



Roj: **STS 2226/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2226**

Id Cendoj: **28079120012022100539**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2022**

Nº de Recurso: **1705/2021**

Nº de Resolución: **525/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Baleares, Sección 2ª, 18-02-2020 (rec. 70/2020) ,
STSJ BAL 137/2021,
STS 2226/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 525/2022

Fecha de sentencia: 27/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1705/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/05/2022

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

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1705/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 525/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 27 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1705/2021 interpuesto por **COLONYA CAIXA D' ESTALVIS DE POLLENÇA** representada por el Procurador Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Lorenzo Salva Romartinez **contra** la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictada en fecha 15 de febrero de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 18 de febrero de 2020, proveniente del Juzgado de Instrucción número 7 de Palma (PA número 848/11), **contra** Erasmo y como responsable civil subsidiario la entidad Colonia Caixa Pollença por **delito** de estafa agravada. Ha sido parte recurrida Lourdes (heredera de Manuela) representado por el procurador Julián Caballero Aguado y bajo la dirección letrada de D.ª Manuela y Erasmo representada por el procurador Sr. D. José Antonio Cabot Llambias y bajo la dirección letrada de D.ª María del Carmen López González. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada a las partes la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca procedente del Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma recaída en el Procedimiento Abreviado nº 110/2017, se preparó Recurso de Apelación por Manuela . La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictó Sentencia con fecha 2 de diciembre de 2019 cuya parte dispositiva es la siguiente:

"1º.-ESTIMAR, en parte, el primer motivo de recurso interpuesto por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera, que obra en nombre y representación de Doña Manuela y, en consecuencia, ANULAR la sentencia 356/19, de 10 de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma y devolverle las actuaciones para que sin nulidad del juicio oral y con la misma composición del órgano de primera instancia proceda al nuevo enjuiciamiento de la causa, con declaración de oficio de las costas de apelación.

2º DECLARAR de oficio las costas del recurso.

3º **Contra** esta sentencia no cabe recurso (artículo 847.2 de la LECRIM).

SEGUNDO.- En cumplimiento de lo ordenado la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó nueva Sentencia, con fecha 18 de febrero de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Probado y así se declara que con. ocasión dé que Manuela y su marido Justiniano , fallecido en él año 2007, en el año 2000 vendieran un almacén, sito en la Callé Santa Catalina de Palma, en cuya operación intervino Don Matías , una persona que conocía al acusado y qué fue quien se lo hubo presentado al matrimonio Justiniano - Lourdes , con ocasión dé dicha venta. ;

Por esas fechas Manuela vendió también una casa de su madre.

El importe obtenido por la venta del Almacén, en torno a los 24.000 euros (al menos en cantidad declarada, ya que es probable que parte del precio se recibiera en negro) lo ingresaron Manuela y su marido, en varios ingresos entre el 28 de enero y el 20 de marzo de 2000 y no de una sola vez, en la entidad Colonia Caixa Pollença en la cuenta NUM000 en la oficina 009 (Sa Faxina), en la que trabajaba el acusado Erasmo , concretamente en la sucursal sita en el Paseo Mallorca, en la que el acusado tenía un despacho en el piso de arriba y al que acudía, ya que desde que hubo dimitido de su cargo en 1995, la entidad no le dio funciones, aunque en apariencia seguía manteniendo sus clientes y formalmente seguía teniendo funciones de comercial, y así se le consideraba como tal en la organización el banco, y llegarán al acuerdo con él de que le entregarían dinero a título particular para que lo invirtiera como le conviniera y les rentase intereses.

A tal efecto, el 20 de marzo de 2000 se extrajo de dicha cuenta el saldo de 4 millones de pesetas (al cambio 24.000 euros). Dicha cuenta el 12 de diciembre de 2001 volvió a experimentar un movimiento por cancelación y cargo de 12.020,24 euros. A partir, de ese momento y hasta septiembre de 2016 ha estado .prácticamente inactiva con saldos que no han superado los 85 euros quedando en saldo cero en junio de 2012 y sin que haya habido movimiento alguno desde el 14 de septiembre de 2016.

La Sra. Manuela , con: anterioridad a operar con Caixa Colonia tenía otras dos cuentas en la entidad La Caixa (hoy CAIXA BANK): la NUM001 y la serie de ingresos y salidas de dinero por ahorro a plazo de importe significativo:

- 19/3/2007 se cancela un ahorro a plazo de 6.000 euros.

- 2/4/07 hay un reintegro por cancelación de un ingreso por ahorro a plazo de 12.000 euros



- El 13 de abril de 2007 hay un reintegro de 18.000 euros (en tres cargos de 6.000 euros) por cancelación de ahorro a plazo.
- Posteriormente, ese mismo día hay otro reintegro por 6.000 euros.
- El 21 de diciembre de 2007 se cancela otro ahorro a plazo, por 12.000 euros.
- El 17 de diciembre de 2008 se produce otra cancelación de ahorro a plazo de 6.000 euros.
- En fecha 10 de junio de 2009 se produce un ingreso de 34.000 euros por ahorro a plazo y una salida de 34.000 euros el 17 de junio.

En fecha 17 de junio de 2012 vuelve a producirse un ingreso a plazo por 34.000 euros que se retira el 18 de junio de 2012.

En la segunda de las cuentas citadas aunque la destinaba Manuela al cobro de su pensión, y cargos corrientes, en fecha 7 de julio de 2014 se produce un ingreso en cuenta de ahorro a plazo por importe de 37.600 euros y se retira dicho importe el 1 de agosto de 2014.

Cuando Manuela y su marido vendieron el local del padre de ella, el acusado disponía de una empresa, Constructora Reguladora de Construcción, dedicada a actividades inmobiliarias y a la compra y venta de terrenos y propiedades, circunstancia que era conocida por el matrimonio, no en vano la relación con el acusado provino de esa actividad al proceder a la venta de un almacén y no de su condición de empleado de banca, pues, hasta que vendieron el almacén no tenían cuenta en la entidad Colonya Caixa Pollença, sino que Manuela tenía sus ahorros en La Caixa de Pensiones. De hecho, siguió operando con esa entidad. Allí cobraba y siguió cobrando su pensión y realizó movimientos de ingreso y reintegro por cuenta de ahorro a plazo.

El acusado en ejecución de dicho acuerdo recibió de Manuela y de su marido; además : del importe ;por la venta del almacén de la calle Santa Catalina, que ingresaron en una cuenta de Caixa Colonya en el año 2.000, otras cantidades de dinero, hasta aproximadamente unos 270.000 euros, parte de la cual debieron ser ahorros que Manuela sacó de la Caixa de Pensiones y dinero que guardaba en su casa, pero sin poder concretar las fechas e importes exactos, entre el 2005 y el 2010, qué le entregaron en negro y sin documentar estas entregas en una casa suya de Algaida, a la que también iba el acusado para entregarles, de vez en cuando, parte de los intereses por el dinero que le dieron para invertirlo en actividades suyas, concretamente en la constructora que tenía el acusado y no del banco.

Aunque Manuela y su marido acudieron a la oficina de Caixa Colonya a hacer entregas de dinero al acusado, salvo las que se produjeron en la cuenta, no consta cuantas entregas de dinero se produjeron, ni en qué importes se realizaron, si bien la mayor parte de ellas se debieron de producir en la finca de Algaida tras el fallecimiento del marido de Manuela en el año 2007, ya que ella nunca acudió sola a la oficina de Caixa Colonya y el acusado en el año 2006 estaba parcialmente jubilado y trabajaba solo el 15% de su tiempo.

La empresa que tenía el acusado para realizar sus inversiones en operaciones inmobiliarias y a la que destinó el dinero entregado por Manuela y su marido, fue declarada en quiebra en el año 2008, pese a lo cual, el acusado siguió recibiendo dinero de Manuela, sabiendo que no se lo podría reintegrar, ni tampoco con sus bienes, pues con su patrimonio había avalado personalmente la actividad de su empresa y por tal motivo en octubre del año 2011 tuvo que solicitar la declaración de concurso como persona física.

En el año 2016 Manuela; viviendo ya con su sobrina y el marido de esta, ya que hasta ese momento muerto su marido en 2007 vivía sola y había ocultado a toda su familia las entregas de dinero que hizo a Erasmo, acudió a la entidad Colonya Caixa i Pollença y, concretamente, a la oficina sita en el Paseo Mallorca en Sa Faixina, en la que hizo entrega al acusado del dinero de la venta del almacén en el año 2.000, a fin : de localizar a Erasmo y para intentar recuperar el dinero que le había entregado en su casa de Algaida y fue en ese concepto en el que lo reclamó, pudiendo finalmente contactar con el acusado y consiguió, siguiendo el consejo de la directora de la oficina, que le firmase un documento de reconocimiento de deuda, en el cual se indicaba que el dinero entregado por Manuela y su marido al acusado por importe de 270.000 euros, había tenido lugar entre los años 2005 a 2010 y lo era en calidad de préstamo personal. Dicho documento fue rehecho otra vez porque el acusado manifestó a la denunciante que no le podía devolver el dinero al encontrarse en situación de insolvencia y al ser ésta mayor, para especificar que la deuda se transmitiría a los herederos de Manuela".

TERCERO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Erasmo, como autor un **delito** de estafa agravada por la cuantía, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante analógica de colaboración con la justicia, y le imponemos la pena de 1 año prisión y multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa



impagadas, así como a que por vía de responsabilidad civil indemnice a la perjudicada Manuela en la cantidad de 270.000 euros por el dinero defraudado, más los intereses de demora a calcular desde enero de 2011 y pago de costas procesales, incluidas las devengadas a la Acusación particular.

Notifíquese la presente resolución al acusado, al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que **contra** la misma cabe interponer recurso, de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB".

CUARTO.- Interpuesto de nuevo recurso de apelación, con fecha 15 de febrero de 2021 se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares estimándolo según el siguiente Fallo:

1.- Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Margarita Jaume Noguera, en nombre y representación de Dña. Manuela, bajo la dirección letrada de D. Eduardo Valdivia Santandreu, **contra** la sentencia nº 70, de fecha. 18 de febrero de 2020, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Baleares, y en su consecuencia:

2.- Se desestima la solicitud de que se declare la nulidad de la sentencia apelada.

3.- Se estima íntegramente la pretensión de que se declare la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad demandada Colonya Caixa Pollença por la suma total de doscientos setenta mil euros (270.000 €).

4.- Se revoca parcialmente la sentencia apelada, exclusivamente en el sentido de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad COLONYA CAIXA DE AHORROS DE POLLENÇA, condenándola a que, en tal concepto, indemnice a Da Manuela -en calidad de perjudicada- con la suma de doscientos setenta mil euros (270.000 €) en concepto de principal, más los intereses moratorios legales: a) desde su respectiva fecha de ingreso de las sumas en la cuenta bancaria, b) y los restantes desde el 31 de diciembre de 2010, más los correspondientes intereses procesales desde la presente resolución hasta el total pago.

5.- Se confirma la sentencia apelada en cuanto a los demás pronunciamientos objeto de recurso, permaneciendo inalterables los restantes.

6.- Se imponen a la entidad demandada COLONYA CAIXA DE AHORROS DE POLLENÇA, las costas del recurso en la parte concerniente a la responsabilidad civil subsidiaria que ha resultado íntegramente estimada, declarándose de oficio las restantes".

QUINTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por **COLONYA CAIXA D' ESTALVIS DE POLLENÇA** que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en los artículos 847 y 849 LECrim por indebida aplicación del art. 120 CP. **Motivo segundo.** Por infracción de ley al amparo de lo establecido en los arts. 847 y 849 LECrim por indebida aplicación del art. 115 CP.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando todos sus motivos. La representación legal de la parte recurrida, Lourdes, igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de mayo de 2022

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acusación particular, comparecida como recurrida, además de impugnar el recurso para el caso de ser admitido como lo ha sido, opone un óbice de admisibilidad específico (no solapable con causales de desestimación por el fondo como serían las contempladas en el art. 885 LECrim). La solicitud de inadmisión por alguna de las causas perfiladas en el art. 885 queda siempre contestada al decidirse el fondo y estimarse o desestimarse el correspondiente motivo. Otras causas de inadmisión como las del art. 884, o la *carencia de interés casacional* que recoge el art. 889 LECrim, sin embargo, impedirían entrar en el fondo. Cuando son alegadas, como acontece aquí, han de ser examinadas de forma previa y autónoma. Reclaman una respuesta *ad hoc*. El recipiente procesal de ese análisis no puede ser otro que la propia sentencia. Ningún momento procesal diferente aparece previsto, ni sería factible a la vista de la tramitación legal de la casación (art. 893 LECrim). Toda alegación singularizable merece una contestación expresa que en este caso solo es factible en la sentencia (STS 611/2020, de 16 de noviembre). No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo (SSTS 863/2014, de 11 de diciembre o 16/2020, de 28 de enero, entre muchas).



Dedica, en efecto, la acusación los primeros párrafos de su escrito de alegaciones a reclamar la inadmisión por *falta de interés casacional*, invocando diversos precedentes de esta Sala y razonado en apoyo de esa solicitud.

El alegato carece de consistencia. Tal óbice solo rige en relación a los procedimientos enjuiciados en primer instancia por un Juzgado de lo Penal. Está fuera de lugar la apelación que hace la acusación particular al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 9 de junio de 2016. Ese acuerdo piensa en exclusiva en el nuevo recurso de casación implantado en la reforma procesal de 2015 frente a sentencias con origen en un Juzgado de lo Penal. Carece de aplicabilidad en otros supuestos, como éste referido a una sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial. Para nada se ve concernido por los criterios que cristalizan en ese acuerdo plenario. Es improcedente invocar las previsiones especiales de la nueva modalidad de casación **contra** sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. El art 889 2º LECrim solo está previsto para esa novedosa fórmula impugnativa casacional; no para la casación **contra** sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia resolviendo la apelación **contra** la decisión de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- El recurso interpuesto, compuesto realmente de tres motivos, impugna la consideración de la entidad recurrente como tercero responsable civil subsidiario. Fué introducida por el Tribunal Superior de Justicia, estimando así la apelación de la acusación particular frente a la decisión opuesta suscrita por la Audiencia Provincial.

El primer motivo se canaliza por la vía del art. 849.1º: considera improcedente la aplicación del art. 120.4 CP con la forma en que viene siendo interpretado por esta Sala Segunda.

El segundo motivo se formula con carácter subsidiario: para el caso de estimarse que la entidad bancaria es responsable civil subsidiaria, su obligación no debiera abarcar todo el monto defraudado (270.000 euros), sino solo la cantidad que fue depositada en ese banco (24.000 euros).

El tercer motivo, aunque se presenta como subsidiario, exige un análisis previo en cuanto incorpora una objeción a la capacidad del Tribunal de apelación para la modificación realizada del pronunciamiento de la Audiencia. Nos entretendremos previamente en su examen.

TERCERO.- La recurrente parte de una premisa: aunque el Tribunal Superior de Justicia no lo admita -y es esa tesis asumida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular-, *de facto* introduce a través de la fundamentación jurídica perspectivas fácticas que, sin alterar abiertamente el relato que consideró probado la Audiencia Provincial, lo reformatea. Solo contando con esas modulaciones y tácitas variaciones del hecho probado puede llegar el Tribunal Superior a condenar como responsable civil subsidiaria a la entidad bancaria.

En efecto, una cuidadosa lectura del fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada, que alberga el razonamiento que servirá de base a la revocación, revela que el órgano de apelación, apartándose en algunos puntos de la convicción fáctica del Tribunal de instancia, interpreta los hechos a su modo.

En este sentido proclama, yendo más allá del hecho probado que le venía dado, que *"la actividad delictiva del acusado se viabilizó a través de sus gestiones como empleado comercial de la entidad"*; que fue su condición de empleado de banca lo que atrajo la confianza del matrimonio (elevando a la categoría de hecho probado lo que en la sentencia de instancia aparece como simple manifestación de la perjudicada adosada a otras varias: conocía a su mujer y, por su mediación, habían efectuado una venta); y por fin, desecha, por no estar proclamada con certeza absoluta, tanto la mención a que las entregas de dinero se hicieron en su mayor parte en la casa del acusado y no en la sede de la entidad bancaria; como la relativa a que se hacían a título particular y no en su condición de empleado del Banco. Las dudas -razona- han de solventarse decantándose por lo más favorable a la afirmación de la responsabilidad civil subsidiaria. Insiste en que *pudo ser* -no que efectiva e indudablemente fuese- la condición de empleado de banca lo que permitió granjearse la confianza de los ancianos que se fiaron por ello de su habilidad inversora.

Por su parte, la sentencia de instancia afirma rotundamente (fundamento de derecho tercero) que el negocio con el acusado no tenía por objeto depositar el dinero entregado en el banco, ni invertirlo en un producto bancario, y que la relación con el acusado no surgió como consecuencia de su condición de empleado de banca. Se explaya al explicar que ni siquiera puede sostenerse que el matrimonio actuase en la creencia de que el dinero se iba a destinar a productos bancarios.

CUARTO.- Cumple significar en este momento que, como viene afirmando la jurisprudencia, la prohibición de integrar el hecho probado con consideraciones fácticas entresacadas de los fundamentos de derecho solo rige respecto de puntos que perjudican al acusado penalmente. No hay obstáculo cuando se trata de hechos relativos a la responsabilidad civil o que favorecen al reo.



Las SSTs 647/2021, de 19 de julio y 694/2020, de 14 de mayo constituyen dos botones de muestra de esta doctrina. Expresa esta última: "Estamos, en verdad ante una deficiencia de la sentencia que probablemente no se ha denunciado por el cauce casacional más adecuado. La sentencia debería haber incluido en el hecho probado esa póliza -cuya existencia nadie discute- y su contenido -tampoco controvertido, en principio, por cuanto está incorporada a los autos-.

Si estuviésemos ante un elemento fáctico determinante de la subsunción jurídico penal y, en definitiva, de la condena o de sus contornos, no cabría más respuesta que declarar la nulidad de la sentencia dado el rigor que se ha impuesto en los últimos años, no sin alguna concesión al pragmatismo en casos de clamorosa evidencia, en la exigencia de que el hecho probado contenga todo lo relevante determinante de la calificación (*quod non est in factum non est in sententiam*, podríamos decir refiriendo la máxima solo a los aspectos fácticos). En el caso de sentencias condenatorias y de aspectos perjudiciales para el reo se ha desactivado casi completamente la vieja jurisprudencia que permitía que la fundamentación jurídica complementase, mediante aseveraciones fácticas contenidas en ella, la resultancia factual del hecho probado.

Ahora bien, esa rigidez que anatematiza toda flexibilidad solo opera en los aspectos estrictamente penales y siempre que se arguya en beneficio del reo. Cuando estamos ante cuestiones de pura responsabilidad civil -cuya naturaleza no se enturbia por el hecho de que se ventilen en el proceso penal- o ante extremos que benefician al reo (por ejemplo, base fáctica de una atenuante que solo aparece en la fundamentación jurídica) ha de considerarse subsistente aquella tradicional doctrina: las aseveraciones con un indubitado sabor fáctico contenidas en la fundamentación jurídica pueden integrar el hecho probado.

Otra solución en casos como el presente conduciría a convertir un simple defecto de ubicación sistemática (irregularidad formal) en una causa de nulidad, lo que contradice el sentido común y, lo que es más importante, menoscaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Se retrasaría la respuesta final al tener que devolverse las actuaciones al Tribunal *a quo* para realizar un simple *cortaypega* llevando al apartado de los hechos probados lo que aparece en uno de los fundamentos de derecho" (énfasis añadido).

Tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial, como, singularmente, en la del Tribunal Superior de Justicia, se identifican aseveraciones fácticas en los fundamentos de derecho lo que, no siendo fórmula del todo correcta, ni determina la nulidad, ni impide entender completado o interpretado el hecho probado con esas afirmaciones extraídas de la fundamentación jurídica.

Pues bien, constatado que, en efecto, en apelación se ha producido una cierta revaloración probatoria en perjuicio de una parte pasiva, el tercero responsable civil, lo planteado por el motivo tercero es dilucidar si esa técnica es correcta o viene impedida por la conocida doctrina del TEDH y TC que ha limitado el ámbito de la apelación frente a sentencias absolutorias en los términos que plasmarían legislativamente en el art. 792 LECrim (reforma de 2015).

La respuesta ha de ser la contraria a la que inspira este motivo del recurso y coincidente con las consideraciones que en relación a una anterior apelación se contienen en la sentencia de la Audiencia. Las limitaciones que constriñen la posibilidad de revisar la prueba en perjuicio del reo en un recurso de apelación operan solo para las partes y contenidos penales de la pretensión; no para los terceros responsables civiles ni para las cuestiones estrictamente civiles. Así resulta de la propia letra del renovado art. 792 LECrim. Y así lo hemos afirmado en varios precedentes. Algunos son citados por la Audiencia Provincial. Más reciente es la STS 726/2020, de 11 de marzo:

Es ya sobradamente conocida y ha sido objeto de prolijo desarrollo la doctrina sobre los estrictos límites en que puede moverse la revisión a través de un recurso de sentencias absolutorias por razones probatorias.

Un axioma compendia tal jurisprudencia: prohibición de revisar en casación en **contra** del reo los hechos probados.

Esa regla cercena de forma casi absoluta las posibilidades fiscalizadoras a través de un recurso tanto de sentencias absolutorias por motivos probatorios, como de apreciaciones de hecho beneficiosas para el reo. Solo argumentos estrictamente jurídicos y de orden penal sustantivo, sin quiebras probatorios, permiten empeorar mediante un recurso la posición procesal del acusado sentenciado (en los aspectos penales, ha de puntualizarse, lo que, como se verá, no es en este caso baladí).

La STC 167/2002, de 18 de septiembre, constituye el hito inicial en nuestra historia jurisprudencial de esa doctrina, reiterada luego en más de un centenar de sentencias emanadas de la jurisdicción constitucional (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero ó 24/2009, de 26 de enero, 80/2013, 120/2013, 105/2014 ó 191/2014, hasta la STC 59/2018, de 4 de junio), y luego recepcionada en no menos numerosas sentencias de esta Sala. (...).



Tras la exposición sintética de la doctrina general, se aborda el tema ahora implicado y se concluye rotundamente que todos los aspectos civiles, tanto de contenido como de responsables, no se ven afectados por esos condicionantes:

"No obstante, toda esa doctrina, cada vez menos matizada y modulada, no puede trasladarse sin más a los aspectos no penales -civiles o de otro orden, como la deuda tributaria- que aparecen involucrados en un proceso penal como consecuencia de la pluralidad de objetos que admite nuestro sistema, habilitando al órgano jurisdiccional para ventilar acciones de naturaleza no penal en un proceso de esa naturaleza. El Tribunal Penal es llamado a conocer de algunas cuestiones extrapenales (fundamentalmente de naturaleza civil). Es una competencia no excluyente. Además, está condicionada por vía de principio (no sin alguna excepción). Solo ha de resolver sobre ellas si afirma la existencia de **delito**: es una competencia *secundum eventum litis*.

Las pretensiones no penales no pierden sus características y perfiles esenciales por ejercitarse en el proceso penal, ni quedan informadas por principios que les son ajenos pues son propios en exclusiva de las pretensiones penales.

Así, en materia civil no rige el principio acusatorio, sino el de rogación que tiene fundamento, consecuencias y sentido diferente. Tampoco la presunción de inocencia se proyecta sobre las consecuencias civiles del **delito** (SSTS 302/2017, de 27 de abril y 639/2017, de 28 de septiembre). El proceso -y es otro ejemplo- puede seguir hasta su conclusión respecto del enajenado sobrevenido solo en cuanto a los temas civiles (art. 383 LECrim). En ese territorio hay que situar la posibilidad mediante un recurso devolutivo de revisar **contra reo** pronunciamientos no estrictamente penales.

La STS 639/2017, de 28 de septiembre, lo admite abiertamente haciéndose eco de algún pronunciamiento anterior:

"A partir de la jurisprudencia constitucional, tributaria de la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la imposibilidad de modificar los hechos probados **contra reo** en vía de recurso si el órgano *ad quem* no percibe por sí directamente la prueba que se quiere hacer valer (lo que sería exigencia tanto del principio de inmediación, como en alguna medida también del derecho de defensa), la operatividad del artículo 849.2 para ser blandido en casación por las acusaciones ha quedado muy mermada. Ni consiente la casación una audiencia directa de los acusados; ni existe habilitación legal para la reproducción de pruebas. La conclusión, ya afirmada en varias ocasiones por la jurisprudencia, es que una sentencia absolutoria no podrá ser convertida en condenatoria en casación (ni una condenatoria agravada) por razones probatorias (artículo 849.2 LECrim). A lo más, podría llegarse a la anulación de la sentencia basada en la arbitrariedad de la valoración de la prueba.

Podríamos en una primera aproximación entender que nos hallamos ante tal supuesto: la acusación invoca el artículo 849.2 para lograr una mutación del hecho probado que empeora la situación de los acusados. Sin embargo hay un matiz importante que nos permitirá sortear esta objeción que de hecho es sugerida como tal óbice en el informe del Fiscal. La modificación del hecho probado tiene repercusión básicamente en los aspectos civiles de la condena. Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente (STS 184/2017 de 23 de marzo). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de **delito** no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión.

Por tanto: no hay inconveniente para, a través del artículo 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en **contra reo** si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal.

En un supuesto con semejanzas al presente por versar también sobre temas tributarios se reconocía la capacidad de acoger un motivo ex art. 849.2º LECrim, aunque limitando su alcance al terreno puramente indemnizatorio. Es la STS 277/2018, de 8 de junio.

(...)nada se opone a su estimación parcial; es decir, estimación constreñida a las consecuencias civiles; con repercusión exclusiva en los pronunciamientos civiles. No es algo necesariamente contradictorio o incongruente: es consecuencia del distinto régimen procesal de las pretensiones civiles y las penales. Como no habría obstáculo para que la jurisdicción extrapenal resolviese sobre pretensiones civiles reservadas para un pronunciamiento posterior, sin atenerse escrupulosamente a lo declarado probado por sentencia penal previa. Solo queda vinculado por la proclamación de la inexistencia del hecho como algo acreditado (art. 116 LECrim);



y, según clásica jurisprudencia civil (vid, por todas STS Sala 1ª 728/2005, de 23 de septiembre), por aquellos elementos que definen el tipo penal objeto de condena; es decir, por aquellos datos fácticos que ha declarado probados la jurisdicción penal y que, suprimidos, dejarían sin base la condena dictada.

El precedente que acabamos de reseñar (STS 277/2018) llega a esa solución: la estimación del motivo se limitó a las repercusiones civiles; no a las penales. Citaba en su apoyo la STEDH (asunto *Sardon Alviva contra España*) de 24 de septiembre de 2013 , referida a un supuesto de condena en virtud del art. 122 CP. El art. 6 CEDH -enseña esa sentencia- tiene repercusiones diferenciables en cuanto a los aspectos penales y civiles de un proceso".

Así pues, constatamos con la impugnante que la sentencia de apelación ha introducido de forma implícita variaciones en el relato fáctico. Pero nos apartamos de las consecuencias que quiere derivar de ello. Se trata de actuación procesalmente autorizada. Entra dentro del ámbito del contenido devolutivo de un recurso de apelación.

El tercer motivo es desestimable.

CUARTO.- Pasamos a analizar los dos motivos restantes. Ambos denuncian *error iuris* (art. 849.1º LECrim) lo que supone tomar como premisa el hecho probado -con las modulaciones introducidas por el Tribunal Superior de Justicia-

Conviene con carácter previo sentar otras dos advertencias relativas a la *quaestio facti* para no desenfocar el tratamiento a dar. Constituyen también derivaciones de enfrentarnos a una cuestión de orden estrictamente civil: responsabilidad penal nacida de **delito**. De ahí se desprende:

a) De un lado, que no rige ni la presunción de inocencia (que no ampara al tercero responsable civil); ni el principio *in dubio*.

b) En el extremo contrario hay que puntualizar que tampoco se pueden extremar las cosas en la forma en que parece hacer el Tribunal Superior de Justicia implantando el principio antagónico: *in dubio pro víctima*. No. Los temas probatorios han de dilucidarse con arreglo a criterios civilísticos (art. 217 LEC) que no llevan a condenar si subsiste una mínima duda, por leve que sea, de que el pago podría ser procedente. Hay que estar, - y discúlpese la grosera simplificación de una doctrina compleja-, a lo *más probable*. Por eso, ante la afirmación de la sentencia de instancia en el hecho probado (lo que no es incorrecto: en el hecho probado han de aparecer los hechos probados más allá de toda duda razonable como probados y los dudosos como dudosos) de que las entregas de dinero *debieron producirse* en su mayoría en casa del acusado, no es correcto despojar de todo valor a esa afirmación como parece hacer el Tribunal Superior de Justicia. Como tampoco lo es prescindir de la aseveración de que las transmisiones de dinero se hicieron a título particular por el hecho de que en la fundamentación jurídica se admita como posible, aunque altamente improbable, otra alternativa.

QUINTO.- Queda así esbozado el marco adecuado para abordar la primera cuestión de fondo: si ha de entrar en juego la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria ex art. 120.4 CP.

La STS 811/2014, de 3 de diciembre, contiene un completo tratamiento de esa responsabilidad:

"La sentencia recoge los criterios inspiradores de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el art. 120.4 C.P., sosteniendo que dicha responsabilidad ha de estar anclada en los principios de culpa "in vigilando" y culpa "in eligendo", que se exigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a **formas más objetivas** encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de "qui sentit commodum, debet sentire incommodum".

Por tanto tratándose de una responsabilidad objetiva en clara línea aperturista habrá que analizar si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia en el hecho delictivo o lo favorece.

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.

Descendiendo al caso concreto entonces examinado -actuación por cuenta de otro agente de seguros dependiente de una entidad-, prosigue esa sentencia:

"A) Entre el responsable penal y el civil subsidiario existió un **vínculo o relación jurídica**. Ese dato ha sido reconocido por todas las partes, lo que hace que en base a la relación laboral existente el primer beneficiario y/o perjudicado de la actuación del empleado no puede serlo Pelayo Mutua de Seguros en solitario, sino el Sr. Jesús María que es el primero que se beneficiaba de las acciones de su empleado, toda vez que en la oficina donde trabajaba se dedicaba a realizar funciones de contratación de seguros, concretamente las encomendadas por Pelayo a su contratado el agente exclusivo Sr. Jesús María, el cual a través de un contrato laboral (nexo jurídico de dependencia) delegó esas funciones al acusado.

Por último, dentro de este primer requisito resulta inaudita, en opinión de la entidad recurrente, la decisión de la Audiencia, cuando la misma llega a afirmar que la responsabilidad civil subsidiaria no solo se circunscribe a la culpa in eligendo o in vigilando, sino que cabe invocar el principio objetivo de responsabilidad por riesgo acorde con el brocardo "qui sentit commodum, debet sentire incommodum", de ahí que haya llegado a imponerse la responsabilidad civil subsidiaria, incluso cuando aquél a quien se le exige no ha obtenido ningún beneficio por la actuación penalmente castigada (véase S.T.S. 627/2007 de 4 de junio).

B) El segundo de los requisitos exige que la causación del daño que genera esta suerte de responsabilidad civil **se encuentre dentro del ejercicio normal o anormal** de la actividad o tarea encomendada al infractor. No olvidemos que cuando existe alguna actividad punible alguna anormalidad se habrá producido. Ante tal incidencia el recurrente indemnizó el daño, sin perjuicio de repetir, porque le afectaba **indirectamente**, siquiera fuera para salvar el buen nombre de la Compañía aseguradora.

A juicio del recurrente en el caso concernido se daban las circunstancias que conectaban el hecho delictivo con la actividad encomendada, concretamente el dato del espacio (instalaciones de la oficina que le proporcionó el Sr. Jesús María, agente exclusivo) en horario y tiempo de trabajo, según testimonio de la víctima, utilizando impresos y medios de la empresa (elemento instrumental), el perjuicio se produce tanto a su empleado como a la compañía de Seguros (elemento final).

...

Por su parte el Mº Fiscal reconoce abiertamente que la causa última de la atribución de responsabilidad civil subsidiaria sería predicable, como pretende el recurrente tanto o más al Jefe de la Agencia local, como a la propia Aseguradora. Es evidente que aunque el Sr. Jesús María fue quien eligió y contrató al condenado para realizar las funciones que le condujeron a la comisión del **delito** no es menos cierto que el cliente perjudicado efectúa actos de disposición porque estaba en la creencia de realizar operaciones legítimas con una Cía aseguradora sobradamente conocida y por ende le ofrecía una aparente seguridad sobre la licitud de aquéllas.

(...) Conforme a todo lo dicho esta Sala de casación considera que al recurrente en buena medida le asiste razón:

1. Respecto al primer argumento de la sentencia, que nos dice -tratando de justificar la concurrencia del primer requisito para responsabilizar subsidiariamente a una persona o entidad- "si bien el acusado era empleado del Sr. Jesús María, también de **forma indirecta** realizaba su función en beneficio de la Aseguradora".

Si **indirectamente** la actividad profesional del culpable del hecho dañoso afectaba a la Aseguradora, es tanto como afirmar que **directamente** repercutía en el agente mediador que lo había contratado.



Así pues, el primero de los requisitos del art. 120 n° 4 C.P. concurre. Existió un contrato laboral que jurídicamente ligaba al actor del **delito** con el agente mediador exclusivo. Sobre él pesaba la culpa "in eligendo" y en el desarrollo de su actividad culpa "in vigilando". También su posición profesional resultaba dañada, ya que ello iba en desprestigio de un agente, que en ciudades de no mucha población el público suele conocer, confiando en su honradez y en su buen hacer profesional. También el tiempo que dicho agente mediador pagaba para que llevara a cabo actividades que podían provocar beneficios, los dedicó a perjudicar los clientes de dicho agente y de la Compañía. No se excluye tampoco que conforme a las relaciones contractuales civiles entre Aseguradora y agente la primera estuviera en condiciones de resolver el contrato con el agente mediador, todo lo cual evidencia la repercusión negativa del **delito** en el agente exclusivo, lógicamente de forma directa.

2. Respecto al segundo apartado de la sentencia, resulta elemental que los actos ilícitos no reporten beneficio al empleador, pero sí los actos debidos según el contrato o relación laboral existente entre éste y su dependiente.

El no utilizar los medios informáticos previstos, servirse de impresos de la compañía de seguros para fingir una contratación, realizado todo ello subrepticamente, entra dentro de la lógica en la comisión de un **delito**, pero la propia sentencia se encarga de aclarar que ese actuar subreptico y clandestino propio del **delito** de estafa " **impidió el control del Sr. Jesús María y de la Mutua Pelayo** ", afirmación sentencial que nos indica que tanto estaba obligado a controlar los comportamientos derivados del empleado de la Cía aseguradora (solo indirectamente) como el Sr. Jesús María de forma directa. La sentencia impone indistintamente a estas dos personas tal obligación, luego en ambos se daba la exigencia del art. 120.4 C.P.

Añade, por fin, la sentencia que las actividades tendentes a engañar y defraudar a terceros "no se cometen dentro de la esfera de actividad como empleado", afirmación que no es cierta si la contrastamos con los indicios acreditativos de que el hecho se ha cometido dentro del ámbito de su actividad profesional. Así, el hecho delictivo se comete en las oficinas del Agente a donde acudió el cliente estafado (conexión local); se llevó a cabo lógicamente cuando estaba abierto, momento en que acudían los clientes (horario de trabajo: elemento temporal); utilizó los medios de la empresa, es decir que el documento o documentos en los que redactó los contratos llevaban el membrete de la Cía Pelayo, se contrató un plan de ahorro, que asegurara unos rendimientos futuros importantes y contenía una garantía de la solvencia y sustento futuro. Al tercero le resultó creíble que la Cía Aseguradora Pelayo, tuviera un producto denominado "Plan de Ahorro Pelayo Mundiale Vida" (elemento formal); finalmente es indudable que la actividad laboral se desarrollaba en beneficio del agente (en realidad constituía su trabajo) y también de la Cía Aseguradora.

Insistimos una vez más que el principio latente en el art. 120.4 C.P. para salvaguardar los derechos de terceros de buena fe que contrata con grandes empresas comerciales (en nuestro caso Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros), es el principio objetivo del riesgo (véase SS.T.S. 237/2010 de 17 de marzo y 213/2013 de 14 de marzo), principio que esta Sala ha concretado en alguna ocasión en lo que se ha dado en llamar doctrina de la "apariencia" (véase SS.T.S. 348/2014 de 1 de abril y 532/2014 de 28 de mayo).

Por todo ello se concluye que el **delito** se cometió como consecuencia del desarrollo, en este caso anormal, de su trabajo. Recordemos que las extralimitaciones se reputan incluidas".

Por su parte, la STS 514/2021, de 10 de junio dirá:

"La calidad o naturaleza de la vinculación como agente comercial del acusado al Banco es irrelevante a los efectos del art. 120.4 CP. Basta una relación de cierta dependencia para dar vida a la responsabilidad civil subsidiaria que establece ese precepto. No es necesario un vínculo laboral. Es suficiente actuar por cuenta, al servicio y bajo las directrices y organización del principal para que éste deba asumir esa responsabilidad civil nacida a consecuencia del **delito** cometido por su dependiente en el ejercicio de sus funciones.

Surge esa obligación del tercero siempre que el hecho punible se haya realizado por el reo **en actuaciones desplegadas al servicio de su principal o con ocasión próxima de ellas, según una lógica interpretación flexible del nexo de ocasionalidad:**

"Nos movemos -decía la STS 348/2014, de 1 de abril, citada por el recurso- en un terreno en que aparecen en tensión dos líneas de fuerza enfrentadas: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta beneficio, lucro o utilidad; y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable por absolutamente todos los actos realizados por sus dependientes. En nuestro derecho prima la protección a la víctima aunque no de manera absoluta, naturalmente. La presunción es que el empleado o subordinado obra en el ejercicio de sus funciones. Solo cuando puede afirmarse con claridad y ha quedado así acreditado que la acción era ajena o totalmente extraña al ejercicio de sus funciones por cuenta de otro, se cancelará esa responsabilidad civil subsidiaria".



Esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 de forma expansiva. Los temas de responsabilidad civil consienten lecturas extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal (vid. SSTS 1491/2000, de 2 de octubre).

La STS 1491/2000, de 2 de octubre, argumentaba así: "a) *basta que entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción penal se encuentre bajo la dependencia, -onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica-, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario;* b) **el delito o falta que genera la responsabilidad debe hallarse inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de sus actuaciones, admitiéndose las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente sus tareas, siempre que no exceda el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación, en los términos señalados, del responsable penal y civil subsidiario;** c) *la interpretación de los requisitos mencionados debe efectuarse con un **criterio amplio**, acentuando el carácter objetivo del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria, apoyándose la fundamentación de la misma no sólo en los pilares tradicionales de la culpa, sino también en la teoría del riesgo, interés o beneficio;* y d) *la naturaleza estrictamente civil de la responsabilidad que estamos tratando permite dicha **aplicación extensiva**, que no sería posible desde la perspectiva de la responsabilidad penal y por ello son ajenos a la primera los principios propios de ésta (presunción de inocencia, "in dubio pro reo"). (S.S.T.S. 23/4/96 , 4 y 26/3/97 , 22/1/99 o 29/5/00)".*

Ahora bien este conjunto de consideraciones que permiten cuestionar el razonamiento de la sala de instancia no nos conducen, empero, a afirmar *in casu* la responsabilidad civil de la entidad bancaria. **Hay un presupuesto ineludible previo: que el delito se haya cometido en el desempeño de las tareas ejercidas al servicio del principal.** El Fiscal con argumentación penetrante pone de manifiesto la clave que solventa el problema: la constitución de la última hipoteca no integra las tipicidades que han dado lugar a la condena ni forma parte genuina y esencial de la secuencia delictiva. El acusado habría alcanzado igual objetivo acudiendo a cualquier otro banco con idénticos resultados. La dinámica desplegada a partir de la obtención inicial de los poderes -raíz de todo el *iter* delictivo- y seguida de la venta sin autorización, y la apropiación de su precio, obtenido mediante la hipoteca, bascula sobre dos hitos: utilización abusiva del poder para una venta simulada y apropiación de su precio. Esas conductas (venta de la casa; apoderamiento del precio) no se realizan en calidad de agente de la entidad bancaria. La intervención a través de la entidad bancaria aparece en un momento de la dinámica total defraudatoria, pero no es parte de la misma. Es elemento accesorio. No puede hablarse de **delito** cometido con ocasión del desempeño de esas funciones.

Se puede asumir íntegramente el razonamiento del Fiscal bien desarrollado y expuesto con elegancia literaria que no desdice de la que hace gala también el recurrente:

"Y el Fiscal entiende que en la dinámica de los hechos, tal y como quedan fijados como probados, en modo alguno actúa el acusado como agente comercial del Banco Popular. No hay que olvidar que la persona engañada y perjudicada es la ahora recurrente y que el engaño se sitúa en las maniobras del acusado para lograr que aquélla otorgue el amplísimo poder que describe el *factum*, llave maestra que permitirá la ejecución de todas las posteriores fechorías. Y, en dicho episodio, en modo alguno actúa el acusado como agente comercial del Banco y, tampoco, cuando se afirma la constitución de la primera hipoteca en garantía del pago de la letra. *Item* más, siguiendo la secuencia fáctica, tampoco interviene con la reseñada calidad en la escritura de sustitución de poder que permitió la rocambolesca compraventa del inmueble. Todo ello, desde el principio hasta el fin, era un guion escrito para un grupo de personajes seleccionados.

La STS 737/2018, de 5 de febrero de 2019 contempla un supuesto que guarda alguna similitud con el ahora examinado:

" 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 Roger de Flor 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 Jacinta "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 Jacinta "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. Bibiana (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)".

Advirtamos la nota diferencial clara de esos casos con el analizado en este recurso aquí. Solo una parte de los fondos gestionados por el acusado circula por cuentas abiertas en la entidad bancaria. el resto es manejado al margen de ese banco: es más, se utilizan otras cuentas.

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

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.

SÉPTIMO.- De lo expuesto podemos derivar la procedencia, al menos en parte, del recurso de la entidad bancaria. Lo decisivo para la operatividad del art. 120.4º CP es la *realidad* de una actuación bajo la dependencia del principal. No basta con que el sujeto activo del **delito** mantenga la condición de dependiente o un vínculo con el principal. Si fuese de otra forma cualquier estafa cometida por un empleado de banca al margen de su trabajo (pensemos en el empleado bancario que hace compras personales sin intención de abonarlas amparándose en el halo de seriedad de que le dota su condición profesional, ganándose así la confianza de vendedores) atraería la responsabilidad civil del banco. Ni siquiera es suficiente con que los perjudicados puedan creer, con mayor o menor fundamento, que está actuando por cuenta del principal: esa tesis llevaría a la conclusión de que el engaño pergeñado por alguien haciéndose pasar por empleado de una entidad arrastraría absurdamente a ésta a la obligación de indemnizar por las acciones de aquél. Además del vínculo de dependencia, que no se puede negar aquí en cuanto existía una relación mantenida aunque a un nivel mínimo, lo determinante es que la conducta delictiva pueda incluirse en el marco de la actividad por cuenta del principal, aunque se produzcan extralimitaciones.

Conjugando los hechos que la sentencia de instancia da como probados (incluidos los contenidos en sus fundamentos de derecho) junto con las variaciones anotadas por el Tribunal Superior de Justicia (alguna, con vacilaciones) hay que concluir que se trataba en principio de una actividad ajena a sus vínculos con el banco y ligada a su condición de administrador de otra sociedad. No se le entregaban las cantidades para gestionarlas por cuenta del Banco, sino a título personal. Así lo afirma paladinamente el hecho probado de la sentencia de instancia en aseveración que no es desmentida por la sentencia del TSJ. Solo esa hipótesis explica las entregas al margen de toda formalidad y en el propio domicilio. Lo decisivo no es la exclusiva apariencia, o la posibilidad de una creencia por parte de los perjudicados, como parece entender el Tribunal Superior de Justicia, equivocándose, además, al aplicar las reglas de carga de la prueba que han de regir una cuestión civil; sino que objetivamente se pueda afirmar que la actuación se encuadraba en el ámbito de actividad ejercida al servicio del principal (lo que es compatible con que se haga en fraude del mismo y con excesos ni tolerados ni conocidos). Aquí, aún manteniéndose el vínculo, no se ha declarado probado que toda la actividad hubiese sido desplegada en la calidad de comercial de la entidad bancaria; sino en virtud del propio negocio que desarrollaba al margen de sus tareas en el banco. Esa realidad, además, no aparecía del todo desdibujada o confundida para los perjudicados.

OCTAVO.- Sin embargo, en este planteamiento global hay que introducir una importante matización (que además conectaría con las razones del motivo segundo). El primer dinero captado como inversor por el acusado se lleva a una cuenta corriente de la entidad bancaria en un momento en que, según describe el hecho probado, seguía trabajando para la corporación como comercial. Aunque se tratase de una entrega para que la manejase no por cuenta del banco, se produce un solapamiento de ambas condiciones: comercial del banco y comisionista o inversor a título particular. Respecto de esa cantidad y solo de esa cantidad (24.000 euros) no puede romperse el lazo con la condición de empleado del Banco. Ahí sí identificamos una base mínima, pero suficiente, para mantener el *estatus* de responsable civil subsidiario de la entidad recurrente en exclusiva en cuanto a tal monto.

NOVENO.- La estimación parcial del primer motivo deja vacío de contenido el segundo (que era subsidiario y que, en definitiva, resulta totalmente estimado) y conduce a declarar de oficio las 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.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **COLONYA CAIXA D' ESTALVIS DE POLLENÇA** contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictada en fecha 15 de febrero de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 23 de marzo de 2018, por **estimación parcial del primer motivo** de



su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

2.- Declarar las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 1705/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 27 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (proveniente del Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma) **contra** Erasmo y como responsable civil subsidiario la entidad Colonya Caixa Pollença por **delito** de estafa agravada, fallada posteriormente por la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y hechos Probados de las Sentencias de instancia y apelación en la forma que se ha explicado en la sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Según se ha razonado en la sentencia de casación no procede la declaración de responsabilidad civil de la entidad bancaria más que en relación al monto de 24.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Se limita la declaración de responsabilidad subsidiaria de la recurrente a la cantidad de 24.000 € (veinticuatro mil euros).

En el resto se mantienen los pronunciamientos de las Sentencias de la Audiencia provincial y el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en cuanto sean compatibles con éstos.



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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ