

Roj: **STS 615/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:615**Id Cendoj: **28079120012018100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/02/2018**Nº de Recurso: **778/2017**Nº de Resolución: **98/2018**Procedimiento: **Recurso de casación penal**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 778/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 98/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 27 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 778/2017, interpuesto por la entidad «**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**» (**BBVA**), representada por el procurador D. Esteban Jabardo Margareto, bajo la dirección letrada de Dª Montserrat Ribes Febles, contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 14 de febrero de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como partes recurridas **Constancio**, representado por el procurador D. Francisco de Asis Moreno, bajo la dirección del letrado D. Isidoro Sánchez Vila, y la entidad «**Félix Santiago Melian, S.L.**», representado por el procurador D. José Manuel Fernández Castro, bajo la dirección letrada de D. Pedro Ramón Ayala Roque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, instruyó Procedimiento Abreviado nº 87/2011, contra **D. Constancio**, por un delito de apropiación indebida, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que en la causa nº 92/2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**Primero:** Probado y así se declara que con fecha 8-2-02 se suscribió entre la empresa Félix Santiago Melián S.L. y la entidad bancaria BBVA un préstamo hipotecario por importe de 6.714.569,74 euros. El propio Banco escogió la Gestoría Iglesias para que tramitara la liquidación de impuestos y la inscripción registral de aquella escritura, mercantil con la que ya venía trabajando la entidad prestamista, es decir, que la elección de la



Gestoría Iglesias correspondió al BBVA, con quien compartía sus honorarios y sin que la Gestoría tuviera relación alguna con el cliente del banco, hoy perjudicado.

Segundo: Así, el acusado y legal representante de la Gestoría, Constancio , mayor de edad y condenado como autor de un delito de apropiación indebida y falsedad en documento público, recibió en su cuenta bancaria, con la misma fecha y de la empresa Félix Santiago S.L. la cantidad de 50.359,27 euros para que efectuara el pago a Hacienda de los impuestos devengados por aquella operación. El acusado declaró a Hacienda con fecha 15-3-02 que el valor de la operación era de tan solo 6.714,6 euros, ingresando la escuálida suma de 50,36 euros en concepto de impuestos devengados, en lugar de los mas de 50.000 ya reseñados, quedándose en su propio beneficio el resto de importe recibido que ingresó en su patrimonio y destinó a otras operaciones particulares del propio acusado.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Constancio como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas aceptadas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** y multa de 6 meses con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y pago de costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, se le condena a que indemnice al legal representante de la empresa Félix Santiago Melián S.L. en la suma de 50.308,91 euros, más el interés legal establecido, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria BBVA.

Recábase del instructor la pieza de responsabilidad civil concluida con arreglo a derecho.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley y precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECrim . y 5.4º de la LOPJ , ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución .

2º.- Por Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 120.4 del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 15 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El primero de los motivos alega vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución Española .

Invoca la garantía constitucional de presunción de inocencia que dice infringida porque no consta prueba alguna en los autos para concluir que la elección de la Gestoría correspondió a BBVA y menos aún que la misma haya compartido honorarios con la Gestoría.

Reprocha a las acusaciones no haber cumplimentado la carga probatoria que estima le incumbía que acreditase ambos extremos que devinieron determinantes de la decisión recurrida.

2.- Tal planteamiento ignora que el contenido de esa garantía constitucional es ajena al establecimiento de hechos que fundan la responsabilidad civil y no la penal. Ni siquiera en el proceso penal existe propiamente carga probatoria. Ésta implica una regla decisoria, para el caso de duda, partiendo de una previa distribución de dicha carga, de suerte que el contenido de aquella perjudicará a quien concernido por la carga la incumple. La presunción de inocencia es también una regla de decisión pero que a lo que atiende, en caso de duda, es a que para el expuesto a sanción sea de carácter favorable o perjudicial el hecho cuya existencia no consta acreditada con certeza objetiva.



Así pues corresponde a quien reclama la responsabilidad civil subsidiaria acreditar el hecho constitutivo de la obligación reparadora frente a lo que el reclamado puede alegar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que le favorezcan.

Constitutivos son, como veremos al exponer el siguiente motivo, lo que el recurso discute y que hemos indicado en el anterior apartado. Pero de su aserción da cuenta en su argumentación la sentencia de instancia. Según ésta se parte del hecho indiscutido de que el encargo lo realizó el BBVA al acusado. Y prueba de ello es lo que el acusado, que era representante de la Gestoría que, precisamente, lleva su nombre, declara, por un lado, que «*los resultados de la gestión los despachaba con el Banco*», por otro lado que «*yo con el cliente no he tenido ningún tipo de relación*», y, finalmente, «*compartía con el Banco los honorarios al 50%*».

Fuera del marco de la responsabilidad penal la condición de acusado no está sometida a los condicionantes de la consistencia de su testimonio. No compartimos el recelo del Ministerio Fiscal, en su impugnación del recurso, para aceptar la veracidad de lo que el penado admitió en juicio respecto a los honorarios. Menos cuando, por el simple hecho de que el Banco le reconozca como proveedor suyo, el Ministerio Fiscal estime ya corroborado el dato no menos relevante de que el acusado despachaba solamente con la entidad recurrente. Por estimar consistente el testimonio del penado valoramos que satisface la carga de prueba del hecho constitutivo, tanto más cuanto que el BBVA se limita a la mera negativa de la verdad de lo que el acusado dijo sin aportar prueba alguna ni de su mendacidad, ni de que la obligación que se le reclama por ello no haya podido surgir, ni se haya extinguido ni deba excluirse.

Admite que propuso al cliente la gestoría, pero protesta que no se trató de una imposición, pues el mismo tenía disponibilidad de elegir cualquier otra. Lo que permite inferir la iniciativa que le atribuye la sentencia de instancia.

Que tales gestiones redundaban en la consumación de la operación financiera es evidente por lo que, incluso de no tenerse por veraces los repartimientos de lucros a costa del cliente con el gestor penado, implica de por sí un evidente beneficio.

Y que, precisamente por eso, se realza la verosimilitud de que la dependencia del gestor era del Banco y no del cliente de este

Por ello este motivo se rechaza.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera vulnerado lo establecido en el artículo 120.4 del Código Penal. Alega a tal efecto que no solo no existe relación laboral, sino que no existe ninguna relación de dependencia, ni tampoco un posible beneficio que de la actividad del condenado pueda redundar en beneficio del BBVA. Por lo tanto, la actividad de la gestoría estaba totalmente fuera de control de la actividad del Banco y su acción reprochable se encontraba, a todas luces, fuera del marco propio de la actividad empresarial de BBVA, ni esta entidad ha creado riesgo para la entidad que devino perjudicada.

2.- En nuestra STS nº 252/2017 de 6 de abril, recordábamos la evolución de la doctrina jurisprudencial acerca de los presupuestos que justifican la imposición de responsabilidad civil subsidiaria, conforme al artículo 120.4 del Código Penal, siguiendo lo dicho por la STS nº 213/2013 de 14 de marzo.

La interpretación de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad se efectuaba, en la Jurisprudencia basada en el *Código Penal anterior* (SSTS 1 de abril de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 23 de abril, entre otras), con un criterio amplio, apoyándose la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria no sólo en los pilares y tradicionales de la «*culpa in eligendo e in vigilando*», sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «*qui sentire commodum, debet sentire incommodum*». Así por ejemplo, la STS de 30-3-1989 señala que esta responsabilidad se fundamenta «en la idea de **riesgo** para imputar a quien lo crea, mediante un servicio que le reporta utilidad beneficio o simple comodidad, los eventos perjudiciales derivados, y en esta línea interpretativa se ha entendido que la relación de dependencia o servicio que vertebra la aplicación de la norma legal puede ser laboral o no, y es indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria; exige empero un acuerdo de voluntades mínimo, en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la **posible intervención del principal** mediante órdenes e instrucciones, lo que mediatamente conecta con la existencia de «*culpa in eligendo o in vigilando*», debiendo subrayarse este punto para matizar ciertas afirmaciones de responsabilidad objetiva o *in re ipsa* frecuentes en las resoluciones judiciales».

Más modernamente, la jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad (STS. 1096/2003, SSTS 239/2010 de 24.3, y 1036/2007 de 12-12; STS 27-6-2012, nº 569/2012), precisa que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual, quien obtiene **beneficios** de un servicio que se le presta



por otro, debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio «*cuius commoda, eius est incommoda*»), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*» hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

- a) Existencia de una relación de **dependencia** entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, **sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico**, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la **meramente funcional**; y,
- b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito **dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones** así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (SSTS., entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02).

En definitiva, para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del artículo 120.4 del Código Penal, es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica **o de hecho** o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el **beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario**; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios «*in dubio pro reo*» ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la **funcionalidad, la potencial utilización** del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se **incluyen las extralimitaciones** en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste **no extravíase el ámbito o esfera de actuación** que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Como señalaba esta Sala en sentencia 1557/2002 : «extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales», idea que viene pretendiéndose en las SS. 1491/2000, 1561/2002 y 1372/2003 entre otras muchas. En efecto, son muy frecuentes las resoluciones de esta Sala que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria, o vulnerando normas legales o reglamentarias.

Pero es más, el requisito exigido para la aplicación de este artículo 120.4 del Código Penal. nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.

Por ello la interpretación de aquellos dos requisitos debe efectuarse con **amplitud** (STS 27-6-2012, nº 569/2012), apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa » «*in eligendo y la culpa in vigilando*», sino también sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «*qui sentire commodum, debet sentire incommodum*» (SSTS. 525/2005 de 27.4, 948/2005 de 19.7), de manera que quien se **beneficia** de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resulten perjudicados (ATS 1987/2000 de 14.7), admite **incluso** la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce **ningún beneficio** en su principal «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

3.- Si, como hemos dejado justificado en el precedente fundamento jurídico, el penado resultó estar bajo dependencia de la entidad BBVA, porque era el único interlocutor acerca de sus funciones, aunque esa dependencia fuera de mero hecho, y si, además, el propio banco no se contentó con sus lucros derivados de su función específica, sino que con avaro uso, los amplió con los no excesivos pero reales constituidos por la mitad de los honorarios que se impusieron al perjudicado, es claro que se satisfacen hasta la saciedad todos los presupuestos del citado artículo 120.4 del Código Penal que determinan la correcta exacción de responsabilidad civil de la entidad recurrente.

TERCERO.- El rechazo del recurso obliga a imponer al recurrente las costas derivadas del mismo.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el «**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**» (**BBVA**), contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 14 de febrero de 2017 .

Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no caber recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ