es obligado reconocer que las letras no comercia-

(46) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 657.

(47) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656. Según K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61, el § 19 de la *Bundesbankgesetz* prohíbe el redescuento de letras financieras. Y, en opinión de R. MÜLLER, *Die Strafverfolgung der Wechselreiterei im Hinblick auf neue Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, pág. 2193, el redescuento al Banco Central puede implicar para el Banco que presenta la letra un delito de estafa o de abuso de crédito.

(48) Argumento recogido por F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(49) Con un tipo de redescuento más elevado que el normal. Cfr. J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 228.

(50) Cfr. F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(51) Cfr. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277. Refiriéndose a Francia en el mismo sentido E. GARÇON, *Code pénal annoté*, nueva ed. revisada y puesta al día por M. Rousselet, M. Patin y M. Ancel, III, París, 1959, pág. 76. Es interesante saber que, a juicio de K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60, el crédito mediante letras de cambio no tiene en Alemania la importancia que en Francia. La situación española parece ser más similar a la francesa que a la alemana. Cfr. K. TIEDEMANN-J. COSSON, *Straftaten und Strafrecht im deutschen und französischen Bank- und Kreditwesen*, Köln 1973, págs. 25 y 51.

les implican más riesgos para el Banco. En este sentido decía Garrigues que, a efectos del descuento, «las letras cuyo cobro es más seguro serán las libradas por un comerciante sobre otro, como medio de liquidar entre ellos una operación de venta de mercancías» (52). También podrá reconocerse que el autor al crear la letra y presentarla al descuento ocultando su verdadero carácter no sólo miente sino que hace además un despliegue externo de actividades tendentes a conseguir un lucro. Pero entonces la pregunta definitiva es si el montaje de todo el embuste, la mentira así revestida es engaño *idóneo* para inducir a error al Banco.

C) *Inidoneidad del comportamiento para inducir a error al Banco.*

La simple presentación al descuento de una «letra vacía» ocultando su verdadero carácter no es engaño *idóneo* para inducir a error al Banco. Creo que no sería equivocado afirmar que a un Banco no se le engaña con tal embuste dado el desarrollo de la práctica del descuento bancario.

Hemos de partir de la observación de Garrigues de que «los banqueros no descuentan las letras en consideración a la provisión de fondos, sino en consideración a la solvencia de los firmantes» (53), como en alguna ocasión reconoció la propia jurisprudencia (54). Es cierto, sin embargo, que la solvencia o credibilidad de un comerciante se puede hacer ostensible en el número y clase de letras que libre contra sus deudores, ya que es prueba del volumen de su comercio y del montante de sus créditos. Ahora bien, resultaría sumamente ingenuo pensar que la solvencia del comerciante la apoya el Banco en el número de efectos presentados al descuento. En esta ingenuidad incurre, en general, la corriente jurisprudencial que comentamos, y como muestra bastaría citar la siguiente reflexión de la sentencia 4 de octubre de 1966: «el engaño urdido por el procesado de que la puesta en circulación de las cambiales obedecía a deudas que los librados tenían con él, lo que resultó incierto... fue suficiente para que el Banco creyese en la existencia de las supuestas deudas y no tuviese inconveniente en descontar los efectos, confiado en que los librados aceptarían y pagarían a su vencimiento el importe de las mismas». Una afirmación de esta índole olvida la insólita eficacia del aparato crediticio capitalista a efectos de conocer la solvencia de sus clientes.

(52) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 270.

(53) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277; en el mismo sentido J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 227.

(54) S. 29 noviembre 1971: «para cuyo descuento viene pesando preponderantemente en el ánimo de la entidad bancaria el arraigo del librador, único responsable en los referidos supuestos (s. c. letras sin aceptar), dentro del estricto, formal y riguroso ámbito cambiario, con abstracción de la existencia de adeudo subyacente, así como de la solvencia o propia disposición del librado». Idéntico contenido en S. 19 noviembre 1971.

En el Reglamento del Banco de España se prevé para las operaciones de descuento de los Bancos las *listas de crédito* donde se consignan entre otras cosas los negocios y los bienes del interesado, e impone como obligación del Banco «informarse reservadamente sobre las circunstancias y crédito de cada firma» consignada en la letra (55). Para cumplir esta obligación y «clasificar» a un determinado cliente a efectos de fijar el límite de crédito para el descuento, pueden los Bancos desde exigir elementales medidas garantizadoras (relación de bienes, contabilidad de la empresa, presentación de las facturas o documentos que prueben la bondad de las letras que se vayan descontando, etc...) hasta emplear las más sofisticadas técnicas que en parte conocen quienes se relacionan con el mundo del crédito. Ante esta realidad resulta difícil creer que el Banco que otorga el descuento realiza un *acto de disposición patrimonial* a consecuencia del *error* en que incurre por haber ocultado su cliente el verdadero carácter de la letra presentada.

Del mismo modo resulta ingenua, e implica desconocimiento de la realidad del descuento bancario, la tesis de la S. de 5 de febrero de 1962 al estimar engaño suficiente «el descuento de letras giradas a personas imaginarias» (*tirage a l'air*). A este respecto observó Tiedemann que esta modalidad de abuso de crédito tiene carácter primitivo y hoy en Alemania es prácticamente inexistente, ya que los Bancos no descuentan letras sin cerciorarse de la existencia y solvencia de los deudores cambiarios (56). Si esto es así, y nada impide, sino al contrario, pensar que en España la práctica bancaria es idéntica, resulta impropio hablar aquí de engaño idóneo (57).

Pero además la tesis jurisprudencial que comentamos se hace a mi juicio insostenible cuando se observa que, salvo contadísimas excepciones, las condenas por estafa que se conocen no corresponden al descuento de letras de favor sino a letras sin acepto presentadas con la sola firma del librador (58), precisamente las letras que la doctrina y la jurisprudencia francesas excluyen radicalmente del delito de estafa (59). E igualmente debería excluirse frente a nuestro Derecho ya que aquí es prácticamente imposible.

(55) Ampliamente J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 272-273.

(56) K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60.

(57) Según M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 26, nos encontramos aquí nuevamente con la reiteración escrita de una mentira sin relevancia a efectos de estafa.

(58) Son escasas las sentencias en donde se trata de casos de letras de favor (con la firma de favor y la del favorecido): 24 marzo 1965 (descuento bancario; condena); 28 junio 1962 y 27 marzo 1963 (descuento a un particular; condena); 9 junio 1962 y 21 abril 1972 (se plantea posible estafa al aceptante de favor; absuelve).

(59) Reiteración escrita de una mentira sin relevancia penal, según R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 436; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 26; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, cit., pág. 668, nota 3.

acreditar la idoneidad del engaño. Una letra presentada con la sola firma del librador entraña una garantía disminuida al no cumplir aquí ningún papel la responsabilidad solidaria de los firmantes y estar sometido todo el riesgo a la solvencia de un sólo comerciante. Además, como prueba del menor valor del documento, el Banco de España rechaza esta clase de letras a efectos del redescuento (60). Esta pérdida de valor quizá sea la que explique que el artículo 178 del Código de comercio prohíba a los Bancos el descuento de esta clase de letras («tampoco podrán descontar letras, pagarés u otros valores de comercio sin la garantía de dos firmas de responsabilidad»). Pues bien, pretender, como hace la jurisprudencia que al ocultar el carácter no comercial de esta clase de letras, se realiza un engaño idóneo para inducir a error al Banco, es una tesis muy poco convincente. Si el Banco concede el descuento se debe exclusivamente a la solvencia del único firmante del efecto, significando bien poco la existencia o no de provisión de fondos ya que el librado no asume obligaciones cambiarias. En esta clase de operaciones se puede decir que el Banco está corriendo riesgos impropios de un buen comerciante. Pero tales riesgos los asume el Banco de manera voluntaria y compensados por la elevada tarifa que, sin duda, ha hecho cargar sobre la operación de crédito. Cuando la operación resulta fallida no puede decirse que el daño sea consecuencia de un engaño (la ocultación del carácter no comercial de la letra), sino más bien consecuencia de la audacia mercantil del Banco al descontar letras pese a la escasa garantía cambiaria que reportan, pese a la prohibición del artículo 178 del Código de comercio y pese a la imposibilidad del redescuento.

Por eso cuando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo aprecia estafa por el simple hecho de ocultar el carácter no comercial de una letra que se presenta con la sola firma del librador, está alentando una práctica bancaria no deseable, está protegiendo excesivamente los intereses bancarios y, por último, puede operar como factor criminógeno ya que entonces la letra implica para el Banco una garantía criminal, pudiendo colocar dinero a «buen» precio con la garantía de una letra no comercial, del mismo modo que el delito de cheque en descubierto puede servir de instrumento del chantaje y la usura.

Lo dicho hasta ahora en rechazo de la tesis jurisprudencial puede resumirse con las acertadas palabras de Garçon: «el descontante debe apreciar el valor de las firmas que se le ofrecen. Si tiene dudas sobre la solvencia del librador, que admite como deudor, puede exigir otras firmas, la del librado o la de avalistas, o renunciar a descontar la letra. Sólo a sí mismo se debe reprochar el haber equivocado la confianza depositada o el haber omitido las precauciones. Las maniobras fraudulentas no aparecen

(60) Cfr. J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 227.

más que si, por actos independientes de la operación de descuento, el descontante ha incurrido en error sobre la solvencia de un firmante del efecto o si se ha visto impedido para informarse con exactitud. Estos principios se han considerado indiscutibles durante mucho tiempo: las sentencias que admiten la solución contraria muestran simplemente como, por extensión progresiva, se puede llegar a suprimir las condiciones esenciales del delito. Y así se olvida la regla fundamental de que la interpretación de la ley penal es restrictiva» (61).

En alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha desviado de la corriente jurisprudencial y han negado la existencia de engaño, pero desgraciadamente son casos aislados que no han creado doctrina. Así la S. de 15 de abril de 1970 señaló que «el procesado no simuló bienes ni negocios imaginarios para obtener el descuento de letras del Banco, sino que éste, en atención a ese establecimiento mercantil que realmente existía, y a la confianza que le inspiraba su titular le abrió un crédito para los giros de su negocio hasta el límite que creyó conveniente, y por tanto las letras descontadas dentro de este marco, aunque algunas no obedecían a una operación mercantil, *no se abonaban mediante engaño, sino sobre la base de un negocio y con la garantía del librador que era el obligado a su pago*; siendo de observar que las letras a que se refiere la querrela no estaban aceptadas por los librados... lo que evidencia que al ser entregadas al Banco sólo existía una persona obligada a su pago que era el librador» (62).

En definitiva, la simple ocultación del carácter no comercial de la letra que se presenta al descuento bancario no constituye por sí sola el engaño propio del delito de estafa por no ser idóneo para inducir a error (63), siendo necesaria otra actividad.

2. *El perjuicio. La consumación del delito de estafa.*

Es opinión común la de que el delito de estafa se consuma en el momento en que el Banco descontante realiza la entrega del dinero (64), es decir, «cuando la cantidad descontada se ingresa

(61) E. GARÇON, *Code pénal*. cit., pág. 76. La opinión de la doctrina francesa tiene especial interés porque la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la cuestión hace más de un siglo.

(62) En sentido similar la S. 5 febrero 1962: "no introdujo en la operación un elemento encubierto... que llevara por sí sólo a un descuento presentado como normal, y capaz la maniobra de producir error o confusión en el tomador, aún cuando hubiera en la elección de librados total ausencia de provisión de fondos, pues este elemento personal de las letras, así redactadas, juega papel secundario".

(63) Téngase en cuenta que el engaño puede ser idóneo cuando no se trata de descuento bancario. Tal es el caso de la S. 27 marzo 1963 en que se entregan letras no comerciales ocultando tal carácter a una mujer sorda y analfabeta.

(64) 30 abril 1973: "consumado ya desde la entrega de la cosa"; 12 enero 1965: en el momento mismo que se percibe el dinero de la entidad bancaria". Similar S. 26 junio 1976, 16 marzo 1977.

en la cuenta corriente o la recibe el sujeto activo» (S. de 24 de noviembre de 1975). El posterior pago de la letra no influye en la consumación, sino en la cuantía de la responsabilidad civil (65).

Sobre esto no existe la menor duda. Ahora bien, hay un tema previo que la jurisprudencia no se ha planteado. Aunque el momento en que el Banco realiza el acto de disposición patrimonial sirve para determinar la consumación del delito, ello no quiere decir que *baste* la entrega del dinero para la concurrencia de la estafa, sino que es necesario que ese acto de disposición patrimonial entrañe un perjuicio para el Banco. Es necesario, por tanto, que la entrega del dinero determine una disminución del patrimonio del sujeto pasivo de la estafa en comparación con la situación del mismo patrimonio antes de realizar el acto de disposición.

La cuestión de si concurre tal perjuicio en el supuesto que comentamos tiene una solución de tipo tradicional favorable a admitir el perjuicio en todo caso y con la que probablemente ha contado siempre la jurisprudencia. El Banco sufriría un perjuicio porque al disponer del dinero entregándolo al librador como consecuencia del contrato de descuento ve disminuido su patrimonio, sin que la adquisición de la titularidad de los derechos y acciones cambiarios y civiles implique una compensación suficiente. En efecto, no se puede decir que frente a la disminución de liquidez del patrimonio nacen en éste como valor económico compensable derechos y acciones, porque, de un lado, el derecho sobre una cosa entraña menor valor que la propia cosa («minus est actionem habere quam rem») y de otro lado, porque el valor real de la letra vacía es inferior al de la letra comercial (66).

Esta argumentación, aunque atendible, no es definitiva. Hay que tener en cuenta, de un lado, que en casos las letras financieras tienen un valor económico idéntico al de las letras comerciales por la seriedad de los firmantes (67). De otro lado, es cierto que sólo desde una concepción jurídica del patrimonio (hoy rechazada) se podría decir que la pérdida de liquidez de un patrimonio compensa con el derecho de crédito nacido, porque en tal caso no habría nunca perjuicios ni estafas; pero también es cierto que aquí no se trata sólo de una pretensión procesal de recuperar la cosa o de exigir la indemnización, sino de un derecho de crédito arropado eficazmente con todas las garantías que entra-

(65) La devolución posterior del importe afecta a la responsabilidad civil, pero no a la consumación (S. 24 mayo 1961). Es irrelevante que el aceptante, cuya firma había falsificado el librador, pague la letra para sostener su crédito en los Bancos (12 enero 1965) o que pague la letra el propio librador (26 junio 1976), o que el autor incluyera en la posterior suspensión de pagos en que incurrió, el crédito que el Banco adquirió por la operación de descuento (24 noviembre 1975).

(66) Argumentación similar a esta última en la jurisprudencia alemana. cfr. W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

(67) Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61.

ña la letra adquirida. El Banco que se desprende del dinero no sólo se convierte en acreedor del beneficiado por el descuento, adquiriendo un crédito «salvo buen fin», sino que además, y sin pronunciarnos sobre la compleja naturaleza del contrato de descuento (68), obtiene la garantía que implica la cesión de una deuda. El Banco podrá proceder, además, con el rigor propio de la acción cambiaria contra los firmantes de la letra. Y si el descuento de la letra se verifica mediante endoso, es mayor aún la posición ventajosa del Banco endosatorio (69). Por todo ello creo que es lícito, al menos, dudar que el descuento de letras no comerciales produzca *siempre* perjuicio al Banco, prueba de ello es que el propio Banco solicita a veces letras de esta clase (letras de favor) para verificar un préstamo.

Una solución más atendible se está abriendo paso en la doctrina alemana. Se trataría de afirmar sólo el perjuicio en el caso de falta de solvencia o crédito en los que asumen las obligaciones cambiarias, o en los casos en que el Banco haya pagado una suma mayor de la habitual para letras comerciales (70).

En definitiva, el acto de disposición patrimonial consistente en la entrega por parte del Banco del importe del descuento de letras de cambio no comerciales, no siempre acredita la producción de un perjuicio en el sentido del delito de estafa.

VI. LIMITES A LOS QUE QUEDA REDUCIDA LA ESTAFA.

En el juicio de antijuricidad que pesa sobre la conducta típica de estafa no es difícil constatar el desvalor de acción, cifrado fundamentalmente en el engaño y el ánimo de lucro, y el desvalor de resultado en el perjuicio. Pues bien, son precisamente el ánimo de lucro, el engaño y el perjuicio los requisitos del delito que establecerán los límites decisivos para el castigo del descuento bancario de letras vacías ocultando su verdadero carácter.

En cuanto al elemento subjetivo la doctrina jurisprudencial comentada no dio importancia al ánimo de lucro en el sentido de que la intención de pagar o no la letra a su vencimiento (por parte del librador, del aceptante de favor o de ambos) no es cuestión que aparezca discutida en las distintas sentencias. De hecho, aunque no se haya planteado así, la doctrina jurisprudencial conduce a condenar si la letra no es pagada, independientemente de cuál haya sido la intención del autor a la hora de solicitar el descuento (71).

(68) Cfr. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 253 y sigs.

(69) Sobre el descuento mediante endoso vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 266 y sigs.

(70) Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., págs. 61-62, quien añade el supuesto de pérdida de liquidez bancaria al no poder redescantar la letra financiera, supuesto no válido para nosotros ya que aquí se admite el redescuento de tales letras.

(71) Y como la estafa está pensada para hechos de mayor gravedad, en bastantes casos los tribunales han tenido que utilizar el art. 2 del Có-

Sin embargo, la figura de estafa exige el ánimo de lucro entendido como la intención de obtener una ventaja patrimonial a costa del patrimonio ajeno que, traducido al supuesto que planteamos, se trataría de la intención de no pagar el importe de la letra a su vencimiento. De modo que no comete estafa quien presenta una letra vacía al descuento bancario ocultando su carácter si tiene intención de pagar la letra a su vencimiento o de proveer de fondos al librado.

En lo relativo al engaño he mantenido en este trabajo que no basta la simple mentira siendo necesario que concurra aquello que la convierta en engaño idóneo para inducir a error al Banco, y no concurre cuando se trata sólo de la ocultación del carácter real de la letra. Hay supuestos en los que la concurrencia del engaño no ofrece duda alguna acreditándose de manera convincente el desvalor de acción. Tal es el caso del «comerciante que simula una factura para hacer creer en la existencia de un contrato de venta y convencer así al Banco de que le descuenta letras, que no responden a ninguna efectiva provisión de fondos derivada de una venta» (72). Un supuesto similar ha sido enjuiciado y, a mi juicio, correctamente entendido como estafa en la S. 24 marzo 1965 en que el procesado presenta «facturas para dar la engañosa impresión... de que eran letras normales y de que era próspera la marcha del negocio» de modo que el motivo del descuento residió «en la aparente solvencia del librador, apariencia por él mismo creada y reforzada en la forma referida» (73). Igualmente tampoco es de dudar la existencia de engaño idóneo para inducir a error al Banco en el caso en que el procesado, para obtener el descuento, crea una apariencia de solvencia presentando al Banco una relación de bienes que en realidad estaban adquiridos a crédito y no había pagado o que pertenecían a otros (S. de 10 de diciembre de 1969). Hay estafa también si el autor, como ocurría en los hechos enjuiciados por la S. de 23 de diciembre de 1969 mediante «simulación de bienes y falsa titularidad de un negocio»; finge ser «comerciante de piensos al por mayor y simulando gozar de una solvencia económica muy superior a la que realmenté tenía», consigue beneficiarse del descuento bancario. Por último tampoco puede dudarse del delito cuando el autor falsifica la firma del aceptante (74).

digo penal para conseguir adecuar la pena a la gravedad del hecho. Vid. SS. 17 noviembre 1965, 12 mayo 1972, 24 noviembre 1975.

(72) Ejemplo de J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 277-278. La doctrina francesa, a mi juicio impropriamente, critica la posición jurisprudencial que aprecia aquí delito de estafa, advirtiendo que se trata de nuevo de una simple mentira. Así E. GARÇON, *Code pénal*, cit., pág. 76; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 25; R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 438.

(73) Caso parecido en S. 25 enero 1964: falsificación de firma en la factura.

(74) Vid. SS. 24 mayo 1961, 12 enero 1965 y 26 junio 1976. Aunque no se trata de descuento bancario, vid. también 20 junio 1964 y 16 marzo 1977.

Pero los supuestos más interesantes por la gravedad de sus efectos económicos, son aquellos en los que el autor no sólo oculta el carácter de la letra, sino también su estado de insolvencia o su grave crisis económica (o la de otros firmantes), y presenta la letra al descuento con el ánimo de no pagar. Es así como se presentan los casos de cabalgata de letras, los efectos en que se estampa firma de favor por precio, las letras libradas entre insolventes (75) y, en general, las letras de colusión. En la doctrina francesa es posición dominante considerar los casos referidos como auténticas estafas por el argumento de que la intervención de terceros en el embuste (*mise en scène*) implica la maniobra fraudulenta exigida en la Ley (76). Pese a que nuestro Derecho positivo no exige maniobras «fraudulentas», sino más bien «engaño idóneo», creo que debemos llegar a la misma conclusión. La jurisprudencia sólo se ha pronunciado sobre el caso del comerciante, hasta entonces digno de todo crédito y con amplias relaciones comerciales, que en período de grave crisis económica libra letras vacías contra anteriores clientes ocultando el carácter no comercial de la letra y su situación económica actual. El Tribunal Supremo mantiene, con argumentos a mi juicio atendibles, que el error en que incurre el Banco es consecuencia adecuada del engaño urdido, porque «en el ánimo de la entidad bancaria pesa el arraigo del librador o las anteriores relaciones comerciales con los librados» (77).

En lo que respecta, por último, al perjuicio se ha apuntado anteriormente que los supuestos en los que el detrimento patrimonial es indubitado se refieren a firmantes carentes de solvencia o crédito o a los casos en que el Banco ha pagado una suma mayor de la habitual en el descuento de letras comerciales.

Así, pues, sólo concurriendo el ánimo de lucro, el engaño y el perjuicio con el contenido señalado (aparte del resto de elementos de la estafa) nos hallamos ante la estafa de abuso de crédito mediante descuento bancario de letras vacías, a incluir en alguna de las modalidades del número 1 del artículo 529 según cada caso.

(75) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277, describe el ejemplo "tan frecuente de dos comerciantes que sabiendo que la quiebra de uno de ellos es inevitable, libran entre sí letras con el fin de que el futuro quebrado obtenga dinero y pueda huir dejando burlados a sus acreedores".

(76) Cfr. R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 435; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., págs. 23-24; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, cit., pág. 668, nota 3; R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 543.

(77) S. 25 noviembre 1972. En idéntico sentido 12 mayo 1972, 30 abril 1973.

VII. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.

La amplitud con que la jurisprudencia española ha aplicado el delito de estafa prueba el interés por reprimir el uso de las letras no comerciales independientemente de la intención defraudatoria, de la idoneidad del embuste y del perjuicio causado. Resulta obligado entonces preguntarnos sobre la oportunidad de una nueva figura delictiva.

Lo primero que hay que preguntarse ha de referirse al objeto de protección, y al respecto encontramos dos modelos, de distinta orientación, en el Derecho comparado. De un lado, el artículo 509 del Código penal belga (78), en el que parece latir más bien la idea de una nueva modalidad de defensa del patrimonio individual, incluye el delito como una variante de las defraudaciones al lado de la estafa y da cierta importancia a la figura del librado al excluir el delito su autorización para el giro (excluyendo, pues, las letras de favor). De otro lado nos encontramos con la propuesta del Proyecto Alternativo alemán (79) que enfoca el nuevo delito en la línea de proteger la letra como instrumento del tráfico económico evitando los riesgos político-monetarios y el peligro para el patrimonio individual que produce el uso de letras vacías. La figura preconizada se incluiría entre los delitos contra la economía, más concretamente, en los que atentan contra los medios de pago y crédito, por lo que ni los medios fraudulentos, ni el perjuicio (independientemente de que la punición del uso de letras de favor se supedite a que no hayan sido pagadas), ni el ánimo de lucro sean elementos decisivos del delito.

(78) Art. 509: "Sera puni d un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 26 francs à 3.000 francs, celui qui se sera frauduleusement procuré des fonds, valeurs ou décharges au moyen d'un effet tiré sur une personne qui n'existe pas ou qu'il savait ne pas être sa débitrice ou ne pas devoir l'être à l'échéance, et qui ne l'avait pas autorisé à tirer sur elle. Toutefois, les poursuites ne pourront avoir lieu, ou cesseront, si l'effet a été payé, ou si les fonds ont été découverte à moins que le tiré n'ait porté plainte. Dans ce cas, le coupable sera condamné à un emprisonnement de quinze jours à trois mois et à une amende de 26 francs à 300 francs, ou à une de ces peines seulement".

(79) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. B. T. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen 1977. § 186, Wechselmissbrauch. "Wer einen Wechsel, dem weder ein Geschäft über entsprechenden Warenumsatz oder entsprechende Dienstleistungen noch eine Darlehensgewährung durch ein staatlich erlaubtes Kreditinstitut zugrunde liegt, in Verkehr bringt oder weitergibt, ohne auf das Fehlen eines solchen Grungeschäftes hinzuweisen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn der Wechsel bei Vorlage zur Zahlung innerhalb der Vorlegungsfrist nicht eingelöst wird. Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer geschäftsmässig 1. ohne Übernahme der vollen Haftung für die Einlösung die Veräusserung solcher Wechsel vermittelt oder 2. solche Wechsel zum Zwecke der Weiterveräusserung erwirbt und als Gegenleistung für den Erwerb überwiegend andere Wechsel oder Schecks hingibt".

No quiero pronunciarme sobre la idoneidad de crear o no el nuevo delito porque ello exigiría estudios más profundos de otra índole, pero sí me atrevería a hacer algunas observaciones que habría que tener en cuenta.

1. Que es necesario conocer la práctica y el Derecho cambiario de los países que nos pueden servir de modelo (Bélgica y Alemania) para saber su semejanza o diferencia con la práctica y Derecho cambiario español.

2. Que dado que algunas letras no comerciales, en concreto las letras financieras firmadas por comerciantes serios y solventes, son de extendido uso y tienen el mismo valor económico a efectos del descuento o tráfico que las propias letras comerciales, la punición de su uso debería de condicionarse al impago de la misma a su vencimiento (80).

3. Que, se adopte el sistema belga de robustecimiento de la defensa del patrimonio individual, o el del Proyecto alternativo de protección de la propia letra como instrumento de crédito, lo cierto es que una posición maximalista de carácter represivo debe ser recusada. Hay que evitar que la criminalización del uso de las letras no comerciales conduzca a los mismos efectos indeseables que conllevó el castigo indiscriminado del cheque en descubierta: a crear un instrumento de chantaje en manos de prestamistas usurarios. El mismo argumento que Garrigues utiliza frente a quienes pretenden negar validez a las letras de favor puede servir aquí en contra de una penalización ciega e indiscriminada. Decía este autor que «mientras los teóricos del Derecho mercantil formulaban sus doctrinas contra la letra de favor, pensando en proteger a los banqueros, eran precisamente éstos los que si se me permite la frase, favorecían las letras de favor» (81). Pues bien, del mismo modo hay que rechazar una posición maximalista en cuanto a la penalización del abuso de crédito mediante el uso de letras no comerciales mientras la doctrina mercantil consagra su validez y las fuerzas económicas alientan su utilización.

Antes de intentar la solución penal, la más drástica y dañosa, hay que estudiar la posible eficacia de otras medidas protectoras no penales. Habría que pensar, por ejemplo, en una determinación legal o doctrinal de los efectos civiles de esta clase de letras entre los que cabrían la nulidad del contrato de descuento o el ejercicio de la *exceptio doli* en los casos en que el descontante oculta el carácter no comercial de la letra (82). Y hay otras medidas que fueron discutidas por los autores del Proyecto alternativo pero que no se aconsejaron por la influencia que tendrían en el

(80) Vid. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 63; *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 67. También preconiza la condición objetiva del impago P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., pág. 822.

(81) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277.

(82) Cfr. P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., págs. 822-823.

Derecho cambiario, como la de exigir una fórmula que haga patente el carácter financiero de una letra, lo cual afecta al principio cambiario de abstracción, o la posibilidad de establecer el deber de llevar, bajo amenaza de multa, un libro copiator de letras objeto de posibles inspecciones (83). Sólo cuando se demuestre la imposibilidad o ineficacia de estas medidas, es lícito pensar en la sanción criminal como medida preventiva.

(83) *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 69.

