



Roj: **STS 330/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:330**

Id Cendoj: **28079120012019100099**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2019**

Nº de Recurso: **334/2018**

Nº de Resolución: **737/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14236/2017,**
AAAP M 5299/2017,
STS 330/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 737/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 334/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Procedencia: Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 334/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 737/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 334/2018 interpuestos por **Justo** representado por el procurador Sr. Manuel María García Ortiz de Urbina, bajo la dirección letrada de D. Jesús Trillo Navarro y por el responsable civil subsidiario **BANCO SABADELL S.A.** representado por la procuradora Sra. D.ª Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de D. Jesús Pórfilo Trillo Navarro contra sentencia de fecha 27 de octubre de 2017 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por delito continuado de apropiación indebida. Ha sido parte recurrida D.ª Tatiana , Coporsa 87 S.A. representado por la procuradora Sra. Tatiana y bajo la dirección letrada de D. Emilio Eiranova Encinas. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de Madrid incoó PA nº 2278/2012, contra Justo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima) que con fecha 27 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Ha resultado probado y así se declara que el acusado Justo , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 .1957 y y antecedentes penales, desde el año 2000 prestó sus servicios como empleado en el Banco Sabadell en la sucursal sita en la C. Ponzano nº 2 de Madrid y a su vez desde la misma fecha actuó como contable de COPORSA 87 S.A. , VERDICIO S.A., sociedades cuya administración única estaba atribuida a Elvira .

El acusado se aprovechó de su doble condición de empleado del Banco de Sabadell y del hecho de que llevaba la contabilidad de VERDICIO S.A., cliente del citado Banco, para distraer dinero de la citada sociedad a través de operativa de disposiciones fraudulentas que se dirán a continuación y sin que la administradora tuviera conocimiento de esta operativa . De este modo en el periodo de tiempo comprendido entre el mes de junio de 2003 y el mes de noviembre de 2011 se apoderó de fondos directamente de la cuenta NUM002 de la mercantil VERDICIO S.A. por importe de 153.453,32€,de los que :

-149.453,320 corresponden a adeudos en concepto de cheques pagados por caja , sin que exista el documento del cheque ,dado que el acusado indicaba un número de cheque coincidente con otro cheque adeudado con anterioridad en la cuenta de la social , coincidiendo en muchos casos el importe de los cheques .

-4.000E corresponden a un reintegro cuyo efectivo se acabó abonando en cuentas vinculadas al acusado.

El acusado fue despedido del Banco Sabadell en fecha 12 de diciembre de 2012.

La presente causa ha tenido entrada en esta Audiencia Provincial el día 15 de Mayo de 2015 permaneciendo pendiente de turno para señalamiento hasta el día 19 de abril de 2017 en que se dictó Auto admitiendo las pruebas propuestas y diligencia señalando fecha para la celebración del Juicio Oral"

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

"Condenarnos a Justo como responsable en concepto de autor de un delito continuado de apropiación indebida agravado por la cuantía de la suma defraudada, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las siguientes penas: DOS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE SIETE MESES, con cuota diaria de DIEZ EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular personada, en la misma proporción.

El acusado deberá indemnizar a Elvira en la suma de 153.453.32 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad BANCO DE SABADELL,S.A.

Debemos absolver y absolvemos a Justo del delito de falsedad objeto de la acusación, con declaración de oficio de la mitad de las costas".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el acusado y la responsable civil que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Justo .



Motivo primero .- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim , por infracción del art. 24.1 y 2 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim en relación con lo previsto en el art. 24 CE .

Motivos aducidos en nombre de Banco Sabadell S.A.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por infracción del art. 252 CP (hoy 253 CP) delito de apropiación indebida). **Motivo segundo**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación art. 120.4 CP . **Motivo tercero** . Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto**.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación; la representación legal de la parte recurrida Elvira , Coporsa 87, y Verdicio SA se opuso a ambos recursos, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia. Por su parte el Banco de Sabadell S.A. se adhirió al recurso formulado por el condenado. La Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 11 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invoca el recurrente condenado los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ para denunciar lo que considera una vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** (motivo primero). Se dedican los primeros párrafos del argumentario del motivo a recoger sintéticamente las líneas maestras de la jurisprudencia sobre tal derecho y su operatividad en casación.

El derecho a la presunción de inocencia aparece configurado como regla de juicio que incorpora la prohibición de condena si no se han producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas **a todos los elementos esenciales del delito**, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Una condena penal vulnera tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 68/2010, de 18 de octubre ; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Sintetizando su doctrina, se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** con ausencia de pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Pues bien, de esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- viene a sostenerse en el recurso que **la prueba ni sería concluyente, ni estaría respaldada por una motivación racional suficiente**. No serviría por ello para estimar acreditado ni que se produjese una operativa bancaria fraudulenta ni que, de existir, fuese responsabilidad del recurrente.

Hay que desestimar este motivo.

La prueba desplegada es suficientemente concluyente. Acreditada documentalmente y por el informe realizado por el responsable de la Unidad de Auditoría operativa de la entidad bancaria la duplicidad de pagos de cheques, así como la un reintegro que acabó en cuentas titularidad del acusado, la conclusión de que tales irregularidades solo podían haber sido llevadas a cabo por el recurrente fluye de forma tan natural como convincente. Solo él tenía capacidad operativa para esos manejos al compartir su condición de empleado del banco, y por tanto con acceso a realizar apuntes contables y traspasos, con la de persona de confianza de la



querellante con autorización para operar en sus cuentas, logrando una opacidad que evitó su descubrimiento durante un tiempo. No se percibe otra hipótesis alternativa que albergue un mínimo de potencialidad explicativa y convictiva. Sólo él estaba en situación y condiciones de efectuar esos manejos.

Las manifestaciones de la querellante, la documentación aportada, y el informe de Damaso constituyen una triada de elementos probatorios, según explica el Fiscal, que apuntalan sólidamente la convicción de culpabilidad que no se ve erosionada por la pura y simple negativa del acusado.

SEGUNDO.- Igual cauce casacional (art. 852 LECrim) aunque ahora refiriendo la vulneración al derecho a la **tutela judicial efectiva** con causación de indefensión, utiliza el segundo de los motivos. Considera que la falta de unión de las facturas a que obedecían los cheques que se dicen duplicados, así como el reconocimiento a Damaso de la condición superpuesta de testigo-perito, supondrían una deficiencia y una irregularidad, respectivamente, no tolerables y causantes de indefensión.

Ni se entiende del todo, ni se comparte la queja del recurrente.

En cuanto a la aportación de las facturas, estaba en su mano recabarlas, si las consideraba necesarias o fecundas a efectos de su defensa. Pero ahora se trata de comprobar si la prueba definitivamente practicada es concluyente; y lo es con independencia de que no obren en la causa esos concretos documentos. La prueba desplegada es suficiente para alcanzar la certeza plasmada en la sentencia más allá de que fuese posible la aportación de otros elementos probatorios.

En lo atinente a la posición asumida en su declaración por el referido Damaso , es de resaltar que fue propuesto en ambas condiciones -testigo o perito- por dos partes diferentes. Ninguna incorrección, ni menos aún afectación a los derechos del recurrente, se podía derivar de la ulterior transformación del título en que efectuaba las manifestaciones en el juicio oral que, en efecto, se correspondían en parte con las de un testigo y en algunos puntos con las de un perito. Tal doble condición está aceptada en nuestra legislación procesal (arts. 4 , 370 y 380.2 LEC). En la medida en que lo que se recababan del compareciente eran datos conocidos directamente lo procesalmente correcto seguramente era atribuirle el estatus de testigo con las consecuencias subsiguientes.

Lo referido a la mayor o menor fiabilidad de las manifestaciones de tal testigo (y en cierto modo también perito) es temática propia de la presunción de inocencia ya analizada.

TERCERO.- El tercer motivo utiliza el art. 849.2º LECrim de manera manifiestamente deformada respecto de su estricta arquitectura legal.

Por una parte, se indica que determinados documentos (cuadro aportado a la querella y relaciones de extractos y cheques) no debieran bastar para una condena. Esa forma de argumentar es propia de la presunción de inocencia (ya ventilada) y no de un motivo por *error facti* que exige que se señalen documentos que **acrediten** inequívocamente un extremo ignorado por la sentencia; no, como hace el recurrente, documentos que no sean suficientes para acreditar algo. El esquema argumentativo del razonamiento del recurso está en las antípodas del motivo diseñado en el art. 849.2º: éste obedece a la premisa el *documento acredita* ; el recurrente, en cambio, aduce que *los documentos no acreditan* .

En otro orden de cosas, incluye el recurrente unas consideraciones sobre el valor de los *compliance* Su relación con el asunto que analizamos no se adivina. A partir de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, esos *Corporate Compliance*, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa.

El motivo no es estimable

CUARTO.- Tampoco lo es el cuarto y último que denuncia **denegación de prueba** a través del art. 850.1º LECrim .

En primer lugar por la potísima razón de que la prueba cuya denegación se denuncia fue acogida. Otra cosa es que no arrojase el resultado que el recurrente esperaba: el Banco informó que no figuraba resultado alguno de accesos con claves a esa cuenta corriente en el periodo señalado. Eso podrá ser valorado, creído o no, discutido, impugnado... Pero no puede pretenderse que la prueba se siga practicando hasta que se emita un informe en los términos que interesan al recurrente.

Y, desde luego, no puede ahora en casación quejarse cuando no lo hizo en la instancia ante ese resultado probatorio.



QUINTO.- Interpone también casación el Banco de Sabadell condenado como responsable civil subsidiario. El primero de los motivos de su recurso accede a esta sede a través del art. 849.1º LECrim . Denuncia aplicación indebida del art. 252 LECrim . El segundo por igual vía considera improcedentemente aplicado el art. 120.4 CP . En realidad, estamos ante una única pretensión: que se cancele la consideración de esta entidad como responsable civil. El primer motivo no está en realidad cuestionando la aplicación indebida del art. 252 y 253 CP . No solicita que se dejen de aplicar tales preceptos. Lo que hace es introducir un argumento para apuntalar su única y principal pretensión: que no se aplique el art. 120.4 CP .

Se dice que el núcleo de la apropiación indebida estriba en la infracción de un deber de confianza y que en este caso la confianza quebrantada fue la que había depositado en el condenado la perjudicada y no el Banco.

Es verdad. Pero eso ni despoja de contenido a la condena, ni diluye la condición de responsable civil subsidiario de la entidad bancaria bien anclada en el relato de hechos probados consignado.

Ciertamente el acusado se valió de una doble condición para llevar a cabo la actividad delictiva: de una parte, la querellante le había encargado la gestión de su contabilidad y cuentas corrientes y de *facto* también de sus fondos. De otra, como empleado de la entidad bancaria, manejaba esas cuentas en nombre y por encargo del Banco. Solo a través de esa doble cualidad y haciendo uso de facultades y posibilidades ligadas a ambas, pudo llevar a cabo la actividad defraudatoria. Esta no queda desvinculada de su condición de empleado del banco: solo valiéndose de ese status podía disimular sus manejos, realizar los apuntes necesarios en las cuentas y camuflar los desvíos de fondos.

Que la confianza más significadamente quebrantada fuese la otorgada por la querellante no incide en la condición de responsable civil subsidiario de la entidad ex art. 120.4º CP . El criterio de la relación jurídica prevalente no repercute en el surgimiento y mantenimiento de la condición de tercero responsable civil de aquella industria y negocio por cuenta de la cual actuaba el autor. En la actividad desplegada en su comportamiento delictivo atraía ambas condiciones: era ciertamente comitente de la perjudicada, pero también empleado de la entidad bancaria. No podía haber llevado a cabo la conducta tal y como la desarrolló si no fuese desde esa posición de empleado del banco y abusando de las funciones que tenía asignadas en ese concepto. El acusado se relacionaba frente a la perjudicada no solo como dependiente suyo, sino también como empleado del banco. La bifronte condición superpuesta no desvanece ni eclipsa el lazo del que nace la responsabilidad civil subsidiaria.

Un precedente que avala este criterio viene representado por la STS 1086/2009, de 5 de noviembre que contempla también una actividad delictiva a cargo del dependiente de una entidad bancaria que, a su vez, actuaba como mandatario del cliente perjudicado. Leemos en tal sentencia:

"El recurrente alega en el primer motivo del recurso la infracción del art. 120. 4º CP , dado que el acusado - sin perjuicio de la relación de parentesco existente entre ambos- actuó en las operaciones que realizó como director de una oficina bancaria del Banco de Valencia, razón por la cual esta entidad debió ser condenada a satisfacer la responsabilidad civil subsidiaria por el delito cometido por el acusado. El Ministerio Fiscal apoyó el motivo.(...).

La Audiencia Provincial ha sostenido que no cabía en este caso la responsabilidad civil del banco, ya que el director de la agencia había actuado como mandatario del cliente. De allí dedujo que el banco sólo había ejecutado las instrucciones que había recibido del mandatario de su cliente y que, por tal razón, no era aplicable el art. 120.4º CP .

En principio, la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo en la *culpa in eligendo* , que aquí no se discute, sino también en la *culpa in vigilando* . Si bien es cierto, como lo señala el Ministerio Fiscal en su informe, que el Banco tenía suficientes elementos que alertaban sobre las irregularidades la gestión bancaria del acusado, lo cierto es que no le correspondía vigilarlo en una actividad ajena a sus funciones bancarias de mandatario de su tío. El art. 120.4º CP no permite extender la posición de garante del Banco más allá del desempeño de obligaciones y servicios que el subordinado tenga con él o preste para él. La vigilancia del mandatario es competencia del mandante.

Sin embargo, en el caso presente, el acusado se valió para los traspasos de 11.11.03, 20.1.04, 14.2.04 y 18.2.04 de su posición en el banco para retener durante meses la correspondencia y ocultar a su mandante , de esa manera, la extracción de diversas cantidades de la cuenta del mismo e ingresarlas en la suya. Este uso irregular de las funciones que le incumbían en el banco con el objeto de favorecer la comisión del delito es generador de la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en los términos del art. 120.4º CP .

Y aunque, a diferencia del anterior, el supuesto de hecho contemplado en la STS 299/2002, de 15 de febrero no es parangonable al aquí examinado, algunos razonamientos extraídos de tal resolución sirven también para apuntalar la solución que ofrecemos para la cuestión suscitada por la entidad recurrente:



"Dice el recurrente que "el motivo trata de poner de manifiesto la inexistencia de la posible correlación entre el puesto de trabajo del acusado y la acción defraudatoria, pues el camino empleado para llegar al apoderamiento de lo ajeno tuvo como vehículo principal y casi único, la amistad que unía a y los perjudicados"; debiendo ser considerado el dato relativo a su empleo en el Banco "como un elemento tangencial de la acción realizada".

(...)

Respecto a la segunda de las cuestiones, se dice que la sentencia 2422/2001, de 13 de diciembre "que la responsabilidad que regulaba el artículo 22 del anterior Código Penal -y la doctrina se mantiene vigente en la actualidad-, es una responsabilidad "in re ipsa" que tiene su razón de ser en el principio de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños, siendo patente la evolución del fundamento de esta responsabilidad que de estimarse en caso de culpa in eligendo o in vigilando, hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva, teniendo como elementos integrantes de dicha responsabilidad: a). la 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 encuentra, habiéndose admitido que ni siquiera se precisa que dicha relación tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente. b). que el autor del hecho ilícito actúe dentro del marco que le permite el cargo, aunque sea con extralimitación".

En el presente caso ya al inicio de los Hechos Probados se afirma que el acusado actuaba valiéndose de la posición que su calidad de Director de la Agencia de Marcelino de Barcelona del B.N.P. España, S.A. le confería, lo que se repite posteriormente de manera razonable, como cuando se afirma que ambos acusados obraron "aprovechando la apariencia de fiabilidad y solvencia que les confería actuar exteriormente respaldados por dos entidades bancarias de indudable prestigio" (Hechos Probados, Apartado B), pf. 2).

Y más concretamente, como subrayan tanto el Fiscal como la acusación particular, que "extendió de su puño y letra en unas ocasiones en impresos de B.N.P. España, S.A., entidad para la que trabajaba, con el membrete y sello de la empresa, escritos aparentemente justificantes de la inversión realizada". Efectos a los que no hubiera tenido acceso si no hubiera sido empleado de dicha Entidad.

Por consiguiente apareciendo cumplidos en la conducta del acusado los requisitos exigidos por el artículo 22 del Código Penal de 1973 y por el artículo 120.3º y 4º del actual, hay que entender que el Motivo Unico del recurso ahora analizado, en el que se pretende la no consideración de responsable civil subsidiaria de la Entidad recurrente, debe ser desestimado.(...).

En segundo lugar se aduce que sin desconocer la tendencia a extender la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas, en ningún caso se podría llegar a que éstas respondieran civilmente de los delitos cometidos por sus empleados "al margen de su actividad como tales". Añadiendo que solamente "si la empresa dispone de poder jurídico de organización sobre la conducta concreta del empleado que se califica de delictiva, entonces podremos afirmar que dicho empleado, aún extralimitándose, ha actuado en el ejercicio de sus funciones".

Más ya hemos razonado en el Fundamento de Derecho anterior al estudiar el recurso interpuesto por B.N.P. España, que según conclusión lógica del Tribunal de instancia expuesta repetidamente a lo largo de su sentencia, los acusados al ejecutar sus conductas delictivas actuaban como empleados de las respectivas entidades bancarias, prevaliéndose de las facilidades que de ello derivaban.

A lo que añade acertadamente el Ministerio Fiscal que "la potestad de control y dominio del Banco se extiende a establecer mecanismos internos que permitan detectar actuaciones irregulares de sus propios empleados y, en todo caso, responder de los perjuicios ocasionados por estos últimos cuando realizan servicios que se encuentran en el ámbito de lo que es propio al Banco".

Por último, refiriéndose ya al caso concreto, argumenta el recurrente que en la sentencia se distingue entre las acciones que realiza Benita "en el ejercicio de sus funciones laborales" en el Banco Atlántico en los que la responsabilidad de éste es clara, y las que desarrolla "actuando en su calidad de asesora financiera", respecto a las cuales no puede afirmarse la posición de garante del Banco.

Sin embargo ya en el apartado B) de los Hechos Probados se dice que Benita "prestaba sus servicios en el Banco Atlántico S.A. como comercial de productos financieros". Y en el párrafo segundo del Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de instancia que la acusada actuaba "aprovechando la posición que le otorgaba el hecho de prestar sus servicios como comercial del Banco Atlántico, S.A., y por tanto como asesora financiera del mismo". Lo que acredita que no se trata de dos posiciones diferentes, sino de un mismo empleo en la Entidad bancaria.

Ya que, como dice el Fiscal en su Informe, "en la medida que era empleada del Banco Atlántico pudo atraer primero los ahorros de la Sra. Estibaliz (cuis commodum) para después, actuando como asesora financiera,



servicio prestado por el Banco, perjudicar gravemente los intereses de la cliente de la entidad financiera (eius incommodum)".

Ambos motivos decaen.

SEXTO.- El art. 849.2 LECrim funda el tercero de los motivos de este recurso de casación. Como sucedía con el motivo paralelo del anterior recurrente se usa el art. 849.2º LECrim de forma extraña a sus condicionantes legales.

El motivo busca apoyo en el informe obrante en la causa. Del mismo -se explica- no se deducen con rotundidad cuestiones que la sentencia ha considerado probadas; en concreto el monto de la cuantía apropiada. Sería compatible con el informe que algunas cantidades hubiesen reingresado en cuentas de la perjudicada o sus familiares.

Como se decía antes, no es esa forma de razonar armónica con la morfología legal de este motivo: *del informe no se deduce de forma concluyente determinada cuestión y por tanto no debe darse por probada*. El formato argumentativo acorde con el art. 849.2º es bien distinto: *el informe demuestra de forma incuestionable una realidad no aceptada por la sentencia*. Solo este tipo de silogismo, muy distinto del razonamiento de la recurrente, podría conducir al éxito a un motivo por la vía del art. 849.2. LECrim. Lo que alega ahora la recurrente se mueve en otro nivel probatorio que solo podría acceder a la casación a través de la presunción de inocencia, derecho éste que no ampara a un responsable civil subsidiario.

SÉPTIMO.- Por igual camino procesal discurre el cuarto y último motivo del Banco de Sabadell. Ha de recibir idéntica respuesta. Toma como punto de partida la confianza depositada por la perjudicada en el acusado y su falta de control. Se favoreció así el delito, lo que desplaza la responsabilidad civil de la entidad.

Aunque fuese así -y se puede aceptar por más que no se haya utilizado un cauce procesal idóneo-, nada variaría el tratamiento penal de la entidad recurrente. Que exista alguna culpa por parte del sujeto pasivo del delito no merma las responsabilidades del tercero responsable civil, como ha dicho en alguna ocasión la jurisprudencia.

La concurrencia de algún grado de negligencia por parte de la perjudicada ni excluye la responsabilidad civil del tercero ni la disminuye.

A este respecto puede traerse a colación el análisis que de este punto efectuaba la STS 300/2014, de 1 de abril, reiterado en la STS 721/2018, de 23 de enero de 2019:

"La sentencia de instancia para negar la responsabilidad civil subsidiaria de "Transcalleja" (fundamento de derecho quinto) desarrolla de forma extensa la doctrina de esta Sala que ha estimado que no puede apreciarse la tipicidad del delito de estafa cuando el error que genera el desplazamiento patrimonial es fruto no tanto de la conducta engañosa como de la indiligencia no tolerable del perjudicado. Temas de imputación objetiva (autopuesta en peligro), tipicidad (engaño *bastante*) y de ponderación de los deberes de autoprotección y de la tutela que debe dispensar el derecho penal, confluyen en esa controvertida teoría que en todo caso cuenta con un ya arraigado, aunque muy modulado, refrendo jurisprudencial. La Sentencia se hace eco de algunos pronunciamientos.

Yerra el Tribunal *a quo* al trasplantar esa teoría del ámbito en que se ha construido (exigencia de responsabilidad penal) al territorio de la responsabilidad civil, aunque sea dimanante de delito. Esas consideraciones solo tienen cabida como resalta el Fiscal en el campo de la responsabilidad penal. No hay fundamento alguno para ese traspaso: nótese como en esos casos de delitos de enriquecimiento en que la jurisprudencia ha negado la tutela penal por no haberse colmado esos mínimos deberes de autoprotección, siempre se deja a salvo la responsabilidad civil. El perjudicado mantiene su acción civil; únicamente se escamotea la tutela penal. En ningún supuesto se puede convalidar el enriquecimiento injusto, por nula que haya sido la diligencia de la víctima. Esa teoría no es una especie de sanción a la víctima descuidada, que no solo se vería privada de la protección penal, sino que además vería legalmente convalidada la sustracción o perjuicio económico ocasionados por un tercero de manera ilícita (aunque no penalmente sancionable). Esto resulta obvio. Tan obvio que en este caso se ha condenado al autor tanto a una pena como a la indemnización civil.

El esfuerzo del Tribunal *a quo* analizando los datos que permiten hablar de esa negligencia por parte de la perjudicada es estéril: no conduce a nada en materia penal. Si hay delito, hay responsabilidad penal. Y si el responsable penal responde civilmente también responde el tercero del art 120.4º CP.

Cuestión diferente y con cierta enjundia es la suscitada por la recurrida en su impugnación: ¿sería aplicable lo dispuesto en el art. 114 CP? Es decir, ¿cabría moderar la indemnización fijada precisamente por haber contribuido la perjudicada con su conducta negligente o descuidada al perjuicio sufrido?



Tal norma, según ha entendido la jurisprudencia, es aplicable tanto a delitos imprudentes como a delitos dolosos (piénsese en casos de lesiones dolosas en que media previa provocación; o de imprudencia con resultado de muerte en la que la víctima también tuvo un comportamiento desatento que contribuyó al desenlace; o eximentes incompletas de legítima defensa).

Ahora bien, esa norma no habilita nunca para moderar la responsabilidad civil en los casos de delitos de enriquecimiento. Estamos ante supuestos de estricta justicia conmutativa en que sostener lo contrario llevaría a contradecir criterios elementales de justicia. No puede consolidar legalmente el autor de la infracción el enriquecimiento ilícito, ni total ni parcialmente, por mucha negligencia causal que pueda atribuirse a la víctima. Cuando lo procedente es la restitución o, como fórmula subrogada, la indemnización equivalente, no cabrá jamás hacer uso del expediente del art. 114 CP. La responsabilidad civil dimanante del delito no puede ser menguada en esos casos. Por eso el art. 114 solo menciona la indemnización o la reparación y no la restitución. Cuando lo que procede es la restitución o en defecto de ella la indemnización como sustitutiva, no cabe moderación.

Así lo ha hecho la Sala de instancia: con toda lógica -lo contrario sería incomprensible- impone al responsable penal la obligación de indemnizar por todos los efectos distraídos, pese a la indiligencia de la víctima.

El interrogante se desplaza, así pues, a otro plano diferente, aunque la recurrida no alcanza a identificarlo. La pregunta sería ¿el art. 114 CP es escindible o fragmentable? Es decir ¿ se permite la moderación de la responsabilidad civil con base en el art. 114 CP para unos responsables civiles y no para otros?

Más en concreto: tal precepto, ¿habilita para establecer una cuantificación de la responsabilidad civil del penado y otra diferente y mitigada para el tercero responsable civil en virtud de tales razones?

La cuestión en abstracto es discutible. En parte estará vinculada al debate sobre la compensación de culpas tan explorado en la doctrina civil. La culpa de la víctima (art. 1103 C Civil y jurisprudencia emanada con esa base) puede tener un efecto reductor (según la conocida evolución histórica: desde la rigidez de la regla pomponiana se ha llegado al criterio del reparto del daño basado en la proporcionalidad de las culpas concurrentes).

Poner el acento de la responsabilidad civil ex art. 120.4 en el principio *eius commoda, eius damna*, será campo bien abonado para negar la dualidad de cuantificaciones (una cuantía a cargo del responsable penal que actuó dolosamente y otra rebajada para el tercero responsable civil por virtud de la negligencia de la víctima). La vinculación al principio de la *culpa in eligendo o in vigilando* sería base más fundada para propiciar esa fragmentabilidad: habría que moderar la cuantía del tercero responsable civil para compensar la culpa concurrente (*culpa in vigilando*) de la víctima.

Desde una perspectiva estrictamente civilista esa podría ser la solución.

Pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre ese tratamiento legal, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil nacida de delito tiene un régimen especial y diferente, en puntos a veces no despreciables, del régimen general de la culpa extracontractual: arts. 1092 y 1093 del Código Civil. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Penal. Y en el Código Penal el art. 114 es un precepto inescindible. La responsabilidad civil subsidiaria es estrictamente vicaria de la responsabilidad civil del responsable penal. Es un espejo de ella. El responsable civil subsidiario responde de lo mismo que el responsable penal, aunque solo en defecto de éste. No caben diferenciaciones en el alcance de sus respectivas responsabilidades civiles en virtud de factores como éste (la culpa de la víctima no tendría relevancia en relación a la conducta dolosa, pero sí repartiría el daño en relación al tercero cuando hay culpas concurrentes). Y no se exige constatar en concreto la presencia de culpa de ese tercero civil responsable". (énfasis añadido).

OCTAVO.- La desestimación de los recursos llevará a condenar a los recurrentes al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR losl recurso de casación interpuestos por Justo y por el responsable civil subsidiario **BANCO SABADELL S.A.** contra sentencia de fecha 27 de octubre de 2017 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por delito continuado de apropiación indebida.

2.- Condenar al pago de sus respectivas costas a los recurrentes Justo y al Banco Sabadell S.A.

Comuníquese esta resolución a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ