



Roj: **SAP BU 72/2015 - ECLI: ES:APBU:2015:72**

Id Cendoj: **09059370012015100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2015**

Nº de Recurso: **34/2013**

Nº de Resolución: **43/2015**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 BURGOS

ROLLO DE SALA NÚM. 34/13.

DILIGENCIAS PREVIAS NÚM. 1.463/07.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. UNO DE ARANDA DE DUERO.

S E N T E N C I A NUM.00043/2015

=====

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES

Dª MARÍA TERESA MUÑOZ QUINTANA

=====

En Burgos, a dos de Febrero de dos mil quince.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público la presente causa, seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado, con el núm. 1.463/07 (Rollo de Sala núm. **34/2013**), procedente del Juzgado de Instrucción número Uno de Aranda de Duero (Burgos), por un *delito continuado de Falsedad en Documento mercantil en concurso ideal medial con un delito continuado de Apropiación Indevida*, contra el acusado **Carlos María**, con DNI. nº NUM000, nacido en Aranda de Duero (Burgos), el día NUM001 de 1965, hijo de Avelino y de Ariadna, con domicilio en la CALLE000 nº NUM002, NUM003 /., de Aranda de Duero (Burgos), sin antecedentes penales, cuya declaración de insolvencia no consta acreditada, y que estuvo en situación de prisión provisional y comunicada por esta causa, acordada por Auto de fecha 5 de Diciembre de 2.007, hasta el 31 de Diciembre de 2.007, representado por el Procurador de los Tribunales D José Carlos Arranz Cabestrero y asistido del Letrado Sr. Esgueva Díez; siendo responsables civiles subsidiarios: EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO, S.L., Dª Julieta y Dª Tomasa, representados por el Procurador de los Tribunales D José Carlos Arranz Cabestrero y asistidos del Letrado Sr. Esgueva Díez, así como **INTEGRAL ARANDA, GESTORÍA ADMINISTRATIVA, S.L., ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS, S.L., y ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS, S.L.**, representados por el Procurador D. Marcos María Arnáiz de Ugarte y asistidos del Letrado Sr. De las Heras Alonso, y **D. Moises**, representado por el Procurador D. Alfredo Rodríguez Bueno y asistido del Letrado S. Ontoso Terradillos; y partes acusadoras, el Ministerio Fiscal, y la entidad **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.**, en el ejercicio de la Acusación Particular, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª María del Consuelo Álvarez Gilsanz y asistida del Letrado Sr. Jiménez Gutiérrez, habiendo sido designado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **Don LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN**, quien expresa el parecer del Tribunal.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En Diligencias Previas núm. 1.463/07 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Aranda de Duero (Burgos) está acusado el citado inculpado, y tramitada la causa conforme a ley, se abrió en esta Audiencia el correspondiente rollo de Sala núm. 34/13, señalándose los días 15, 19 y 28 de Enero de 2015, a las 10,15 horas para la celebración de las sesiones del juicio oral, en el que el acusado, con carácter previo, mostró su conformidad expresa con los términos de la calificación penal formulada por la acusación pública y Particular, no así en el apartado de las responsabilidades civiles y costas procesales de la acusación particular.

SEGUNDO.- Los hechos enjuiciados han sido calificados definitivamente por el Ministerio Fiscal, modificando las conclusiones provisionales, de acuerdo con la Defensa, al tenor literal siguiente:

"Segundo.- Los hechos relatados son constitutivos de un: DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL previsto y penado en los arts. 392 en relación con el art. 390.1.1º y 3º y 74.1 del C.P en concurso ideal medial, de conformidad con el art. 77 1º y 2º, con un DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, previsto y penado en el art 250.1. 5ª, en relación con el art. 252 y 74.1 del CP en su redacción dada por la LO 5/2010.

Tercero.- De los referidos hechos responde el acusado en concepto de autor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del mismo cuerpo legal .

Cuarto.- Concorre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante muy cualificada de confesión del art. 21.4 en relación con el art. 66.2 del CP .

Quinta.- Procede imponer al acusado, por el delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con el delito continuado de apropiación indebida en su modalidad agravada, la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de agente financiero o empleado de banca durante el tiempo de la condena (ex art 56.1.3º del CP), y **MULTA DE SIETE MESES a razón de 6 euros diarios** , con aplicación del art. 53.1 del CP ., en caso de impago, y costas procesales, incluidas las de la acusación particular, conforme al art. 123 del C. Penal .

En concepto de Responsabilidad civil: El acusado indemnizará a la entidad BANESTO en la cantidad de **934.266, 52 euros** (incluido capital e intereses), con el interés del art. 1.108 del Código Civil , devengado desde la presentación de la querrela hasta la fecha de la sentencia debiendo ser declarada la responsabilidad civil subsidiaria de las siguientes mercantiles: "ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL.," y "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS", al amparo del art 120.4 del CP .

Igualmente, procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, en las cantidades que hubieran recibido del acusado, de las sociedades "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" y "Aranda Gestoría Administrativa SL" y de Julieta , Tomasa y Moises ., al amparo del art. 122 del CP ., debiendo determinarse en ejecución de sentencia las cantidades recibidas por los mismos.

Todo ello con el interés legal de la LEC".

A dicha calificación definitiva se adhirió la Acusación Particular.

TERCERO.- En el acto del juicio oral celebrado en las fechas señaladas, el acusado y su letrado se ratificaron personalmente en su conformidad ante el Tribunal con los hechos y tipos penales imputados, así como con la pena solicitada, no considerando necesario la continuación del Juicio en el apartado de las responsabilidades penales, por lo que procede dictar sentencia condenatoria de conformidad, continuando el juicio en relación con la determinación de las responsabilidades civiles y costas procesales de la acusación particular.

II.- HECHOS PROBADOS.

Se considera expresamente probado y así se declara que:

El acusado Carlos María , mayor de edad, con DNI NUM000 , sin antecedentes penales, agente financiero de la entidad Banco Español de Crédito S.A (BANESTO), en las oficinas ubicadas en la localidad de Peñaranda de Duero y Huerta del Rey, desde el 12 de febrero de 2002 y 4 de Enero de 2005, en virtud de sendos contratos de agencia firmados por el acusado, en nombre y representación de la entidad "ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL" y "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS", respectivamente, siendo el acusado administrador solidario de ambas mercantiles, aprovechando las facilidades que su cargo le permitían respecto al acceso a las cuentas y operaciones de los clientes así como al dinero existente en dicha entidad, guiado por el propósito de enriquecerse, durante el año 2002 a 2007, llevó a cabo los siguientes hechos:



- A sabiendas de tener exclusivamente poderes para realizar operaciones de pasivo concedió préstamos, entregando la cantidad de 5000 euros a Marco Antonio , 3900 euros a Cristobal , 4000 euros a Hipolito , 2000 euros a Romeo , 4000 euros a Jesús Carlos , y 13.100 euros a Bruno , en las oficinas de Peñaranda de Duero y Huerta del Rey, siendo parte de dichas cantidades restituidas por los prestatarios al acusado sin que éste reintegrara dichas cantidades al Banco, constando a fecha 28 de septiembre de 2007 un descubierto en caja de 16.497,50 euros, en la oficina de Peñaranda de Duero, y de 16.000 euros, en la oficina de Huerta del Rey, sin que el acusado registrara dichas operaciones en la contabilidad interna del Banco, llegando a realizar el 27 de Septiembre de 2007 un apunte contable mendaz simulando el envío de 18.800 euros desde la oficina de Peñaranda de Duero a la oficina de Huerta del Rey.

- Durante el referido periodo, el acusado ofreció productos financieros como seguros sin serlo o bien se quedaba el dinero que los clientes depositaban o bien desviaba, en su propio interés, parte o todas las cantidades recibidas, abonando parte de los intereses comprometidos para así ganarse la confianza de los clientes, siendo estos personas de más de 70 años, sin conocimientos en materia financiera.

De esta forma:

* A Inocencio , le facilitó la apertura de una cuenta corriente con entrega de libreta de ahorro asegurándole un interés de entre el 4 y el 4,5% y al no obtener la rentabilidad asegurada suscribió, sin informar debidamente a Inocencio , un fondo de inversión que le supuso unas pérdidas por importe de 3598,26 euros.

* A Amparo , le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas de 2584,1 euros de capital y 1518,90 euros de intereses.

* A Sabino , le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas de 3802,81 euros.

* A Gracia y Juan Francisco (fallecido), le facilitó una libreta de ahorro haciéndose con un saldo de 332.000 euros, ocultándole que había contratado sin su consentimiento un fondo de inversión con nº NUM004 , vendiendo el acusado participaciones del fondo de inversión para así abonarle intereses y ocultarle el producto financiero suscrito sin su voluntad.

Igualmente, el acusado a sabiendas que Gracia tenía suscritos tres fondos de inversión con nº NUM005 , NUM006 y NUM007 , le ocultaba las participaciones que le eran reembolsadas entregando certificaciones mendaces y así ocultar los reintegros que hacía el acusado en su propio beneficio de la c/c de Gracia con nº NUM008 .

Así:

- El 2 de Junio de 2003 realizó un reintegro de 12020 euros.

- El 2 de diciembre de 2005 realizó un reintegro por importe de 20000 euros de los que 1800 euros fueron ingresados en la c/c NUM009 a nombre del acusado y 3400 euros en la c/c nº NUM010 a nombre de su mujer.

- El 2 de enero de 2006 realizó un reintegro por importe de 1016 euros.

- El 28 de febrero de 2006 realizó un reintegro por importe de 50000 euros de los que 7600 euros fueron ingresados en la c/c nº NUM010 a nombre de su mujer, 2950 euros fueron ingresados en la c/c NUM009 a nombre del acusado, y 33000 euros fueron ingresados en la c/c nº NUM011 a nombre de Enma .

-El 23 de Marzo de 2006 realizó un reintegro por importe de 24000 euros, de los que 1000 euros fueron ingresados en la c/c nº NUM009 , 6500 euros en la c/c nº NUM010 , ambas a nombre de su esposa, Adriana , y 12000 euros en la c/c NUM010 a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL", de la que su esposa era administradora.

-El 3 de noviembre de 2006 realizó un reintegro por importe de 10000 euros.

Finalmente, el día 2 de diciembre de 2005 el acusado realizó un reintegro por importe de 295.435,62 euros de la c/c NUM008 , a nombre de Gracia , sin su consentimiento, ingresando 294.000 euros en otra c/c de dicha cliente apoderándose de 1435,62 euros.

Por todas estas operaciones el acusado se lucró de un total de 170.276,71 euros.

* A Lidia , le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas de 16559,56 euros.

* A Teodoro le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas de 672,05 euros y 965,41 euros entre capital e intereses.



* A Adolfo (fallecido), le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas por importes de 18000 euros, 174,40, 1092 euros, entre capital e intereses.

* A Edmundo , el acusado se apoderó de tres ingresos realizados por aquel por importes de 7900, 8200 y 9100 euros, ascendiendo el total a 25000 euros.

* A Julio el acusado realizó hasta cuatro reintegros, entre el 31 de Marzo de 2003 al 11 de Abril de 2005, sin el consentimiento de aquel, apoderándose de un total de 28945,54 euros, perdiendo Julio 3890,57 euros. en concepto de interés, que el acusado había asegurado de manera mendaz.

* A Urbano , el acusado se apoderó de varios ingresos realizados por aquel, realizando anotaciones mecanografiadas en la libreta de ahorro de Urbano para hacer creer que los ingresos habían sido realizados.

Igualmente suscribió un fondo inversión sin el consentimiento de Urbano en el que de manera periódica le realizaba reembolsos.

Las pérdidas ocasionadas a Urbano ascienden a 30553 euros.

* A Enma le hizo creer que contrataba una imposición a plazo fijo ocultándole que en realidad suscribió un fondo de inversión, lo que le ocasionó unas pérdidas de 1520,64 euros.

* A Benigno , en fecha 7 de diciembre de 2002 le hizo un reintegro por importe de 1100 euros de la imposición a plazo fijo que había realizado, que se apoderó el acusado, por lo que Benigno perdió igualmente 99,65 euros en concepto de intereses.

* A Gines , el acusado realizó un reintegro por importe de 42070,89 euros de su cuenta corriente, sin su consentimiento, ingresando 13000 euros en otra c/c nº NUM012 a nombre del acusado y 7550 euros en una cuenta corriente a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" de la que su esposa era administradora.

* A Teodulfo , haciéndole creer que se iba a suscribir un fondo de inversión los días 9 y 11 de enero de 2007 realizó sendos reintegros por importe de 20.000 y 10.000 euros, respectivamente, que el acusado desvió a la cuenta corriente de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" de la que su esposa era administradora y la cuenta corriente nº NUM008 , ambas a nombre de su esposa, Adriana .

* A Argimiro , haciéndole creer que iba a suscribir un fondo de inversión realizó entre el 27 de septiembre de 2005 y el 29 de mayo de 2007 tres reintegros por un importe total de 41000 euros.

Concretamente del reintegro realizado en fecha 4 de julio de 2007 por importe de 20000 euros, el acusado desvió 8200 euros a la c/c nº NUM010 a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" y 1250 euros a la c/c nº NUM009 a nombre del acusado.

Del reintegro de fecha 27 de septiembre de 2005 por importe de 18000 euros, el acusado desvió 6000 euros a la c/c nº NUM012 a nombre de la empresa "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS" para la que trabajaba y era administrador y 1000 euros a una c/c a nombre del acusado.

* A Pura , haciéndole creer que iba a suscribir una imposición a plazo fijo, los días 26 de enero de 2004 y 14 de Julio de 2004 realizó cuatro reintegros por un importe total de 40200 euros entregándole una cartilla mecanografiada con dicho importe restituyéndole el 7 de noviembre de 2005 la cantidad de 2600 euros.

* A José , el acusado en fecha 31 de agosto de 2006 y 2 de julio de 2007 realizó sendos reintegros por importe de 18030,36 y 6010,12 euros de su cuenta corriente sin su consentimiento, ingresando 13000 euros en una cuenta corriente a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" en el primer caso y 3000 euros en la cuenta nº NUM009 a nombre de Moises .

* A Gabriel el acusado en fecha 25 de agosto de 2006 y 7 de noviembre de 2006 realizó sendos reintegros por importe de 6010,12 y 6000 euros en el primer caso y 6000 euros en el segundo de la cuenta corriente de Gabriel sin contar con su consentimiento, ingresando en el primer caso la totalidad de reintegro en la c/c de la mercantil "Venancio y Valentín Plaza Hernán S.C", anotando el acusado el segundo reintegro como ingreso en la libreta de Gabriel para disimular la mentada operación.

* A Faustino , sin contar con su consentimiento el 29 de junio de 2006 el acusado realizó un reintegro por importe de 24000 euros destinando 10000 euros a una c/c a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL", apoderándose del resto del montante.



- * A Miguel , haciéndole creer que iba a destinar 24000 euros procedentes de una imposición a plazo fijo para contratar un fondo de inversión, realizó un reintegro por dicho importe sin destinarlo al fondo de inversión contratado apoderándose de dicho montante.
- * A Modesta , haciéndole creer que iba a contratar un fondo de inversión garantizado realizó un reintegro por importe de 19900 euros apoderándose de la totalidad del montante.
- * A Agueda , sin contar con su consentimiento, en fecha 18 de abril de 2006 realizó un reintegro por importe de 31073,24 euros imitando en el recibo bancario la firma de Agueda , ingresando 1073,24 euros en la c/c de la cliente imitando nuevamente la firma de Agueda en el recibo de dicho ingreso, desviando la cantidad de 2500 euros a la c/c a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL", 5000 euros a favor de su esposa, quedándose el resto el acusado.
- * A Pedro Francisco , haciendo creer a éste que iba a realizar una inversión en un fondo de ahorro o inversión, realizó un reintegro por importe de 20000 euros en fecha 1 de febrero de 2007 apoderándose de dicha cantidad.
- * A Lourdes , sin contar con su consentimiento, en fecha 10 de Noviembre de 2005 realizó un reintegro por importe de 30000 euros destinando 20000 euros a la c/c nº NUM010 a nombre de su mujer y 1050 en una c/c a nombre del acusado. Igualmente en fecha 8 de noviembre de 2005 realizó un nuevo reintegro de 2950 euros.
- * A Donato , haciéndole creer que iba a contratar un fondo de inversión, en fecha 17 de febrero de 2005, realizó un reintegro por importe de 17000 euros apoderándose de la totalidad del montante.
- * A Laureano , en fecha 3 de septiembre de 2005, el acusado, sin contar con su consentimiento, realizó un reintegro por importe de 20000 euros apoderándose de la totalidad del montante.
- * A Teofilo , sin contar con su consentimiento, en fecha 7 de septiembre de 2006, el acusado realizó un reintegro por importe de 55000 euros, destinando 9500 euros a favor de su esposa, 1000 euros fueron ingresados en la c/c NUM010 a nombre de su esposa, 600 euros fueron ingresados en la c/c NUM010 a nombre de su hija Tomasa , 600 euros fueron ingresados en la c/c NUM010 a nombre de su hija Tomasa , 3500 euros fueron ingresados en la c/c NUM010 a nombre de la sociedad "ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL", y 6000 euros fueron ingresados en la c/c nº NUM012 a nombre de la mercantil "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS".
- * A Eladio , haciéndole creer que iban a contratar un producto financiero con rentabilidad garantizada, realizó sedas transferencias electrónicas, en fecha 17 de noviembre de 2005 y 20 de septiembre de 2006, contra las c/c NUM013 de la entidad BBVA y NUM014 de la entidad la CAIXA, ambas a nombre del cliente, destinando 4500 euros en fecha 11 de enero de 2006 a la c/c nº NUM010 a nombre de su mujer, Julieta , y 18000 euros de la segunda transferencia en fecha 20 de octubre de 2006 de los que 6000 euros fueron ingresados en la c/c NUM008 a nombre de la sociedad "Aranda Gestoría Administrativa SL" y 3500 euros en la c/c NUM008 a nombre de la empresa "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL".
- * A Rubén , haciéndole creer que iba a realizar un producto financiero garantizado, el acusado en fecha 30 de abril de 2004 realizó un reintegro por importe de 5110,21 euros apoderándose de la totalidad de los fondos. Igualmente en fecha 13 de julio de 2005, el acusado, sin contar con la autorización del cliente, realizó un reintegro por importe de 5000 euros apoderándose dicho montante.
- * A Amador , con fecha 9 de enero y 24 de septiembre de 2007 le reembolso en su c/c la cantidad de 51818,47 euros y 33119,02 euros provenientes de sendos fondos de inversión. No obstante, el acusado extrajo y dispuso en su propio beneficio de dichas cantidades el mismo día en el que se hicieron sendos reembolsos sin contar con el consentimiento del cliente.

Todos los clientes anteriormente relacionados renuncian a la acción civil al haber sido íntegramente indemnizados por la entidad BANESTO, entidad que reclama la cantidad de 934.266,52 euros, incluidos capital e intereses.

El acusado reconoció la totalidad de las operaciones fraudulentas anteriormente relacionadas antes de que se procediera por la entidad BANESTO a denunciar los hechos.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL previsto y penado en los arts. 392 en relación con el art. 390.1.1º y 3º y 74.1 del C.P en concurso ideal medial, de conformidad con el art. 77 1º y 2º, con un DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, previsto y penado en el art 250.1. 5ª, en relación con el art. 252 y 74.1 del CP en su



redacción dada por la LO 5/2010, según lo convenido por las partes y conforme al texto legal de los preceptos citados.

SEGUNDO.- De tales delitos es autor criminalmente responsable, en grado de consumación, el acusado citado, conforme también a lo convenido por las partes, en relación con los artículos 27 y 28 del C.P .

TERCERO.- En su ejecución concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, *atenuante muy cualificada de confesión* del art. 21.4 en relación con el art. 66.2 del CP ., según el acuerdo alcanzado.

CUARTO.- Constituyendo los hechos aceptados los delitos que se dicen, no tratándose de otros distintos a los imputados inicialmente, ni de calificación más grave, y no concurriendo manifiestamente circunstancias determinantes de exención o atenuación no tenidas en cuenta, procede dictar sentencia de estricta conformidad, en el ámbito de la responsabilidad penal, sin más trámites, conforme a lo dispuesto en el artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

QUINTO.- Por ello, con base, asimismo, en lo pactado, procede imponer al acusado, por el delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con el delito continuado de apropiación indebida en su modalidad agravada, la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de agente financiero o empleado de banca durante el tiempo de la condena (ex art 56.1.3º del CP), y **MULTA DE SIETE MESES** a razón de **6 euros diarios** , con aplicación del art. 53.1 del CP ., en caso de impago.

SEXTO.- Todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 109 , 116 y concordantes del Código Penal , siendo la finalidad del resarcimiento el buscar la plena indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima del hecho delictivo.

En cuanto a la responsabilidad civil, objeto de discusión en el presente procedimiento, las cuestiones que se plantean son las siguientes:

1ª/ La intervención procesal de la entidad BANESTO como Acusación Particular.

En puridad, lo que se plantea a esta Sala es la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales de la denuncia, en los supuestos del ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los derechos de las entidades bancarias, así como la determinación de los efectos de su incumplimiento, para valorar si debe o no admitirse a trámite la misma.

Para resolver dicha cuestión, hay que tener en cuenta, a modo de plataforma básica, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a determinar dos formas distintas de iniciación del procedimiento penal, de oficio o a instancia de parte, y en este caso, en virtud de **denuncia** - *acusación particular* o *acusación popular* (arts. 259 y ss de la LECr), o **querrela** (art. 270 y ss de la LECr .

En el primer supuesto basta con la manifestación al órgano jurisdiccional de la "noticia criminis" de un delito perseguible de oficio para la incoación de las diligencias penales correspondientes, en el segundo se requiere la concurrencia de un interés directo en la persecución del delito ostentando la consideración de perjudicado, mientras que en el tercero no se exige dicho interés o condición de perjudicado concreto por el delito, aunque la sustanciación de la acusación particular se encuentre sometida a normas procesales especiales" (Auto de esta Sala de 13 de Enero de 2.003).

En cuanto a la interposición de acciones penales a través de la querrela, es claro que se constituye en requisito indispensable para el ejercicio de acciones privadas (injurias y calumnias, art. 215 del CP), disponiendo también el art. 270 de la LECr) que "*todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito pueden querellarse, estableciendo la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley ; y el art 277 que: " La querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado " . Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará:*

1.º El Juez o Tribunal ante quien se presente

2.º El nombre, apellidos y vecindad del querellante

3.º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.

4.º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute, si se supieren.

5.º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho



6.º La petición de que se admita la querrela, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.

7.º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiere firmar, cuando el Procurador no tuviere poder especial para formular la querrela".

En primer lugar, debe señalarse que la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre la forma en que ha de interpretarse este artículo, en relación con el derecho a la Tutela Judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, en su modalidad de acceso a la justicia.

Así, el Tribunal Constitucional señala, en Sentencias como la de 12-12-1994 que "Como en múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/1984, 34/1994 y 40/1994, entre otras). En concreto puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 C.E. (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la limitación injustificada o arbitraria del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión del derecho consagrado en el art. 24.1 C.E. y que dicho **derecho impone a los Jueces y Tribunales cuidar de que los requisitos procesales no se conviertan en unas trabas formales o en exigencias que no supongan más que un obstáculo injustificado e impeditivo de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos** (SSTC 3/1987, 5/1988, 43/1991, 16/1992 y 169/1992, entre otras muchas)".

Así mismo, el Tribunal Supremo señala al respecto, en Sentencias como la de 14 de Septiembre de 2004 que " Tal como ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, STC nº 188/2003, de 27 octubre, "el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva al ser un derecho prestacional de configuración legal, está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que también se satisface aquel derecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión, apreciando la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley (SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F. 3 ; 252/2000, de 30 de octubre, F. 2 ; 60/2002, de 11 de marzo, F. 3 ; 77/2002, de 8 de abril, F. 3 ; y 143/2002, de 17 de junio, F. 2)". Aunque también deba tenerse en cuenta que, según la doctrina del citado Tribunal expuesta en la misma sentencia antes citada, **"las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles sólo cuando respondan a una interpretación de las normas legales que sea conforme con la Constitución y tengan el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental** (SSTC 39/1999, de 22 de marzo, F. 3 ; 259/2000, de 30 de octubre, F. 2 ; 3/2001, de 15 de enero, F. 5 ; 78/2002, de 8 de abril, F. 2 ; y 203/2002, de 28 de octubre, F. 3). En el mismo sentido, entre otras, la STC 182/2003, de 20 de octubre .

Por otro lado, en la Sentencia de 3 de Marzo de 2000 el Alto Tribunal señala que " Tal derecho, de acuerdo con nuestra consolidada doctrina, constituye el primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, **sobre él se proyecta con toda su intensidad el principio pro actione, exigiendo un control riguroso de la decisión judicial que impide conocer de la pretensión suscitada por la parte.** Y si bien es cierto que, en la medida en que dicho derecho se ejercita conforme a la configuración prevista por el legislador, **los órganos judiciales pueden apreciar una causa impeditiva del pronunciamiento sobre el fondo, no lo es menos que la apreciación de dicha causa debe hacerse, desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión, pretensión para la que el acceso al procedimiento quedará definitivamente impedido** (entre la abundantísima jurisprudencia constitucional, SSTC 13/1981, de 22 de abril, 115/1984, de 3 de diciembre, 87/1986, de 27 de junio, 154/1992, de 19 de octubre, 112/1997, de 3 de junio, 8/1998, de 13 de enero, 38/1998, de 17 de febrero, 207/1998, de 26 de octubre, 130/1998, de 16 de junio, 16/1999, de 22 de febrero, y 135/1999, de 15 de julio).

A plicando la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, deber considerarse si BANESTO ostenta los requisitos necesarios para personarse en la causa, como *Acusación Particular*, ya que las defensas vienen a sostener -aunque interrelacionado con el apartado de la acción civil- que dicha entidad bancaria - que en su opinión solo puede ostentar la condición procesal de *responsable civil subsidiario* -, se ha personado como *Acusación Particular* no teniendo la consideración de perjudicado por los ilícitos penales a los que



se contrae esta causa, como señala el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por lo que su posible incorporación al procedimiento únicamente podría haber sido posible mediante el ejercicio de la acción popular.

Debe recordarse, que el ejercicio de la *acción popular* aparece regulada en el artículo 270 y siguientes, en relación con el artículo 101 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que se complementan con el artículo 280, al señalar que *"el particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio"*.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Mayo de 2.003 señala que *"sabido es que una de las características más acusadas de nuestro sistema procesal penal en relación con los otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal, sino que su ejercicio lo tiene compartido tanto con los perjudicados por el delito que pueden personarse como acusación particular, así como con cualquier ciudadano aunque no sea perjudicado a través de la acción popular, reconocido en el artículo 101 L.E.Criminal "...todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones legales..." y cuya existencia ha sido constitucionalizada en el artículo 125 C.E . como uno de los medios de participación de la ciudadanía en el sistema judicial. En cualquier caso, queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículo 274 y 280 de la L.E.Cr . (presentación de querrela y prestación de fianza) exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el artículo 20-3º L.O.P.J . para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular"*.

En definitiva la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho: a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional. b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas - sentencia del Tribunal Constitucional 241/92 y de esta Sala en sentencia de 4 de Marzo de 1.995 entre otras-. c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación. d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza, extremos a los que ya nos hemos referido".

Dichos principios fundamentales han sido objeto de matización por la jurisprudencia de nuestros tribunales y así, con aplicación directa al caso concreto ahora objeto de examen con respecto a la exigencia de los requisitos de querrela y fianza, deberemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Penal, de fecha 12 de Enero de 2.000 , cuyos pronunciamientos fueron compartidos en su integridad esta Sala, en el Auto de 27 de Noviembre de 20016, rollo de Apelación nº 364/06), al establecer que *"en cuanto al primer asunto de los mencionados, el recurrente deduce del tenor literal de los artículos 270 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el ejercicio de la acción popular "precisa necesariamente de la interposición de querrela". Sin embargo, el primer precepto mencionado, en sede del Título dedicado a la querrela, simplemente establece que todos los ciudadanos, ofendidos o no por el delito, pueden querellarse, esto es, que la querrela es un modo válido para el ejercicio de la acción popular. El artículo 783, en su segundo párrafo, se limita a eximir a los perjudicados de la presentación de querrela para el ejercicio de la acción penal, disposición que, interpretada en sentido contrario, puede conducir a considerar que cuando dicha acción es ejercitada por quien no ostenta tal cualidad de perjudicado, es precisa la formalización de querrela"*.

No obstante, la querrela goza, como es evidente, de una doble naturaleza de acto transmisor de la "noticia criminis" y de declaración de voluntad del querellante de ejercitar la acción penal. El ejercicio de la acción penal ante un proceso todavía inexistente precisa su instrumentalización por querrela, que es al supuesto que se refiere la STC. 157/90 de 18 de Octubre , que declara que "el ejercicio de la acción penal, al menos en el primer estadio procesal, ha de realizarse por medio de la correspondiente querrela, pues la inicial denuncia de los hechos no supone el ejercicio de la acción penal, ni constituye en parte al que la formula". En nuestro caso, consta como las presentes actuaciones se incoaron en virtud de denuncia formulada por el que dijo ser representante del Banco Español de Crédito S. A., (folios 1 y 5 y ss), siendo posteriormente cuando la Procuradora de los Tribunales Dª Consuelo Álvarez Gilsanz se personó en las actuaciones, pero sin indicar en que condición procesal lo verificada (folio 34), y así se le tuvo por parte en la providencia obrante al folio 50, donde tampoco se indicaba la condición procesal en la que se admitía el personamiento. Fue posteriormente, tras el auto de apertura del juicio oral de 30 de Abril de 2013, y cuando ya había recludo el derecho de dicha parte para calificar, cuando, tras el escrito de dicha parte obrante a los folios 1893 y ss., el Juzgado, por auto de 14 de mayo de 2.013 (folios 1898 y 1899), tenía a dicha parte como Acusación Particular y por adherida al escrito de calificación formulado por el Ministerio Fiscal, lo que también verificó en el plenario, al adherirse



a la modificación de conclusiones efectuado por la Acusación Pública. Sin embargo, la Sala considera que BANESTO no puede tener la condición procesal de Acusación Particular por las siguientes razones: 1ª. Porque el delito continuado de falsedad en documento mercantil es un delito público respecto del cual la entidad bancaria no puede ostentar la condición de perjudicado directo del delito. 2ª. Porque, en relación con el delito de apropiación indebida, el ejercicio de la acusación particular podrían haberla ejercitado los ofendidos por el delito, que, en el caso, son los impositores perjudicados por la acción antijurídica del acusado, sin que pueda operar la subrogación pretendida por el banco, al haber indemnizado a aquellos, ya que ésta institución civilista no es operable en el campo penal. Como mucho, dicha entidad bancaria podría haberse personado como *acusación Popular*, previa prestación de fianza -que no es el caso-, o, en todo caso, como *actor civil*, al ostentar la condición de tercero indirecto perjudicado por la acción del acusado, aunque, en este caso, debe tenerse en cuenta que tal acción la ejercitó en su nombre el Ministerio Fiscal. **2ª/ La intervención procesal de la entidad BANESTO como Actor Civil.**

Para resolver dicha cuestión, hay que tener en cuenta que la acción civil "ex delicto" se ajusta a los principios rectores de las acciones civiles, básicamente los principios dispositivo, de rogación y de congruencia (STS - Sala 2ª- 936/2006, de 10 de octubre -TOL1.002.332). La regulación en el Código Penal de la responsabilidad civil ex delicto no significa un cambio de naturaleza jurídica, es decir, la acción civil ex delicto no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal. Según la STS de la Sala 2ª nº 367/1997, de 19 de marzo (RJ 1997\2332):

"Las normas sobre responsabilidad civil no pierden su carácter y naturaleza de normas civiles, aunque formen parte del contenido del CP". A su vez, la STS, de la misma Sala nº 454/1978, de 12 de mayo (EDJ 1978/1002)[109] señala: "Que, como es conocido, el art. 19 CP proclama como principio general y dogmático la responsabilidad civil dimanante de delitos y faltas de cuantas personas lo fuesen criminalmente, mas como aquélla no afecta al orden público, sino al interés patrimonial, es lícito, y así lo reconoce el art. 117 del citado Código, su extinción que puede producirse del mismo modo que se extinguen las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil, entrando en juego en estos supuestos normas jurídicas de carácter sustantivo, que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, aunque pertenecen al orden civil, ya que se trata de responsabilidades de esta índole exigibles en esfera distinta de la suya peculiar". Como precisaba la STC 33/1992, de 18 de marzo, el ejercicio conjunto de esas acciones, por motivos de orden práctico, no debe llevar a confundir la distinta naturaleza de las mismas: "A pesar de que el art. 100 LECrim señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el CP y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado (ATC 161/1983). En virtud de esta distinción, la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido (art. 108 LECrim), y puede ser ejercitada separadamente de la penal por el perjudicado (arts. 110, 111 y 112 LECrim), de tal manera que el derecho al resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido cuya renuncia sólo puede perjudicar a éste (art. 107 LECrim)". Por su parte, la STS -Sala 2ª- 1004/2001, de 28 de mayo (Tol 103312) establece que:

"La acción civil ex delicto no pierde su naturaleza por el hecho de ser deducida en un procedimiento penal y sigue, por ello, sometida a los principios de rogación y dispositivo. A diferencia de la penal, que es irrenunciable y no se extingue por la renuncia del ofendido, la acción civil, cualquiera que sea el delito o falta de que proceda, sí se extingue por renuncia, como dispone el art. 106 LECrim, con deficiente técnica, pues como siempre ha destacado la doctrina no se trata de renuncia al ejercicio de la acción sino al derecho a la restitución, reparación o indemnización, que es renunciable cuando, como aquí sucede, no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros (art. 6.2 CC)". Respecto al principio de justicia rogada, precisaba la STS - Sala 2ª- 1126/2006, de 15 de noviembre (EDJ 2006/311703) que, "aunque no haya habido renuncia expresa del perjudicado a la responsabilidad civil, el Tribunal sólo podrá pronunciarse acerca de la misma si existe una pretensión expresa, del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal. En efecto, el principio de rogación, y no el de oficialidad, es el que rige las indemnizaciones civiles. El que no renunciara expresamente a la acción civil sólo significa que podía ejercitarla, no que de hecho la ejercitara mediante la correspondiente pretensión, pues una cosa es la posibilidad de ejercicio de un derecho, es decir la acción, y otra la pretensión que, con ese efectivo ejercicio, se dirige al Tribunal postulando un pronunciamiento que se ha de resolver en sentido estimatorio o desestimatorio. Por otra parte, el que propusiera pruebas demostrativas del importe del daño material permite suponer que tenía en efecto intención de reclamar la indemnización; pero no lo hizo, y es obvio que las sentencias dan respuesta a lo que se plantea como objeto del proceso, no a lo que en su



*fuero interno desea una parte obtener sin llegar a formular la pretensión correspondiente. Otra cosa supondría, además de contrariar el principio de rogación, propio de esta materia disponible, incurrir en incongruencia, por conceder otra cosa o más de lo que se pide, y en indefensión para el condenado imposibilitado de contradecir y contraprobar una indemnización no pretendida". En el caso ahora examinado, lo que las defensas alegan, sobre la responsabilidad civil, es que la entidad BANESTO -que no es el perjudicado por la comisión del delito-, pretende ejercitar unas acciones de repetición que no pueden encuadrarse en los arts. 109 y ss del Código penal , y que, por tanto, los responsables civiles subsidiarios no deben responder, sin que, por otro lado, sea de aplicación el art. 120.4 del CP , por cuanto los hechos se cometieron por el acusado en su condición personal de agente financiero de Banesto, ya que, además, fue formado, controlado y supervisado por dicha entidad Bancaria. Respecto a la legitimación parece existir una distorsión en las defensas entre legitimación procesal activa de Banesto -para reclamar la indemnización generada por la acción del acusado- y la legitimación pasiva para responder subsidiariamente por los perjuicios producidos por el acusado a los impositores del banco, como únicos ofendidos del delito imputado. Ahora bien, desde el momento mismo en que éstos no reclaman -al haber sido indemnizados por el banco-, y que lo que se reclama es el montante del capital e intereses satisfechos a los mismos, la procedencia de la pretensión sustantiva equivaldría a la existencia de legitimación activa del banco para ejercitar la acción civil frente a los. Sin embargo, como quiera que la declaración de responsabilidad civil subsidiaria fue ejercitada por el Ministerio Fiscal y, pese a que la entidad bancaria se adhirió a la pretensión indemnizatoria sostenida por la acusación pública, no cabe duda que la indemnización que ahora se valora debe quedar única y exclusivamente residenciada en la acción civil ejercitada por el Ministerio Fiscal, ya que, en caso de no haber ejercitado éste la acción civil, Banesto no hubiera podido ejercitarla, al haber precluido el plazo para calificar. **3ª/ La responsabilidad civil subsidiaria, al amparo del art. 120.4 CP .***

A este respecto, el Ministerio Fiscal, en el apartado de las responsabilidades civiles solicita que sea declarada la responsabilidad civil subsidiaria de las mercantiles "ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL." y "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS", al amparo del art 120.4 del CP . Dicha pretensión encuentra su apoyo en los hechos reconocidos por el acusado, y descritos en el factum de esta sentencia, en concreto en los contratos de agencia firmados por el acusado, en nombre y representación de la entidad "ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL" y "ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS", respectivamente, siendo el acusado administrador solidario de ambas mercantiles, aprovechando las facilidades que su cargo le permitían respecto al acceso a las cuentas y operaciones de los clientes así como al dinero existente en dicha entidad, guiado por el propósito de enriquecerse, durante el año 2002 a 2007. La STS nº 811/14, de 3 de Diciembre de 2014 (recurso de Casación nº 891/14, Ponente Excmo. Sr D. José Ramón Soriano), señala que "Para que proceda, en suma, responsabilidad de un tercero como responsable civil subsidiario se precisa: 1) Que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica, 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 o esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia de aquél. 2) Que el delito que genera responsabilidad civil se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiado al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación. Tales exigencias esenciales han de completarse en dos sentidos: a) Debe descartarse que el empresario haya de responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que, según los casos se evidenciará: - En que el hecho delictivo tenga lugar en las instalaciones de la empresa (dato local). - En el horario o tiempo de trabajo (dato temporal). - Con medios de la empresa (dato instrumental). - Con uniforme de la empresa o utilizando sus símbolos o anagramas (dato formal). - Que la actividad profesional se oriente al beneficio de la empresa (dato final o teleológico). b) A su vez que se incluyan las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que se establece entre el responsable penal y el civil subsidiario". A su vez, la STS de 28-11- 2014, señala que " el art. 120, apartado 4º, del Código Penal dispone que serán responsables civiles subsidiarias: «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Según resulta de la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias como la 84/2009, de 30 de enero y 85/2007, de 9 de febrero , entre muchas otras), declara que para que pueda entrar en juego la clase de responsabilidad de que aquí se trata, exigen: a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo. Que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas resulta obvio, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye la realización de acciones delictivas, por lo que,



como señala entre otras muchas la STS 1557/2002, "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales". Lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando). En el caso, la sentencia afirma que el condenado en la instancia era un empleado de confianza de Mercadona, hasta el punto de que ostentaba el puesto de coordinador de planta del Centro de Mercadona sito en la calle Luis Vives, y como tal era el máximo responsable de esa tienda y todo lo que ocurría pasaba por su decisión personal, cambios de sección o establecimiento, bajas, control de ventas y añade que no existían -o al menos no se han podido constatar- controles o mecanismos que sirvieran de contrapeso a tal omnímodo poder. Es decir, decidía sin contar con nadie, de manera que es evidente que tal falta de supervisión de su actuación es atribuible a la empresa y en consecuencia debe de responder de todos los excesos que en el ejercicio de sus funciones realice el procesado, como aquí ocurrió pues existe una verdadera culpa in vigilando. Por lo demás, el acoso laboral significa, como su nombre indica, que el delito se produjo en el ámbito empresarial de la entidad recurrente. La inexistencia del establecimiento de controles a los empleados que dirigen la tienda supone el primer módulo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. Además, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la acción delictiva fuera puntual o episódica, sino más bien muy prolongada en el tiempo, lo que significa que cualquier tipo de control brilló por su ausencia. Ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de cómo hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado Doroteo y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta in eligendo o in vigilando, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria". Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, no cabe duda que, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria de ambas sociedades, por cuanto que las mismas eran el soporte jurídico a través del cual el acusado -como administrador y empleado-, materializó la acción antijurídica reconocida por el mismo en trámite de conformidad mediante los contratos de agencia suscritos con Banesto.

4ª/ Importe del quantum indemnizatorio (capital e intereses). En este concreto particular, el Ministerio Fiscal interesa que el acusado indemnice a la entidad BANESTO en la cantidad de **934.266, 52 euros (incluido capital e intereses)**, con el interés del art. 1.108 del Código Civil, devengado desde la presentación de la querrela hasta la fecha de la sentencia. Como se ha dicho, a pesar de que el art. 100 LECrim señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el CP y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado. Ello trasciende a la necesidad de delimitar la acción civil que surge *ex delicto* (art. 1092 CC), de aquella que nace del *contrato* (art. 1091 CC), que deben quedar al margen de las responsabilidades civiles que se declaren en esta sentencia penal. Por ello, la Sala, discrepando del criterio del Ministerio Fiscal, considera que solo debe indemnizarse en las sumas efectivamente distraídas o apropiadas por el acusado, al ser consustanciales a la acción penal, pero no los intereses solicitados -y que la entidad bancaria ha satisfecho a sus impositores-, pues estos intereses surgen de la relación contractual mantenida por el Banco con los mismos, y emanan directamente de los fondos de inversión y cuentas a plazo fijo concertados con los mismos, **siendo por vía de repetición o en la vía civil donde podrán reclamarse tales intereses.**

5ª/ Determinación del quantum indemnizatorio en concepto de capital distraído y/o apropiado. En esta cuestión, la defensa del acusado niega que el importe total de las cantidades de las que dispuso el acusado ascienda a la suma de 934.266, 52 euros, al haber resarcido la entidad BANESTO a los clientes afectados por la conducta del acusado en 710.862,12 ? (de los que 68.688,03 ? corresponden a intereses), según consta en los documentos firmados por aquellos y aportados al procedimiento por dicha entidad bancaria. Pues bien, la Sala considera que debe darse carta de naturaleza plena a la pericial Judicial efectuada por D^a Araceli, con NIF NUM015, colegiado economista nº NUM016, que cifró el montante del principal distraído y/o apropiado por el acusado en la suma de **812.645.63 ?** (folio 213) descartándose al cantidad reclamada por intereses por ser consecuencia del producto financiero contratado. Se considera que dicha pericial (folios 209 y ss y 1102 y ss), ratificada con coherencia y rigor en el plenario, congloba las variables necesarias para establecer



la cantidad efectivamente objeto de apropiación por el acusado, en perjuicio de los derechos de la entidad bancaria, descartándose la apreciación de las periciales ofrecidas por los peritos propuestos por el banco (Sres. Mateo y Alberto y Sra Sara), en atención a que se aquella se considera más imparcial. Dicha cantidad devengará el interés legal previsto en el art. 576 de la LEC .

6ª/ La responsabilidad civil subsidiaria, al amparo del art. 122 CP .

Igualmente, considera el Ministerio Fiscal, que procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, en las cantidades que hubieran recibido del acusado, de las sociedades "EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL" y "Aranda Gestoría Administrativa SL" y de Julieta , Tomasa y Moises , al amparo del art. 122 del CP ., debiendo determinarse en ejecución de sentencia las cantidades recibidas por los mismos. En relación con esta cuestión, debe decirse que: **1.** Del relato contenido en el factum de esta sentencia y reconocido por el acusado, no resulta que éste instigara a su esposa Julieta ni a su hija Tomasa a cometer el delito de apropiación indebida por el que ha sido acusado (artículo 28 a) del Código Penal). Ni tampoco que haya facilitado su ejecución con una conducta esencial o al menos eficaz para que el mismo se llevara a cabo (artículos 28 b) y 29 del Código Penal). Siendo evidente que la condición de esposa e hija no origina por sí sola ni inducción ni cooperación en la conducta de éstas, como normalmente se entiende en los supuestos inversos, lo que llevó al Ministerio Fiscal a no ejercer la acción penal contra las mismas. Ahora bien, del reseñado relato fáctico sí resulta con toda claridad que las mismas se lucraron y beneficiaron económicamente de la conducta del acusado, al ingresar determinadas cantidades distraídas en sus respectivas cuentas corrientes, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 del Código Penal , la acción civil también ejercitada contra ambas sí debe estimarse (ver sentencia 142/2003, de 5 de febrero). Por ello, remitiéndonos al factum en cuanto a las cantidades recibidas del acusado, se concreta que la primera recibió la suma de **68.500 ?** (que resulta de la operación aritmética de sumar las cantidades recibidas: 3.400, 7.600, 1.000, 6.500, 10.000, 5.000, 20.000, 9.500, 1.000 y 4.500 ?) y la segunda **1.200 ?** (600+600). **2.** Los mismos argumentos resultan de aplicación para la mercantil "**El jardín ideal Ribereño S.L** " , administrada por la esposa del acusado, por lo que deberá responder de la suma de **76.750 ?** (que se concreta tras sumar 12.000, 7.550, 20.000, 8.200, 13.000, 10.000, 2.500 y **3.500 ?**). **3.** No ocurre lo mismo, con las cantidades ingresadas en las cuentas de D. Moises -3.000 ?-, y de "**Aranda Gestoría Administrativa S.L** - 6.000 ?-, que, en aplicación del principio "pro reo", tal y como informó el Ministerio Fiscal, y explicó el acusado en el trámite de "última palabra", no ha quedado acreditada su relación con los hechos enjuiciados, en el primer caso, por las explicaciones dadas por los hermanos Moises sobre la procedencia y destino del dinero ingresado y, en el segundo caso, por la testifical del Sr. Paulino , sin que las acusaciones hayan aportado prueba eficiente para enervar los efectos del derecho contemplado en el art. 24 de la Constitución , de ahí que no proceda hacer la declaración de responsabilidad civil al amparo del art. 122 del CP .

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal , en relación con los arts. 239 y 240 LECr ., las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Al efecto, el Tribunal Supremo, en sentencia 18 de Junio de 2009 , señaló que, "*es doctrina jurisprudencial reiterada que las costas de la acusación particular pueden ser incluidas en la respectiva condena salvo en las hipótesis excepcionales derivadas del hecho de que las aportaciones de la parte acusadora hayan sido superfluas, innecesarias o perturbadoras, o bien cuando se observe una absoluta heterogeneidad entre las peticiones de la acusación particular y las formulas por el representante de la acusación pública y a su vez con los pronunciamientos finales de la sentencia. En el proceso penal no se establecen pautas específicas que determinen, en un caso concreto, la preceptiva imposición de las costas de la acusación particular. Los preceptos reguladores arts. 109 C.P . y 123 C.P . 1995, establecen que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Ha sido la jurisprudencia la que ha modulado y establecido los cánones con los que debe regularse la imposición de las costas causadas por la acusación particular. Es cierto que pueden darse casos en los que la actuación de la acusación particular, haya sido especialmente querulante e incluso perturbadora de la buena marcha del proceso, con lo que se puede llegar fácilmente a la conclusión de que se estaría ante un supuesto de mala fe o temeridad, pero como se ha dicho por la jurisprudencia, no existe un concepto o definición legal de la temeridad o la mala fe, entre otras cosas por su absoluta relatividad y necesidad de adecuación al caso concreto. No obstante, se dispone de abundante jurisprudencia de la que pueden extraerse las líneas generales que perfilan estos conceptos, debiendo de entenderse que tales circunstancias concurren cuando la pretensión procesal esgrimida carezca totalmente de consistencia y racionalidad, de tal manera que pueda concluirse sin esfuerzo, que quien la formuló no podía de dejar de tener conocimiento de la injusticia de la pretensión deducida. Sólo en estos casos se debe prescindir de señalar o imponer las costas causadas por la acusación particular. En esta concreta cuestión, sigue diciendo el Tribunal Supremo (entre otras, en sentencias de 7 de junio de 2008 y 20 de Mayo de 2009), en relación a la aplicación del art 123 del CP que: "se ha alegado indebida aplicación del art. 123 C penal . La razón es que la sentencia condena al acusado al pago de las costas, incluyendo las de la acusación particular, a pesar de que -*



se dice- su intervención ha resultado inútil o superflua. Pero lo cierto es que ese artículo, por la generalidad de los términos en que se expresa, comprende las costas de la acusación particular entre las que deben imponerse ex lege al condenado como responsable de un delito. Y, al respecto, existe abundante jurisprudencia de esta sala según la cual no es causa de exclusión la identidad de los planteamiento de la acusación particular y de la pública; y tampoco que pudiera existir entre ellas discrepancia acerca de la apreciación de alguna circunstancia de agravación, que ha sido el caso (por todas, 348/2004, de 18 de marzo y 1625/2003, de 27 de noviembre y 14 de Marzo de 2005").

Es por ello que, sin más, aplicando dicha doctrina al caso ahora examinado y, desde la referida interpretación jurisprudencialmente fijada en materia de costas, es claro que no pueden imponerse al acusado las costas devengadas por la intervención de la Acusación Particular, dado que, como se ha argumentado, no puede ostentar en este procedimiento tal condición procesal y, en todo caso, la determinación de la responsabilidad civil viene entrelazada con la petición formulada por el Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- Finalmente, en cuanto a la petición formalizada por los Letrados Sres, Ontoso y De las Heras, en la defensa de las respectivas representaciones procesales que ostentan, al solicitar la imposición por temeridad de las costas a la entidad BANESTO, tiene declarado la doctrina jurisprudencial en materia de imposición de las costas, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, lo que sigue: 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (artículo 124 del Código Penal de 1.995). 2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Noviembre de 1.997 , 16 de Julio de 1.998 , 23 de Marzo de 1.999 y 15 de Septiembre de 1.999 , entre otras muchas). 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada). 4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1.998 , entre otras). 5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1.995 y 2 de Febrero de 1.996 , entre otras)". Tiene declarado el Tribunal Supremo, como es exponente la Sentencia 682/2006, de 25 de junio , que **el concepto de mala fe , por su carácter subjetivo es fácil de definir pero difícil de acreditar, no así el de temeridad , que concurre cuando la acusación formulada carece de consistencia en tal medida que cabe decir que quien la ejercitó y la mantuvo no podía dejar de conocer su carencia de fundamento, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva estos conceptos, de modo que la regla general será su no imposición** (STS. 19.9.2001 , 8.5.2003 y 18.2, 17.5 y 5.7, todas de 2004, entre otras muchas). Y en el supuesto que examinamos, no cabe decir que, a la vista de la acción emprendida por el Ministerio Fiscal, el ejercicio de acciones por BANESTO fuese carente de todo fundamento y que su mantenimiento pudiera considerarse como una actuación procesal ejercitada con temeridad o mala fe, por lo que procede desestimar la pretensión de las defensas respectivas de los responsables civiles subsidiarios. Por ello, conforme a los preceptos citados y a las demás disposiciones de general y pertinente aplicación, administrando justicia en nombre del Rey.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS**, en trámite de conformidad, al acusado **Carlos María** , como autor criminalmente responsable, de un DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL en concurso medial con un DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, ya definido, con la concurrencia de de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, *atenuante muy cualificada de confesión* , a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de agente financiero o empleado de banca durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE SIETE MESES** a razón de **SEIS EUROS DIARIOS** , con aplicación del art. 53.1 del CP ., en caso de impago, y **COSTAS PROCESALES**, excluidas las devengadas por la intervención procesal de la entidad BANESTO. Asimismo, en concepto de responsabilidad civil, dicho condenado, deberá **INDEMNIZAR** , a la entidad **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.**, en la suma de **812.645.63 ?** por el capital distraído y/o apropiado, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de " **ACRIBIA SERVICIOS FINANCIEROS SL.**, " y "**ACTIVA CAPITAL SERVICIOS FINANCIEROS** " , al amparo del art. 120.4 del CP . Igualmente, procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, al amparo del art. 122 del CP ., en las cantidades que hubieran recibido del acusado, de la sociedad "**EL JARDÍN IDEAL RIBEREÑO SL**" en la suma de **76.750 ?** , así como de Julieta en la suma de **68.500 ?** , y Tomasa en la cantidad de **1.200 ?** . Cantidades que devengarán el interés legal del art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil .



SE ABSUELVE de tal declaración de responsabilidad civil a **D. Moises y "Aranda Gestoría Administrativa SL "**

Ésta sentencia no es firme y cabe interponer contra ella **recurso de CASACIÓN** por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta Audiencia dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes al de su notificación para su interposición ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo con arreglo a la ley-, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y que se notificará a las partes en legal forma. Así por esta nuestra sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. E/

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN, Ponente que ha sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital, en el día de su fecha. Doy fé.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ