



Roj: **STS 4619/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4619**

Id Cendoj: **28079120012022100933**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2022**

Nº de Recurso: **3758/2020**

Nº de Resolución: **915/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 1157/2019,**
STSJ NA 362/2020,
STS 4619/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 915/2022

Fecha de sentencia: 23/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3758/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3758/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 915/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del Responsable Civil **BANKINTER, S.A.**, del acusado D. Carlos Jesús y de los Responsables Civiles **BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.** y **GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.**, y recursos de casación por adhesión de la Acusación Particular **D. Pablo**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 31 de julio de 2020 que desestimó los recursos de apelación formulados por la representaciones del acusado D. Carlos Jesús, de Brokers Financieros de Navarra S.L. y de Gestores Financieros de Navarra, S.L., así como de Bankinter, S.A., y de la adhesión supeditada a la apelación de D. Pablo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Primera, de fecha 16 de diciembre de 2019 que condenó al anterior acusado por delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa agravada. Siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Responsable Civil Bankinter, S.A. representado por la Procuradora Dña. M^a del Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección Letrada de D. Pablo Villaseca Rico; el acusado D. Carlos Jesús y los Responsables Civiles Brokers Financieros de Navarra, S.L. y Gestores Financieros de Navarra, S.L., representados por el Procurador D. Carlos Ricardo Estévez Sanz y bajo la dirección Letrada de D. José Ignacio Cabrejas Hernández y la Acusación Particular D. Pablo (como recurrente y recurrido), representado por la Procuradora Dña. Andrea Leache López y bajo la dirección Letrada de D. Fernando Gortari Izu, y los recurridos Acusación Particular D. Fabio, D. Fidel, D. Genaro, D. Higinio y D. Isidro presentados por la Procuradora Dña. Ana Lázaro Gogorza y bajo la dirección Letrada de D. Bernardo Ausejo Iturralde; Acusación Particular Dña. Belen en nombre propio y como heredera de Leovigildo representada por el Procurador D. Andrea de Dorremochea Guiot y bajo la dirección Letrada de D. José Ignacio Laitegui Baciero; Acusación Particular Dña. Claudia, Dña. Coro, Dña. Cristina, D. Ovidio, Dña. Estrella, D. Roque y Dña. Guadalupe representados por la Procuradora Dña. Ana Lázaro Gogorza y bajo la dirección Letrada de D. Pedro José Carranza Huera; Acusación Particular Dña. Lidia, D. Carlos Francisco y de la herencia yacente de Dña. Mónica, representados por la Procuradora Dña. Andrea Leache López y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Ángel Álvarez González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1450/17 contra Carlos Jesús, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Primera, que con fecha 16 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declaran expresamente probados: El acusado Carlos Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, después de haber desarrollado su actividad profesional en distintas entidades bancarias de Pamplona, con distintos cargos, comercial para el Banco Atlántico, Director de Barclays y Director del Banco Herrero entre los años 1975 - 1999, pasó a desarrollar labores financieras por su cuenta, para lo que constituyó sociedades que eran las que concertaban los contratos de colaboración o de agencia con entidades bancarias. Entre el día 1 de septiembre de 2.001 y el día 31 marzo de 2.015, en virtud de un contrato de agencia el acusado desempeñó las labores de agente financiero de Bankinter, con oficina abierta al público, con anagrama de dicha entidad, lo que hizo a través de la entidad "Brokers Financieros de Navarra" SAL (constituida en fecha 30 de mayo de 2.000) de la que formaba parte el acusado y era administrador único, que fue quién suscribió el contrato de agente financiero con Bankinter. El acusado como agente de Bankinter funcionaba como si fuera una sucursal del banco, siendo la número 4.870, teniendo la oficina sita en la Castillo de Maya nº 48, y posteriormente en Avda. Galicia n.º 11, de esta ciudad, debiendo usar los logotipos del banco, disponiendo de documentación de esa entidad bancaria y funcionando en definitiva como una sucursal del mismo, salvo que no podían tener caja, ni recibir ni dar dinero en efectivo. Asimismo realizó labores de agente colaborador de la entidad bancaria Credit Agrícola Bankoa desde el día 25 de Marzo de 2002 a 14 marzo de 2008, que formalizó a través de otra sociedad mercantil, por no ser posible ser agente de dos entidades bancarias distintas, la entidad "Gestores Financieros de Navarra" SL, constituida el día 7 de febrero de 2002 por Avelino, amigo del acusado y Belarmino, empleado suyo, quienes vendieron sus acciones al acusado en Abril y Mayo de 2002, pasando a ser dicho acusado administrador único, si bien desde un primer momento era titular real de la indicada sociedad, y quién realizaba las labores de agente era el acusado Sr. Carlos Jesús. Dada la actividad financiera que había realizado el acusado en el sector bancario con facultades directivas en distintas entidades bancarias, y aprovechando la confianza que esa actividad generaba, y al figurar frente a terceros como agente financiero de Bankinter consiguió que un buen número de personas le confiaran importantes cantidades de



dinero, en la esperanza de que se invirtieran realmente con la finalidad de obtener una rentabilidad. El acusado con ánimo de obtener un lucro ilícito y aprovechando la confianza que tenían sus clientes inversores en él, recibió de ellos diversas cantidades de dinero y para dar visos de realidad al destino de inversión, les entregaba certificados de imposición no auténticos que llevaban el logotipo de Bankoa, elaborados íntegramente por él, sin participación ni conocimiento de la entidad Bankoa, sin que conste que los hiciera cuando era agente colaborador de Bankoa, en el que se indicaba que el dinero que recibía lo invertiría en deuda pública como si se tratara de documentación auténtica del referido banco, y en la que se comprometía además a pagar un interés anual que en algún caso pago con los fondos que recibía de otras personas, sin que nunca llegara a realizar las inversiones indicadas. El dinero una vez le era entregado en efectivo o mediante cheque en la oficina que el acusado Sr. Carlos Jesús tenía abierta como agente financiero de Bankinter, y otras le era remitido por transferencias a cuentas propias del acusado o de sus sociedades, sin que conste en ningún momento que las destinase el acusado a los fines para los que fue entregado, habiendo entregado en algunos casos a dichas personas importes en concepto de intereses, con la finalidad de que siguieran realizando las inversiones. Las personas que hicieron entrega de dichos importes son: 1.- D. Leovigildo entregó al Sr. Carlos Jesús un importe total de 798.000 €, y lo hizo entregándole 4 cheques por importe de 218.000 € el primero el día 1 de febrero de 2.008, el segundo por importe de 220.000 € en fecha 8 de octubre de 2.008, 210.000 el 1 de febrero de 2.011 y 150.000 € el día 4 de abril de 2.015, y de ellos recibió resguardo para invertir en deuda pública, entregándole un certificado de Bankinter de fecha 31 de octubre de 2.009 por importe de 100.000 €; así como le entregó otros documentos de Bankoa en que se recogía el resto del importe invertido, que eran falsos; y así mismo le entregó otros 220.000 para invertir en obras de arte, uno de 110.000 para invertir en oro y otros dos de 50.000 € para invertir en esculturas de Aizcorbe y uno en colección de plumas. Dña. Belen, pensando que era agente de Bankinter, le entregó al Sr. Carlos Jesús un importe total de 141.138,40 € de la siguiente forma: 31.000 en fecha 15 de febrero de 2.010, mediante un cheque, entre los días 18 de febrero y 4 de marzo de 2.016, mediante 3 cheques del B. Sabadell, por importe cada uno de ellos de 25.000 € cada uno y 35.138,40 € en efectivo el 25 de julio de 2.009, las entregas en efectivo las realizó en la oficina del acusado en Avenida de Galicia, salvos los cheques, y con la intención de invertir en oro y arte. Para aparentar que la entregas para arte estaban totalmente garantizadas le entregó pagarés por el importe de las cantidades entregadas. 2.- Claudia, hizo entrega al acusado de las siguientes cantidades: 533.144,42 €, mediante 21 operaciones, de las que las cuatro primeras entre 10 de junio de 2.009 y el día 20 de enero de 2.010, lo fueron mediante reintegros de la cuenta de la Sra. Claudia en Bankinter, de los que recibió documentación de la entidad Bankinter. El resto de las operaciones entre el día 6 de septiembre de 2.010 hasta el día 12 de febrero de 2.014 se hizo mediante transferencias desde la cuenta de la Sra. Claudia en Bankinter a la cuenta de Gestores Financieros de Navarra SL que esta mercantil tenía en Bankoa, con excepción de la nº 9 ingresada en el cuenta de la misma sociedad en B. Santander y las nº 10 y 13 en la cuenta del Sr. Carlos Jesús en Bankoa, habiéndosele sido devuelta 4.962,02 y 700 €, entregándole el acusado documentación acreditativa de las inversiones en Bankinter. Asimismo le entregó 287.000 €, en el periodo comprendido entre los días 10 de febrero de 2.011 y el día 12 de enero de 2.016, mediante cinco operaciones, la primera y segunda mediante cheque contra su c/c en Barclays y la 4 y 5 mediante cheque contra su c/c en: Sabadell, y la 3 mediante transferencia desde su cuenta en Bankoa a la cuenta de gestores financieros de Navarra SL; habiéndosele devuelto la cantidad de 21.600 € y 23.480 €; entregándole el acusado documentación acreditativa de la inversión en deuda pública de Bankoa que no era auténtica, en concreto dos documentos, de fecha 20 de febrero de 2.015 (por importe de 50.000 €) y de fecha 12 de enero de 2.016 (importe 25.000 €). La cantidad que no ha devuelto el acusado es de 769.402,40 €. 3.- Fabio y Rosario, le entregaron un total de 130.000 €, mediante cuatro operaciones entre los días 25 de junio de 2.009 y el día 5 de marzo de 2.014, siendo las primera, segunda y cuarta mediante reintegro y la tercera mediante transferencia, todo ello a través de la oficina sita en Avenida de Galicia para invertir en Bankinter. El acusado para certificar la inversión en deuda pública le facilitó documentos de Bankinter de 5-5-16 de inversión de 70.000 euros, de 12-5-16 de inversión en deuda pública de 20.000 euros, de 17-6-16 de 40.000 euros. 4.- Isidro, le entregó en la oficina de la Avenida de Galicia, entre los días 15 de septiembre de 2.014 y 30 de agosto de 2.016 (de las cuales las dos últimas son de 29 de septiembre de 2.015 por importe de 10.000 € y de 30 de agosto de 2.016 por importe de 15.000 €) un total de 50.000 €, mediante tres operaciones, dos por transferencia a una cuenta de Gestores Financieros de Navarra SL y otra mediante entrega en efectivo al Sr. Carlos Jesús, entregándole documentación de la inversión de Bankinter por importe de 25.000 €. Así mismo le entregó dos documentos de Bankoa por importe de 10.000 y 15.000 € que no eran reales. 5.- Juan Ignacio, le entregó en efectivo en la oficina de la Avenida de Galicia en efectivo un total de 15.000 €, 6 de mayo de 2.015 8.000 € y el día 2 de septiembre de 2.015 7.000 €, entregándole el acusado dos documentos con el anagrama de Bankoa que no eran reales, importes que procedían de inversiones precedentes al cese al Sr. Carlos Jesús como agente de Bankinter. 6.- Higinio, le entregó, por un lado 172.120,56 € en ocho operaciones entre el día 18 de enero de 2.010 y el día 15 de septiembre de 2.014, siendo tres operaciones mediante transferencia y el resto en efectivo, con la finalidad de invertir en deuda pública y 15.500 €, en 7 operaciones entre los días 27 de julio de 2.010 y el día 16 de diciembre de 2.016, siendo las dos últimas de 14 de mayo de 2.015 por importe



de 4.000 € y el día 16 de diciembre de 2.016 por importe de 10.000 €), por transferencias, cuyo destino era invertir en arte, entregándole el acusado documentación de Bankinter (por importe del 72.120,56) y Bankoa (por importe de 115.500) que acreditaba la supuesta inversión, no siendo real este último documento. 7.- Fidel le entregó en efectivo un total de 15.000 en fecha 27 de mayo de 2.014, en el bar que regenta, y el acusado le entregó ese día resguardo de Bankinter. El 17-6-17 le dio el acusado el mismo certificado pero con membrete de Bankoa que él había sido realizado y que no era auténtico. 8.- Coro le entregó un total de 561.258,75 €, de los que 329.585,97 € estaban a su nombre, mediante 10 operaciones entre los días 1 de marzo de 2.009 y 20 de abril de 2.016 (siendo la última la día 20 de abril de 2.016 por importe de 3.000), de los 3 correspondían a reintegros, 6 mediante transferencia y una en efectivo, y otras 231.672,78 € restante, mediante 10 entregas realizadas entre los días 8 de junio de 2.012 y 30 de diciembre de 2.014, que figurarían a nombre de sus hijas, siendo esta una titularidad formal que así se puso a del acusado, para una mayor garantía de los depósitos por cada titular. El acusado con membrete de Bankinter reconoció en un documento posiciones en favor de Coro e hijas con un total de 533.819,38 y un rendimiento de 104.536,25 euros. 9.- Cristina, le entregó un total de 155.000 €. En un primer momento 40.000 € en efectivo, mediante tres entregas, entre los días 23 de noviembre de 2.011 y 2 de abril de 2.015 (siendo las dos últimas de fecha 1 y 2 de abril de 2.015 por importe de 20.000 y 15.000 € respectivamente), y otros 1 15.000 € también en efectivo, mediante 7 entregas entre los días 12 de mayo de 2.015 y 21 de febrero de 2.017, todas ellas en la oficina de la Avenida de Galicia, siéndole entregado por el acusado unos certificados de la deuda pública invertida con membrete de Bankoa que no eran auténticos. 10.- Cesareo, amigo de Cristina y aconsejado por ésta, entregó 15.000,00 euros en efectivo el día 3 de febrero de 2017 al acusado, en la oficina de Avenida de Galicia, para que este realizara inversiones en deuda pública, y para certificar la inversión le entregó un documento con el anagrama de Bankoa realizado por el acusado, en el que se detallaba la supuesta inversión, que no era real. 11.- Carlos Francisco, le entregó un importe total de 292.000,00 €. D. Carlos Francisco tenía una gran amistad personal con el acusado al haber trabajado en diversos bancos, y que le venía asesorando en inversiones, y en esa confianza entregó para invertir en deuda pública desde el año 2012 a 2016 un total de 242.000 euros, y junto con ello recibió también otras 50.000 €. Así le entregó a través de transferencias bancarias desde sus cuentas en Bankinter 7 y 4 desde su cuenta del Banco Sabadell a la entidad Bankinter, al número de cuenta NUM001, de la es titular Brokers Financieros De Navarra y a la de Bankoa, cuenta número NUM002 de Gestores, entregándole documentación con membrete de Bankoa, realizada por él, así como documento de 15-1-15 de realizar transferencia desde Bankinter del depósito de 18.000 euros a la cuenta de Gestores en Bankoa para deuda pública. Las inversiones que aparentó realizar se justificaron mediante documentación que no era auténtica con el logotipo de Bankoa, un total de 11 hasta alcanzar el importe de 242.000 €. 12.- Ricardo y Natividad, dado que su hermano venían realizando inversiones con el acusado, realizó una entrega de dinero mediante transferencia bancaria al número de cuenta de la entidad Bankoa NUM002, por un importe de 15.000,00 € para que este último invirtiera el dinero en "deuda pública", inversión que se realizó el día 24 de abril de 2017 y en ese momento el acusado le entregó un documento realizado por él que simulaba ser de la entidad Bankoa en la que se detallaba su inversión. 13.- Mónica, dadas las inversiones que venía realizando su hijo, entregó al acusado un total de 188.000,00 € para realizar inversiones, las cuales se documentaron entre el Octubre de 2015 al mes de Abril 2017 con entregas de 60.000€, 40.000€, 30.000€ y 8.000€ y dos de 25.000 euros. Las entregas del dinero al acusado, se realizaron a través de transferencias bancarias a la entidad Bankinter, en concreto al número de cuenta NUM001, de la es titular Brokers Financieros De Navarra SL y a la de Bankoa con número NUM002 de Gestores desde su cuenta en B. Sabadell. El acusado una vez recibido el dinero que no tenía intención alguna de invertir y para justificar la supuesta inversión realizó documentos de Bankoa en los que certificaba la inversión en deuda pública hasta 138.000 €, no siendo real el documento, y dos certificados de 25.000 € de Bankinter. El acusado en concepto de intereses pago el 6-10-16 la cantidad de 1.725 euros y el 8-4-17 la de 1.468,7€. Dichos importes procedían de inversiones precedentes entregadas al Sr. Carlos Jesús antes de su cese como agente de Bankinter. 14.- Lidia entregó al acusado un total de 138.228 €. En un primer momento 62.228,32 €, mediante 5 operaciones, una inicial transferencia de 21.969,50 € (compra de arte) y el resto en efectivo; y el resto hasta completar los 138.228 € en ingresos en efectivo entre los días 5 de agosto de 2.009 y 20 de mayo de 2.017, de los cuales el día 3 de septiembre de 2.015 lo fue por importe de 5.000 €, el 17 de noviembre 2015 por importe de 8.000 €, el 17 de diciembre de 2.015 por importe de 5.000 €, el 21 de abril de 2.016 por importe de 5.000 €, los días 7 de junio y 1 de julio de 2.016 por importe de 9.000 €, el día 27 de octubre de 2.016 por importe de 5.000 €, el día 26 de noviembre de 2.016 por importe de 6.000 € y el día 30 de mayo de 2.017 por importe de 5.000 €); entregándole un documento de fecha 20-5-13 de la entidad Bankinter que justificaba depósitos a plazo fijo por 80.000 euros, en junio de 2014 por la cantidad de 8.000 euros, le entregó el acusado un certificado de Bankinter de la inversión. Y respecto los entregados a partir de Marzo de 2015 le entregó el acusado para acreditar estas inversiones unos recibos de Bankoa que el mismo realizaba, y que no eran auténticos, incluso en fecha el 16 de Junio de 2017 entregó a la Sra Lidia un documento con membrete de Bankoa en el que aparentaba certificar las inversiones que nunca había realizado. 15.- Estrella y Ovidio. El matrimonio formado por la Sra. Estrella y el Sr. Ovidio entregaron un total de 293.529 €, de los que 105.087,52 correspondían a



la Sra. Estrella y 188.441,48 € correspondían al Sr. Ovidio , si bien los documentos de entrega que les dio el acusado reflejaban el importe que recibirían con los intereses, un total de 315.000 €. La Sra. Estrella le entregó aquel importe en su casa, a donde acudió el acusado, en fecha 16 de marzo de 2.016, facilitándole el acusado documentación (hasta tres documentos), que no eran reales, con el membrete de Bankoa que justificaba las inversiones. Respecto de la cantidad entregada por el Sr. Ovidio lo hizo mediante tres ingresos entre los días 14 de abril de 2.015 y el día 13 de junio de 2.016, siendo uno por un cheque por importe de 175.000 € y el resto en efectivo, dándole cuatro certificados de deuda pública de Bankoa que no eran reales, si bien los importes tenían su origen en entregas ya realizadas anteriormente al Sr. Carlos Jesús antes de su cese como agente de Bankinter. 16.- Gabriela , debido a la relación de gran amistad que durante años tenían con él toda la familia, le entregó en diversas fechas para su inversión 661.364 euros, de los que pertenecían a sus hijas: Inocencia 100.319 euros, Gabriela y Olga a cada una en 230.169 euros, reservándose el usufructo de la cantidad total su madre la Sra Gabriela , y el resto hasta alcanzar el total indicado a nombre de las Sra. Gabriela . Para justificar que había realizado inversiones en deuda pública le iba entregando diversa documentación (hasta 3) con membrete de Bankoa que simulaba ser de la entidad, para certificar inversiones por valor de 130.000 euros, 130.000, 18.000 y 82.857 euros, titularidad de las tres hermanas y su madre. Con membrete de Brokers Financieros el 29-2-16 entregó una documento que acreditaba inversiones en deuda pública de Bankoa por valor de 300.507 euros, y con esa misma fecha otros documentos (hasta 4) que supuestamente acreditaba la inversión en "euroipf" por valor de 360.857,70 euros. El acusado fue pagando en mano intereses a la Sra. Gabriela en cuantía que no consta. Todos los importes tenían su origen en entregas ya realizadas anteriormente al Sr. Carlos Jesús antes de su cese como agente de Bankinter. 17.- Roque y Guadalupe , le entregaron en efectivo 100.000 €, mediante tres entregas realizadas entre los días 12 y 18 de septiembre de 2.014, las dos primeras y el día 12 de noviembre de 2.016 la última por importe de 25.000 €, realizando todas las gestiones en la oficina que el acusado tenía en Avenida de Galicia, entregándole el acusado documentación (hasta cuatro) con el membrete de Bankoa, que no era real. 18.- Alejandra y Maximino , el día 5 de enero de 2017 entregaron al acusado en su oficina de la Avda. Galicia nº 11 un total de 26.000,00 €, en efectivo para que el mismo realizara inversiones en distintos productos bancarios. Para justificar la inversión el acusado les entregó un documento realizados por él con el membrete de la entidad Bankoa que no era cierto. 19.- Penélope , nacida el NUM003 -27, tenía un gran amistad personal con el acusado por lo que como agente de Bankinter le hizo entregas en sucesivas ocasiones de diversas cantidades de dinero en efectivo entre los años 2.002 a 2.008, hasta alcanzar la cantidad total de 1.871.673,26 €, en la creencia de que se invertiría, lo que no hizo el acusado, el cual entregaba anualmente a la Sra. Penélope documentación creada por él, un documento con el membrete de Bankoa, que no era cierto, en el que hacia constar a efectos de declaraciones tributarias, las inversiones que le había realizado y tenía la Sra. Penélope en cada anualidad, desde el año 2.008 hasta el año 2015. En dichos documentos de Bankoa (hasta un total de 12, 11 correspondientes al año 2.015 y 1 correspondiente al año 2.012) se hacía constar las imposiciones a plazo fijo que supuestamente tenía la Sra. Penélope concretamente de 210.000 euros, otra de 120.202,42 euros, otra de 210.353,66 euros, otra de 170.000 euros, otra de 180.000, de 121.117,18 euros, de 225.000 euros, de 250.000 euros, de 215.000 euros y de 160.000 euros, sin que conste que efectivamente el documento correspondiente al año 2.015 se incorporase a algún expediente tributario. Junto a estas actividades de inversión financiera, el acusado se dedicó también en dicho periodo a la compra y venta de arte. En el mes de diciembre de 2.004 adquirió la entidad "Subastas Appolo" SL en el año 2004, sociedad que tenía su sede en Bilbao, si bien en el año 2009 la trasladó a Pamplona, en Avda. Galicia nº 11, pasando a formar parte y realizar las gestiones bajo la entidad "Gestores Financieros de Navarra" SL (Gestores Arte y Finanzas). En el año 2012 "Subastas Appolo" SL paso a formar parte de la sociedad "Arte y Finanzas de Navarra" SL, que fue creada el 20-6-12 y en la que figuraban como socios Avelino , Sabina (Socios de la Asesoría Asgen, quienes llevaban la contabilidad del acusado y sus sociedades), con un 45% cada uno y el acusado con un 10%. En Diciembre de 2012 Avelino y Sabina vendieron sus participaciones al acusado, que paso a tener un 55% y a la entidad "Brokers Financieros" con un 45%, siendo nombrado administrador único en esa fecha el acusado. La actividad de esta entidad era compraventa, subasta y depósito de arte y antigüedades en general, si bien el acusado era el titular real de la entidad; actividad que la entidad Bankinter conocía que realizaba mientras era agente de la misma".

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

"Se absuelve al acusado Carlos Jesús , del delito falsedad en documental oficial, así como del delito de Blanqueo de capitales (en concurso medial con un delito de falsedad contable), de que era acusado declarando de oficio las costas causadas respecto de dichos delitos. Se condena al acusado Carlos Jesús , como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada concurriendo la atenuante de confesión a la pena de 8 años y 6 meses de prisión y multa de 20 meses, con una cuota diaria de 6 €, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la cualquier actividad de administración de sociedades civiles y mercantiles durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas causadas por



dichos delitos, incluidas las de las acusaciones particulares. Debiendo indemnizar a los perjudicados en las siguientes cantidades: 1.- D. Leovigildo 798.000 €, y Dña. Belen , 141.138,40 €. 2.- Claudia 769.402,40 €. 3.- Fabio y Rosario 130.000 €. 4.- Isidro 50.000 €, 5.- Juan Ignacio , de 15.000 €, 6.- Higinio 272.620,50 €. 7.- Fidel 15.000 €. 8.- Coro 561.258,75 €, 9.- Cristina , 155.000 €, 10.- Cesareo 15.000,00 €. 11.- Carlos Francisco , 292.000,00 €, 12.- Ricardo y Natividad , 15.000,00 €. 13.- Mónica 188.000,00 €. 14.- Lidia 138.228 €. 15.- Estrella y Ovidio 293.529,51 €. 16.- Gabriela 661.364 €. 17.- Roque y Guadalupe , 100.000 €. 18.- Alejandra y Maximino 26.000,00 €, 19.- Al heredero de Dña. Penélope , D. Pablo un total de 1.871.673,26 €. Los importes reconocidos a los perjudicados Fabio y Rosario (3), Isidro (4), Juan Ignacio (5), Higinio (6) y Fidel (7) y Lidia (14), devengarán el interés legal del dinero desde la fecha del auto de apertura del juicio oral hasta su completo pago. Importes todos ellos (incluido el interés de demora) que devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la LECivil, desde la fecha la presente resolución hasta su completo pago. De estos importes se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Brokers Financieros de Navarra SAL y de Gestores Financieros de Navarra SA, así como la responsabilidad civil subsidiaria de Bankinter respecto de las cantidades recogidas anteriormente, salvo respecto de las reconocidas a Cesareo (10) 15.000,00 €, a Ricardo y Natividad (12), 15.000,00 €, y a Alejandra y Maximino (18) 26.000,00 €, de las que se absuelve a Bankinter. Se absuelve como responsables civiles subsidiarios a Bankoa y a Banco Sabadell SA, declarando de oficio las costas que se hubieran ocasionado a las mismas. La presente resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que deberá formalizarse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a la notificación de la misma".

La anterior sentencia fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que con fecha 31 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"1º.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Araiz Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos Jesús , de Brokers Financieros de Navarra S.L. y de Gestores Financieros de Navarra S.L., contra la sentencia 269/2019, de 16 de diciembre de 2019, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, dictada en su Procedimiento Abreviado número 274/2019, confirmando la misma. 2º.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María José González Rodríguez, en nombre y representación de BANKINTER S.A., contra la mencionada resolución. 3º.- Que debemos desestimar y desestimamos la adhesión supeditada a la apelación formulada por el Procurador D. Miguel Leache Resano, en nombre y representación de D. Pablo , contra la mencionada sentencia. 4º.- Se declaran de oficio las costas causadas en el recurso de apelación. 5º.- Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley. 6º.- Una vez firme que sea, devuélvase la causa a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de procedencia, con testimonio de la presente resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones del Responsable Civil **BANKINTER, S.A.** del acusado D. Carlos Jesús y de los Responsables Civiles **BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.** y **GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.**, y recursos de casación por adhesión de la Acusación Particular **D. Pablo**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del Responsable Civil **BANKINTER, S.A.**, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primero.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., por entender que no concurren los requisitos para condenar a mi representada como responsable civil subsidiaria ex artículo 120.4 C.P.; y por infracción de precepto constitucional del art. 852 L.E.Cr., en relación con el art. 5.4 L.O.P.J., al considerar que la sentencia vulnera derechos fundamentales establecidos en el art. 24 de la C.E.

Segundo.- Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por entender que, en el hipotético caso de apreciarse la responsabilidad civil subsidiaria, se habría producido una indebida aplicación del art. 120.4 del C.P. en el cálculo de la misma.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Jesús y Responsables Civiles **BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.** y **GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.**, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



Primero.- Por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos constitucionales. En el presente motivo de casación discrepamos de la condena a nuestro representado en lo referente a los hechos relativos a la perjudicada Dña. Penélope considerados por el Tribunal Sentenciador y por el Tribunal de Apelación como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1 (1 y 2) del Código Penal, en concurso medial del artículo 77.3 del Código Penal, con un delito continuado de estafa del artículo 248 y 250.5 y 6 del mismo texto legal, cuando no ha existido prueba suficiente capaz de enervar el principio de presunción de inocencia que ampara a nuestro representado y consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales. En el presente motivo cuestionamos la no apreciación de la atenuante muy cualificada de confesión de la infracción del artículo 21.4 del Código Penal. El juicio de inferencia sostenido por el Tribunal Sentenciador y el Tribunal de Apelación es erróneo y procede, en el caso que nos ocupa, la aplicación de la atenuante muy cualificada de confesión de la infracción del artículo 21.4 del Código Penal.

Tercero.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales. En el presente motivo cuestionamos la no apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal. El juicio de inferencia sostenido por el Tribunal Sentenciador es erróneo y, procede, en el caso que nos ocupa, la aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal.

Cuarto.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales. En el presente motivo de casación denunciarnos que la Sentencia objeto de casación ha incurrido en infracción de precepto legal en la determinación de la responsabilidad civil, por cuanto que en la determinación de la misma no se descuentan las cantidades devueltas por mi representado en concepto de devolución de intereses, cuando lo correcto habría sido su descuento.

Quinto.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales. En el presente motivo de casación denunciarnos que la Sentencia objeto de casación ha incurrido en infracción de precepto legal en la determinación de la pena, siendo incorrecta la imposición a nuestro representado de una pena de 8 años y 6 meses de prisión un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1 (1 y 2) del Código Penal, en concurso medial del artículo 77.3 del Código Penal, con un delito continuado de estafa del artículo 248 y 250.5 y 6 del mismo texto legal, cuando lo correcto sería la imposición de una pena notablemente inferior de conformidad con la motivación que expondremos en el cuerpo del presente motivo de apelación.

III.- El recurso de casación por adhesión interpuesto por la representación de la Acusación Particular D. Pablo al **recurso de casación del Responsable Civil Bankinter, S.A.**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Formulamos este motivo de adhesión al recurso de casación interpuesto de adverso al amparo de lo autorizado por el cuarto párrafo del artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con ocasión de instruirnos del recurso interpuesto de adverso como permite su inciso final, invocando como motivo de nuestra adhesión a la casación el previsto en el ordinal 1º de su artículo 849, denunciando la infracción legal por inaplicación del artículos 4, apartado 1 del artículo 394 y apartado 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV.- El recurso de casación por adhesión interpuesto por la representación de la Acusación Particular D. Pablo al **recurso de casación** del acusado Carlos Jesús , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Formulamos un primer motivo de adhesión al recurso de casación interpuesto de adverso al amparo de lo autorizado por el cuarto párrafo del artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con ocasión de instruirnos del recurso interpuesto de adverso como permite su inciso final, invocando como primer motivo de nuestra adhesión a la casación el previsto en el ordinal 1º de su artículo 849, denunciando la infracción legal por aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 21 del Código Penal.

Segundo.- Formulamos este segundo motivo de adhesión al recurso de casación interpuesto de adverso al amparo de lo autorizado por el cuarto párrafo del artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con ocasión de instruirnos del recurso interpuesto de adverso como permite su inciso final, invocando como este segundo motivo de nuestra adhesión a la casación el previsto en el ordinal 1º de su artículo 849, denunciando la infracción legal del ordinal 4º del artículo 21, de los artículos 61, 66, 70, 71, 74 y 77, del artículo 253, en relación al artículo 249 y ordinales 5º y 6º del apartado 1 del artículo 250, y artículo 392 del Código Penal, siendo estas infracciones las de las reglas de aplicación de la pena a imponer al Sr. Carlos Jesús por los delitos cometidos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, y del Rº adhesivo de Pablo , impugnó los mismos, y solicitó la desestimación del recurso supeditado, dándose igualmente por instruidas las



representaciones de la Acusación Particular Fabio , Fidel , Juan Ignacio , Higinio y Isidro , que se opuso a los recursos de Bankinter, S.A., de Carlos Jesús , de Brokers Financieros de Navarra, S..L. y de Gestores Financieros de Navarra, S.L.; de la Acusación Particular Belen en nombre propio y como heredera de Leovigildo , que impugnó los recursos; de la Acusación Particular Claudia , Coro , Cristina , Ovidio , Estrella , Roque , Guadalupe , que impugnó el recurso de Bankinter, S.A. y el del acusado Carlos Jesús ; de la Acusación Particular Pablo que impugnó la admisión del recurso de Bankinter, adheriéndose a los otros recursos interpuestos y formulando recurso de casación por adhesión e impugnando también y oponiéndose al recurso del acusado Carlos Jesús , quien formuló también recurso de casación por adhesión; del acusado Carlos Jesús , Brokers y Gestores Financieros de Navarra, que se dieron por instruidos del recurso de Bankinter; y de la Acusación Particular Lidia , Carlos Francisco y de la herencia yacente de Mónica , que solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación de los recursos del acusado Carlos Jesús , Brokers y Gestores Financieros de Navarra y de Bankinter.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 22 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones procesales de Carlos Jesús , BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L. Y GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L, BANKINTER, S.A., y los por adhesión de Pablo contra la sentencia del TSJ de Navarra nº 8/2020, de fecha 31 de julio de 2020.

RECURSO DE Carlos Jesús , BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L. Y GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L

SEGUNDO.- 1.- Por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos constitucionales.

Se alega la insuficiencia de las pruebas valoradas por el tribunal, en orden a entender acreditados los hechos proclamados como probados, especialmente los que dicen relación a la situación de la señora Penélope . Sin embargo, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona que valoró la prueba practicada a su presencia y que dictó condena para el ahora recurrente por delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de estafa.

Esta sentencia fue confirmada por el TSJ de Navarra al desestimar el recurso deducido por el recurrente, y llevó a cabo un análisis del juicio de racionalidad de la valoración probatoria llevado a cabo por el tribunal de instancia.

Sin embargo, lejos de la alegada ausencia de prueba hay que reseñar que se ha dado debido cumplimiento a la fijación de la prueba de cargo concurrente. Lo que no tiene cabida en este punto es que se refiera el alegato simplemente a la "ausencia de conformidad" del recurrente a cuál ha sido la valoración probatoria, pero más que nada porque disiente del resultado valorativo, que no es lo mismo que la queja por vulnerar la presunción de inocencia, ya que no es lo mismo la "ausencia de prueba de cargo relevante", que la disparidad con el resultado que ofrece el tribunal a la prueba que se ha practicado y cuál es su valoración. Y ello, por cuanto tiende a efectuarse este alegato con frecuencia mostrando el distinto parecer de cuál ha sido la valoración probatoria, cuando la efectuada es la que es, y lo que plantea el recurrente es su mera "disidencia", lo cual no puede tener encaje en el aspecto relativo a la vulneración de la presunción de inocencia que llega y aparece cuando se condena sin prueba de cargo, o sin su reflejo y debida motivación en la sentencia, ya que el acusado tiene derecho a saber por qué se le condena y que ese conocimiento esté basado en pruebas concurrentes y suficientes para enervar la presunción de inocencia, que es lo que en este caso sucede. Que no esté de acuerdo en el resultado de la valoración de la prueba y su reflejo en dos sentencias previas no da pie a la casación postulando una nueva revisión.

No puede entenderse, por ello, que plantear la vulneración de la presunción de inocencia puede circunscribirse a la elección por parte del recurrente de la prueba que tuvo que ser valorada en un sentido o en otro por parte del Tribunal. El planteamiento de este motivo se circunscribe tan solo a la constatación fehaciente de que no ha habido prueba de cargo suficiente para el dictado de la condena, y no a un proceso de selección por parte del recurrente de cuál tuvo que ser la prueba a reflejar por el Tribunal en la sentencia y su distinto análisis por el TSJ e virtud de la apelación por este motivo. Ahí quedó el margen de la "disidencia". Por ello, este motivo no es un proceso de selección de la prueba del recurrente, respecto a cuál y cómo debe ser valorada, sino la constatación de que existe prueba de cargo como en este caso concurre y ha sido explicitada.



De todos modos, suele plantearse con frecuencia en sede de recurso de casación la presunción de inocencia cuestionando de nuevo ante el Tribunal Supremo que lleve a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria que ya ha tenido efecto ante el TSJ en virtud del recurso de apelación.

Pero el planteamiento de la presunción de inocencia en casación no puede consistir en volver a plantear que se opte en la sentencia de casación ante el recurso deducido por la forma en que debió valorarse la prueba por el tribunal de instancia, cuando ya eso si ha sido misión del TSJ en virtud del recurso de apelación.

Cierto y verdad que es posible el análisis de la suficiencia en cuanto a la constancia de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero ello no lleva a un nuevo proceso valorativo por el Tribunal Supremo, sino al análisis de la racionalidad de la valoración probatoria reflejada por el TSJ en su sentencia de apelación.

Llevar a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria supone hurtar la virtualidad de la casación cuando ya habido una previa sentencia de apelación por el TSJ, en virtud de la reforma procesal que estructura la interposición de un recurso de apelación entre la sentencia de instancia y el recurso de casación.

El enfoque que debe darse al planteamiento de la presunción de inocencia por la vía de los artículos 852 de la ley de enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución solo puede llevarse a cabo bajo el marco de cómo ha resuelto el TSJ su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y qué respuesta ha dado al planteamiento que se hizo en el recurso de apelación con respecto a la valoración de la prueba, así como si, efectivamente, había suficiente prueba de cargo para dictar sentencia condenatoria, o la de descargo tendría virtualidad relevante para contrarrestar la prueba de cargo mantenida y sostenida por la acusación.

Es de esta manera como debe realizarse el enfoque de la casación por la vía de la presunción de inocencia y no postulando una repetición de cuál ha sido la prueba de descargo que se propuso y practicó ante el tribunal de instancia. Con ello, la repetición mimética de cuál fue la prueba de descargo y la negativa a aceptar el valor dado a la de cargo, que ya se expuso ante el TSJ, no pueden servir de cauce para enfocar la forma de plantear la presunción de inocencia en sede casacional.

Así, el motivo planteado por la vía de la presunción de inocencia en el recurso de casación tienen enfoque directo con respecto a cómo resolvió el TSJ ese mismo motivo en el recurso de apelación, y es ante esa respuesta sobre la que se debe verificar el motivo de la presunción de inocencia, y no mediante un regreso a la valoración de la prueba en el tribunal de instancia, que debe dejarse aparte para introducirse en ese análisis de la racionalidad de la valoración probatoria que efectuó el TSJ en la sentencia. Y es desde ese punto de partida donde se enraíza el planteamiento del motivo de casación ante el Tribunal Supremo, porque la perspectiva del regreso a la valoración llevada cabo por el tribunal de instancia supone desoír el nuevo enfoque de la casación respecto de la presunción de inocencia tras la existencia un recurso de apelación.

En consecuencia, el enfoque en este caso es el siguiente:

Uno.- Valoración de la prueba por el tribunal de instancia de la practicada en el juicio oral.

Dos.- Análisis de la valoración probatoria por el TSJ en virtud del recurso de apelación respecto a la valorada por el tribunal de instancia.

Tres.- Análisis de la racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el TSJ en virtud del recurso de apelación.

Consta, por todo ello, en los hechos probados y el cotejo en la prueba practicada referenciada por el tribunal de instancia y validada por el TSJ, tras su análisis por motivo del recurso de apelación, que:

"Después de haber desarrollado su actividad profesional en bancos, pasó a desarrollar labores financieras por su cuenta, para lo que constituyó sociedades que concertaban los contratos de agencia con dichas entidades.

En el período de autos actuó como agente de Bankinter, con oficina y anagrama de dicha entidad, lo que hizo mediante una sociedad que administraba, y suscribió el contrato de agencia, funcionando como sucursal del banco, con sus logotipos y documentación, salvo que no podía manejar efectivo.

Asimismo, realizó labores de agente de Bankoia a través de otra sociedad constituida por un amigo que la pasó las acciones. Dada la actividad financiera que había realizado y aprovechando la confianza que generaba, al figurar como agente de Bankinter consiguió que un número de personas le confiaran dinero para invertir".

Por ello, y aprovechándose de esa confianza:

1.- El recurrente, con ánimo de obtener un lucro ilícito y aprovechando dicha confianza recibió dinero que consta referenciado con detalle en los hechos probados con mención de personas y cuantías.



2.- Para dar visos de realidad a la inversión, les entregaba certificados de imposición no auténticos con logotipo de Bankoa, elaborados por él, sin conocimiento de la entidad, sin que conste que los hiciera cuando era agente colaborador de Bankoa, en los que se indicaba que el dinero lo invertiría en deuda, y en la que se comprometía a pagar un interés que en algún caso pagó con fondos de otras personas, sin que se realizaran las inversiones.

3.- El dinero unas veces le era entregado en efectivo o cheque en la oficina que tenía como agente de Bankinter, otras veces le era remitido por transferencia a cuentas del acusado o sus sociedades, sin que las destinase a los fines para los que fue entregado, habiendo entregado a dichas personas importes en concepto de intereses, para que siguieran invirtiendo.

4.- Se ha valorado, en orden a entender acreditados los referidos hechos, la documentación obrante en autos, en la que figuran recibos entregados a algunos clientes en los que se alude a esculturas o colecciones.

Pues bien, discrepa el recurrente de las conclusiones a las que llega el TSJ respecto a la perjudicada Sra. Penélope, si bien hay que matizar que ello lo es respecto a la prueba que ya tuvo en cuenta la Audiencia Provincial en su sentencia, y que en virtud del recurso de apelación el TSJ ya analizó y concluyó.

No puede pretenderse, por ello, ahora en sede casacional convertirla en una "pretensión del recurrente" con el motivo basado en presunción de inocencia instar de esta Sala una nueva revisión de la valoración probatoria, ya que no se trata de volver a incidir en que se valore de una manera distinta la prueba practicada, sino en si existió prueba de cargo para la condena con respecto a esta perjudicada, lo cual concurre como especifica el TSJ en su sentencia al analizar la prueba de cargo concurrente y la cita de testigos que ahora cuestiona el recurrente pretendiendo llevar a cabo una valoración distinta con respecto a lo que expusieron, lo cual queda acotado ya en sede de recurso de apelación.

El recurrente incide en el contenido de las declaraciones de testigos y cuál debió ser la valoración, tanto del Tribunal de instancia como del TSJ, pero existiendo ya dos procesos de valoración del contenido de las pruebas no es viable utilizar el presente motivo para reclamar un cambio en la valoración de determinadas declaraciones realizadas en el juicio oral, valoradas por el Tribunal de instancia y revisado todo ello por el TSJ en el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria.

Lo que se verifica es si había prueba de cargo, y esta ha sido expuesta por el TSJ de forma detallada, aunque no se admite por el recurrente en cuanto a la valoración que se realiza de las testificales llevadas a cabo y tenidas en cuenta por los tribunales. La vía casacional, por ello, no consiste en una "nueva oportunidad" de revisar el contenido de las declaraciones y extraer de ello conclusiones distintas.

De esta manera, el recurrente concluye que las declaraciones que extensamente cita "están sacadas de contexto y se han realizado las alegaciones basándose en frases concretas sin analizar toda la declaración."

Pues bien, ello supone una "distinta valoración del contenido de las declaraciones", en base a lo cual el recurrente niega en una extensa exposición la existencia de la estafa y que la documental que cita impide la condena por este delito. Sin embargo, el TSJ apunta con respecto a la existencia del fraude de la señora Penélope que es la primera persona engañada y de la que más dinero se obtiene.

Señala el TSJ que el recurrente "se aprovechó de una señora de edad avanzada, con la que tenía amistad y confianza desde hacía varios años, a la que hacía firmar impresos de reintegro de cantidades importantes de dinero que luego se hacían efectivas en la oficina principal de Bankinter por parte de la señora acompañada, o no, de él mismo, y que recibía el dinero para su inversión en activos financieros, pero que lo dedicaba a su beneficio particular, entregando periódicamente a la estafada unas cantidades, que él denomina intereses, pero que no eran sino parte del capital, con la finalidad de mantener el engaño".

No se trataba, pues, de la existencia del apoderamiento concreto, sino del ardid empleado de forma constante para "convencer" a la señora a que llevara a cabo las operaciones para su fin delictivo ideado por el recurrente. Y ello lo obtiene por deducción el tribunal de instancia de la prueba testifical que se cita y explica y que ha sido analizada y detallada por el TSJ, que es de lo que discrepa el recurrente. Pero ello no tiene una especie de "tercera puerta" abierta en sede casacional para volver a rebatir y analizar el alcance de la prueba testifical ya revisada y analizada por el TSJ, lo que no cabe en sede casacional en un marco de instar una "revisión" del alcance de esa valoración, sino si existía prueba de cargo, que ha sido destacada con profusión por ambos tribunales. La discrepancia valorativa de la testifical no tiene cabida, pues, en el marco de la presunción de inocencia en sede casacional.

El recurrente le hacía firmar reintegros que se convertían en efectivo en la oficina principal de Bankinter, que aquél destinaba a su beneficio particular, entregando periódicamente a la perjudicada parte de dichas sumas como si fueran intereses, para mantenerla engañada. Se han valorado para ello las declaraciones testificales



realizadas en el juicio oral, analizadas por el tribunal de instancia y revisadas por el TSJ, que es de lo que discrepa el recurrente.

Con respecto a la pretensión dirigida a que no existía delito de estafa se recoge con acierto en la sentencia del TSJ que: "Estamos ante un evidente engaño, que configura un delito de estafa, y en absoluto ante una apropiación indebida, como en algún caso apunta la defensa. Desde el primer momento, todas y cada una de las cantidades entregadas por la Sra. Penélope al acusado lo fueron fruto de un engaño persistente durante varios años, como bien resalta la sentencia impugnada con una fundamentación que aquí no cabe sino ratificar."

Y con respecto al apoderamiento que se indica por el recurrente que existía para llevar a efecto las operaciones ha sido descartado por ambos Tribunales su veracidad, lo cual es, además, impugnado de forma concreta en la impugnación al recurso del recurrente por su inexistencia material, aunque con apariencia formal, pero cuyo contenido real es distinto, lo cual sirve para descartar la realidad de ese apoderamiento que reclama existir el recurrente, al añadir el TSJ que:

"De nada sirven en este punto los apoderamientos que exhibió el acusado, uno manuscrito y firmado (de fecha 28 de mayo de 1997), y el otro escrito a máquina y solo firmado (de fecha 16 de diciembre de 2008), por la Sra. Penélope, pues, como bien señala la sentencia de la Audiencia Provincial, los poderes tenían el alcance en los mismos contenidos (limitado a determinados bienes, según su procedencia) y, en ningún caso, evidentemente, autorizaban al acusado a utilizarlos en su propio beneficio."

El recurrente diseña una estrategia de fraude permanente para hacer creer a los inversores que destinaba el dinero para darles beneficios económicos a los perjudicados, cuando lo hacía en el suyo propio, y de ahí la existencia de la condena.

El recurrente, además, no cuestiona la valoración por la vía del art. 849.2 LECRIM, sino por presunción de inocencia, lo que solo conlleva a la apreciación de la existencia de prueba de cargo, que concurre, como es verificada por el TSJ en torno a la abundante testifical que pretende ser valorada por el recurrente de otra manera y que no tiene ahora encaje en sede casacional. Y tampoco sostiene el motivo por la vía de infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM en cuanto a su alegato acerca de si se trata de apropiación indebida, y no de estafa, centrando su expositivo en la vía de la presunción de inocencia, aunque el rechazo de ambos tribunales a excluir la existencia del delito de estafa conlleva la desestimación de la alegada prescripción.

El TSJ concluye que "estamos, única e íntegramente, ante una estafa piramidal... todo forma parte del fraude, de una farsa en base a la que el acusado se hizo mediante engaño con importantes cantidades de dinero de personas de su confianza, con las excusas o artimañas que fueran, con la única finalidad de destinarlas a su beneficio particular."

Así, la estafa es evidente, ya que se refiere que "Lo cierto es que el acusado se aprovechó de una señora de edad avanzada, con la que tenía amistad y confianza desde hacía varios años, a la que hacía firmar impresos de reintegro de cantidades importantes de dinero que luego se hacían efectivas en la oficina principal de Bankinter por parte de la señora Penélope acompañada, o no, del acusado, que recibía el dinero para su inversión en activos financieros, pero que lo dedicaba a su beneficio particular, entregando periódicamente a la estafada unas cantidades, que él denomina intereses, pero que no eran sino parte del capital, con la finalidad de mantener el engaño".

Ni que decir tiene que en este iter operativo, la concurrencia de los elementos de la estafa son evidentes, y aunque no se formula el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, no existe duda alguna de la concurrencia de los elementos que esta Sala ha reiterado constantemente. Con independencia de que, como bien se sostiene por la impugnación del recurso, no tiene cabida este alegato cuando el motivo lo es por presunción de inocencia, y que si se hubiera formulado por infracción de ley exige el respeto de los hechos probados que describen el delito por el que ha sido condenado de delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de estafa.

Y al respecto ya se concretó por el TSJ que: "Estamos ante un evidente engaño, que configura un delito de estafa, y en absoluto ante una apropiación indebida, como en algún caso apunta la defensa del acusado. Desde el primer momento, todas y cada una de las cantidades entregadas por la Sra. Penélope al acusado lo fueron fruto de un engaño persistente durante varios años, como bien resalta la sentencia impugnada con una fundamentación que aquí no cabe sino ratificar".

De esta manera, por la vía del motivo que se plantea existe prueba de cargo bastante para entenderse enervada la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.



TERCERO.- 2.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales.

Se cuestiona por el recurrente la no apreciación de la atenuante muy cualificada de confesión de la infracción del artículo 21.4 del Código Penal.

Pues bien, el TSJ destaca que "se puede afirmar que *la aplicación en este caso de la atenuante de confesión se antoja generosa*, no obstante lo cual debe ser aquí ratificada, en beneficio del reo, pues igualmente debe afirmarse que se cumplen los requisitos recogidos en el precepto legal, es decir, confiesa el delito a las autoridades antes de que se dirija el procedimiento, si bien es cierto que en este tipo de delitos, una estafa piramidal, la confesión se produce habitualmente cuando el delincuente se siente acorralado y sin ninguna posibilidad de escapatoria, como sucedió en el presente caso, y no fruto de un arrepentimiento madurado durante años, como pretende hacer creer, y buena prueba de ello es su actitud meses o semanas antes, con el percibo de una cantidad para inversión por parte de una de sus víctimas y que destina a la compra de un turismo, o con la venta de uno de sus dos barcos. Si la apreciación de esta atenuante como simple la hemos calificado de generosa, ni que decir tiene la improcedencia de considerar la misma como atenuante muy cualificada."

La sentencia de la Audiencia Provincial admite la concurrencia como simple de la atenuante al hacer constar que "La declaración de autoinculpación del acusado antes de la efectiva apertura de un procedimiento contra él, se haya incorporada a los autos, y la misma como refirió el agente de la GC les ayudó a localizar a los perjudicados, y que creía que estaba como perjudicados todos los que estaban en la autoinculpación. Ello revela a juicio de la Sala que concurre la atenuante de confesión, del artículo 21. 4ª del C. Penal."

Hay que hacer constar la relevancia de la expresa mención del TSJ en cuanto a que no se trató de una expresa declaración voluntaria ex novo, sino que "cuando el delincuente se siente acorralado y sin ninguna posibilidad de escapatoria, como sucedió en el presente caso, y no fruto de un arrepentimiento madurado durante años, como pretende hacer creer, y buena prueba de ello es su actitud meses o semanas antes, con el percibo de una cantidad para inversión por parte de una de sus víctimas y que destina a la compra de un turismo, o con la venta de uno de sus dos barcos."

Con ello, viendo la situación existente es cuando se lleva a cabo. Por ello, se percibe un no reconocimiento absoluto de los hechos ocurridos y probados, lo que le aleja de la consideración como muy cualificada. Nos encontramos con una estafa piramidal perpetrada hasta momentos antes de un previsible inmediato descubrimiento de lo ocurrido y su plasmación, y que siguió haciéndolo con una conducta reciente.

Ahora bien, en las estafas piramidales llega un momento en que lógicamente no existe posibilidad de seguir realizando la *huida hacia adelante* que se perpetra por el autor de la estafa cuando no existen recursos para la continuación del ilícito penal que con el dolo ha propiciado el fraude a los perjudicados y solo queda la opción última de parar el iter seguido delictivo al encontrarse con las quejas desencadenantes de la aglutinación de los perjudicados frente al autor de la estafa piramidal.

No se trata de que en un momento determinado haya recapacitado y reflexionado de lo que estaba haciendo procediendo a la devolución inmediata, sino que cuando el desenlace final no es otro que el de la reclamación penal por el ilícito penal provoca la confesión que solamente puede tener el carácter de simple, pero no con el carácter de muy cualificada que reclaman este caso el recurrente.

El TSJ la ha calificado como "generosa" la confesión, lo cual ocurre en supuestos como el presente donde "la huida hacia adelante" de la estafa piramidal se torna ya en imposible, lo que invalida el carácter de muy cualificada.

Además, no olvidemos que se exige el requisito de la "veracidad de la información dada al confesar".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 157/2012 de 7 de marzo de 2012, Rec. 11365/2011 que:

"En efecto en relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 CP la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en SSTS 246/2011 de 14 de abril, 6/2010 de 27 de enero, 1238/2009 de 11 de diciembre, 25/2008 de 29 de enero, 544/2007 de 21 de junio, 1071/2006 de 9 de diciembre, ha puesto de relieve que la razón, la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en:

1. Dato objetivo:

El dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito.

2. Elemento cronológico.



Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos.

3. Procedimiento y su inicio.

En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS 21 de marzo de 1997 y 22 de junio de 2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación.

4. La veracidad de lo confesado.

Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS 22 de enero de 1997, 31 de enero de 2001).

Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra si mismo" y "a no confesarse culpable" puesto que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/87 de 25 de mayo)".

Sobre el concepto de la "veracidad" se recoge que en el caso de la confesión:

"Esta debe reunir los caracteres de ser veraz, clara y completa. Se impone una actuación veraz del responsable, una declaración sincera ajustada a la realidad, acerca de su participación en el delito.

Sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la aplicación de la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el factum, introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido.

Se desautoriza la confesión falsa, tendenciosa o equívoca".

Así:

1. La STS núm. 198/2004, de 18 febrero desestimó la aplicación de la atenuante porque la confesión era una admisión parcial y no relevante de los hechos;
2. La STS núm. 411/2003, de 17 marzo rechazó la atenuación porque la confesión no resultó veraz ni facilitó la totalidad de los datos necesarios para esclarecer los hechos;
3. La STS núm. 1479/2003, de 11 noviembre, no aplicó la atenuante porque los hechos resultan seriamente distorsionados en la versión que se ofrece de los mismos por el acusado; y
4. La STS núm. 612/2003 de 5 de mayo, rechazó la aplicación de la atenuante de confesión por haberse omitido datos esenciales en la declaración prestada ante la policía, resultando sesgada e incompleta la confesión.

"En los casos en que nos encontramos ante un supuesto de colaboración y auxilio con la Administración de Justicia, es necesario valorar las circunstancias y contenido de las confesiones y su incidencia sobre el desarrollo de la investigación procesal en marcha.

Con respecto a la cualificación viene determinada y se estima por:

- a. La espontaneidad y claridad de las manifestaciones
- b. Por el hecho de haber facilitado datos que, de otra forma, no se hubieran conocido o hubiera sido difícil conocer por las autoridades encargadas del caso.
- c. Por otro lado, la declaración tiene que ser plena y sin matices que enturbien las operaciones de investigación, facilitando todos los detalles necesarios para esclarecer los hechos (STS núm. 1116/2000, de 24 de junio).
- d. En este mismo sentido, concurrirá esa intensidad a la que se ha hecho referencia, superior a la que sería exigible para la aplicación de la atenuante simple en estudio, cuando se fundamente en las circunstancias personales del acusado y razones de justicia, tal es el caso de la STS núm. 394/2002, de 8 de marzo en que se aplicó esta circunstancia como muy cualificada teniendo en cuenta, además de la colaboración mostrada, la edad del acusado (apenas 20 años), la admisión de su culpabilidad y el deseo de resocialización que se desprendía de su actitud colaboracionista.



e. También tuvo aplicación esta circunstancia como muy cualificada cuando la conducta del autor, posterior a los hechos, rebasó de modo notable lo que por sí solo ya habría bastado para operar como atenuante simple, y así la STS núm. 1069/2003, de 22 de julio consideró como factor que justificó la estimación de la circunstancia como muy cualificada que el cadáver fue hallado al confesar el acusado e indicar el lugar donde se encontraba.

f. Las SSTS núm. 1234/2003, de 1 de octubre; núm. 66/2002, de 29 de enero; núm. 216/2001, de 19 febrero, y núm. 65/2001, de 29 de enero, que apreciaron esa especial intensidad en la colaboración del acusado con la justicia porque no sólo reconoció a las autoridades su infracción, sino que les proporcionó datos y colaboró en forma activa en las operaciones judiciales montadas para la localización y detención de otros partícipes en el delito, y que posibilitaron la condena de los responsables de la organización delictiva.

Supuestos de desestimación:

a. La no apreciación de esa relevancia o intensidad en la colaboración con la administración de justicia, y así las SSTS núm. 454/2004, de 6 de abril; núm. 466/2004, de 7 de abril; núm. 780/2003, de 29 de mayo; núm. 295/2001, de 2 de marzo, y núm. 116/2000, de 24 de junio, rechazaron su aplicación por considerar que la colaboración no fue total y espontánea, no teniendo relevancia ni fuerza intensiva.

b. Las SSTS núm. 202/2004, de 20 de febrero, y la núm. 167/2004, de 13 de febrero, entendieron que la aportación del acusado en su declaración no alcanzó ese grado de eficacia y contenido positivo requerido para la especial consideración como atenuante muy cualificada.

c. La STS núm. 1756/2003, de 2 de enero de 2004, no la apreció como muy cualificada por el fácil descubrimiento y esclarecimiento posterior de los hechos.

d. La STS núm. 780/2003, de 29 de mayo, no apreció la atenuante como muy cualificada porque aun confesando el crimen, no lo hizo con los detalles que rodearon su ejecución, hasta el punto de tener que recurrir el Tribunal a otros elementos probatorios y complementarios y a las pertinentes inferencias para acreditar la concurrencia de la alevosía.

e. También se ha desestimado su fuerza atenuatoria cualificada cuando tras la confesión de haber matado a un compatriota, luego quedó contradicha por un intento de atribuir a persona desconocida la causación del hecho en la STS núm. 647/2000, de 17 de abril".

Además, como se hace constar en la impugnación del recurso de casación del ahora recurrente por la representación procesal del Sr. Pablo no hay una confesión absoluta, sino negativa en hechos sustanciales y que se refieren a la cuantía más relevante de la estafa piramidal y nos encontramos ante un procedimiento global en el que hay matices relevantes que alejan del "merecimiento" del carácter de atenuante como muy cualificada, la cual tiene el supuesto excepcional de concesión judicial cuando existe un "plus" en el ahorro de actividad investigadora y procedimental que no se predica en el presente supuesto en donde se introducen matices de oposición y no aceptación que alejan la existencia del "ahorro procedimental investigador" y de las partes perjudicadas.

Como señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 678/2020 de 11 Dic. 2020, Rec. 10267/2020: "Resulta muy cuestionable que una confesión escasamente relevante e incompleta pueda ser suficiente siquiera para la apreciación de la atenuante ordinaria pero, desde luego, lo que no debe rechazarse de modo tajante es la posibilidad de que esa atenuación pueda ser apreciada como muy cualificada." Y es que existen supuestos como el presente en donde establecido el cerco de perjudicados por la imposibilidad de dar salida a la "trama de la estafa piramidal" podría caber la atenuante analógica, pero no la fijada con el carácter de muy cualificada cuando el desencadenante final resulta obvio ante los hechos producidos y, sobre todo, con cercanía temporal, de otro fraude en esa "huida hacia adelante" del autor de la estafa piramidal.

Se ha reconocido por esta Sala (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 10756/2019) que: "Con carácter general, ha de señalarse que la atenuante analógica de confesión solo podrá ser aplicada excepcionalmente como muy cualificada en los casos en los que la colaboración con la Justicia que supone la confesión de los hechos, a pesar de producirse después de que el procedimiento se dirija contra el culpable, tenga un significado muy especialmente relevante".

Y, lejos de ello, en este caso el TSJ reconoce que su aceptación ha sido "generosa" visto el escenario en el que se produjo con múltiples perjudicados conscientes de lo ocurrido, y en el caso de la persona fijada en el primer motivo con negativa absoluta del ilícito penal, e impugnación de su motivo por la perjudicada.

El recurrente actuó como es frecuente en casos análogos, ante la probabilidad del descubrimiento de su trama defraudadora y esa imposibilidad de "marcha atrás" que desembocaba en cualquier caso en lo que finalmente dio lugar al ser evidente la estafa piramidal llevada a cabo. Por ello, la intensidad de la confesión no alcanza, en modo alguno, el nivel que se predica por el recurrente.



Concluyente es a los efectos que ahora nos interesan la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 670/2005 de 27 May. 2005, Rec. 952/2004 en cuanto señala que:

"En efecto, la cualificación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal requiere una valoración del supuesto de hecho concreto a fin de verificar que en el caso objeto de enjuiciamiento alcanza una especial intensidad atenuatoria teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan concurrir para verificar esa especial intensidad de la atenuante en cuestión.

En el caso presente, la conducta "post delictum" del acusado se integra perfectamente en la atenuante simple aplicada por el Tribunal a quo y, desde luego, atendidos los datos periféricos concurrentes, no cabe aplicar la cualificación que se pretende, pues es palmario que el argumento que esgrime el recurrente según el cual sin la confesión del acusado el delito habría quedado impune no se sostiene, habida cuenta de que la cercanía temporal entre el primer robo y el segundo, el mismo "modus operandi" con la utilización en ambos casos de la misma careta y la misma pistola de aire comprimido, perfectamente reconocibles, abocaban a la identificación e imputación al acusado de ese primer acto depredatorio, y, por tanto, la confesión del mismo no alcanza la relevancia suficiente para cualificar la atenuante."

En casos como el que aquí nos ocupa el grado tan elevado de la estafa en estos casos y que da lugar al descubrimiento del fraude más pronto o más temprano impide la consideración de muy cualificada determinante de una elevada rebaja penal por el hecho de cometer un intenso fraude a múltiples perjudicados y poco después de hacer el último efectuar un reconocimiento cuando el "escenario final" penal es irremediable, por lo que cabe la atenuante de confesión simple, como se ha reconocido por el tribunal de instancia y admitido por el TSJ con la calificación de "generoso", pero sin que los hechos que postula puedan estar revestidos del relevante plus que se exige para que se asuma como muy cualificada esta atenuante.

Hemos señalado que (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 761/2007 de 26 Sep. 2007, Rec. 10251/2007) "La cualificación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal requiere una valoración del supuesto de hecho concreto, a fin de verificar si en el caso objeto de enjuiciamiento alcanza una especial intensidad atenuatoria, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan concurrir para verificar esta especial intensidad de la atenuante en cuestión (STS 27 mayo 2005)" y en este caso las circunstancias concurrentes no admiten el carácter que se predica en un camino delictivo con varios perjudicados en el que se encontraba en un punto sin retorno y con claro desenlace final y con perjudicados que, de una manera u otra, irían aflorando.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales.

Se postula la no apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal.

La sentencia de la Audiencia Provincial ya desestimó esta petición en el FD nº 4 señalando que "No concurre a juicio de la Sala, conducta del acusado dirigida a una efectiva reparación del daño, pues no se ha constatado un auténtico esfuerzo reparador, sin que por tal pueda tenerse una genérica afirmación de poner a disposición de los perjudicados sus bienes, cuando con posterioridad, presentó recurso contra la intervención de la ORActivos (Auto de fecha 24 de octubre de 2.018), que dio lugar al Auto nº 237/2.019 de 19 de julio de la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial de Navarra), que hubiera permitido avanzar en la gestión de los bienes que pudieran ser propiedad del acusado o sus sociedades por él gestionadas, sin que en definitiva se haya podido hacer efectivo bienes para que puedan responder del perjuicio, sin que pueda trasladarse la responsabilidad a terceros de la no efectiva ejecución, pues al margen de la diligencia o no que pudiera haber tenido otras personas o entidades, lo cierto es que tan solo existe esa puesta genérica de bienes a disposición, sin contenido real."

El TSJ, por su parte, señala de forma contundente en el FD nº 3 que:

"El acusado se autoinculpa a principios de junio de 2017, y en febrero percibe 15.000 euros para invertir en deuda pública y los utiliza para pagar un vehículo BMW y, asimismo, el 31 de mayo de 2017 vende uno de sus barcos. Es que, además, la vivienda que dice ofrecer está hipotecada, sus sociedades no poseen ni bienes ni dinero, los bienes de la nave de Mutilva, lo que denomina arte, en muchos casos no son de su propiedad y, al parecer, no valen lo que dice el acusado. Como colofón a lo anterior, se desconoce el paradero o el destino dado a los aproximadamente 6 millones de euros estafados. Es evidente que en estas condiciones y ante tales circunstancias, no es admisible una atenuante de reparación del daño, pues ni se ha producido ni se ha intentado tal reparación. Como ha señalado el Tribunal Supremo "...si la actitud del acusado se puede describir, a lo sumo, como de "no sustracción a la acción de la justicia", la misma no equivale a una colaboración con



ella que pueda ser considerada "intensa, relevante y útil", ya que no hay aportación de pruebas decisivas ni descubrimiento de fuentes relevantes de investigación de los hechos."

Señala el recurrente que "nuestro representado puso a disposición de los perjudicados todo su patrimonio, antes de la existencia de cualquier procedimiento policial o judicial contra él, reparando de forma significativa y relevante el daño causado por el delito, disminuyendo sus efectos y realizando un esfuerzo particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales". Pero es que "poner a disposición del perjudicado su patrimonio" no puede en modo alguno conllevar una atenuante de reparación del daño, y mucho menos con el carácter de muy cualificada.

Una frase relevante que debe destacarse en este caso es que "La reparación absoluta y colectiva" es la plasmación de la misma situación provocada entre el "antes" y el "después". Y ello se consigue mediante la íntegra reparación del daño que, o vuelve a la situación anterior al perjudicado, o le compensa por el causado. Y en nada puede admitirse para este fin en los delitos patrimoniales lo que el recurrente alega como "puesta a disposición", más aún en las circunstancias señaladas por el TSJ en su sentencia desestimando el motivo.

Las características que podemos citar respecto de esta atenuante son las siguientes:

1. Basta con que objetivamente se repare el daño ocasionado a la víctima o se aminore. La atenuante en cuestión ha sido objeto de nueva configuración en el Código Penal vigente de 1995.

El legislador ha sabido desprenderse de los impedimentos básicos que lastraban su efectiva operatividad. Ya no se exige, como en el Código de 1973, que el agente obre por impulsos de arrepentimiento espontáneo (circunstancia por otro lado difícilmente objetivable), al omitir el texto legal cualquier referencia a la voluntad o motivos del sujeto. Éste puede actuar a instancias de la recomendación hecha por un tercero o incluso con el exclusivo propósito de propiciarse un trato punitivo más benevolente.

2. Mayor atención a la víctima del delito. Estas modificaciones han ocasionado un desplazamiento de la operatividad de la atenuación hacia aspectos claramente objetivos que nos descubren el fundamento de la circunstancia. El legislador por razones utilitarias o de política criminal ha puesto sus ojos en la históricamente olvidada y desatendida situación de la víctima.

3. La atenuante encuentra campo abonado en su aplicación a los delitos contra el patrimonio. Aunque puede aplicarse también con facilidad en los delitos contra las personas para indemnizar a la víctima o sus herederos de los daños y perjuicios causados, incluidos los morales.

4. La reparación se verifica atendiendo a la capacidad del acusado. Surge aquí el aspecto subjetivo de la atenuante (actividad desplegada por el agente para reparar), uno de cuyos ingredientes sería la reparación en la medida de la propia capacidad. La sentencia del TS de 18 de octubre de 1999 ya apuntaba como elemento subjetivo el atender a la capacidad reparadora del sujeto.

5. Se admite que si no concurren todos los requisitos se pueda apreciar como analógica. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se consigna durante el desarrollo de las sesiones del juicio, aunque se admita la consignación el mismo día del juicio antes del inicio de las sesiones mediante presentación del resguardo de ingreso en la Sala.

6. Interpretación flexible. La atenuante del núm. 5 del art. 21 CP debe ser interpretada con la mayor flexibilidad, en el sentido de no poner cortapisas a la actitud reparadora del sujeto agente.

7. Es compatible con la atenuante de confesión del art. 21.4 CP. La razón de política criminal es ahora lograr el resarcimiento de la víctima, y de aquí que el lapso temporal sea mayor que en el art. 21.4. Desde luego, es compatible con esa otra atenuante de confesión; y si concurren las dos, es de aplicación la regla 2.ª del art. 66 CP.

8. La reparación debe ser voluntaria. Resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Pero esta colaboración del autor de los hechos a la reparación del daño ha de ser voluntaria, de modo que, por mucha objetivización que se pretenda dar a la atenuante no puede admitirse cuando, por ejemplo, se satisface la indemnización por requerimiento judicial vía arts. 589 y 783.2 LECrim.

Resulta importante la reflexión que hace al efecto del TSJ en cuanto señala que ante la cantidad importante total del perjuicio causado en un delito patrimonial del que ha existido una apropiación de cantidades por medio del dolo determinante de la estafa no se ha producido la devolución de lo indebidamente defraudado, y que ha ingresado al patrimonio del recurrente.



Además, ello no ha sido devuelto, por lo que difícilmente se puede aplicar una atenuante de reparación del daño causado en cantidades estafadas a los perjudicados que han pasado a formar parte del numerario del recurrente, y que, sin embargo, no han sido devueltas. Distintos son otros tipos delictivos contra la vida o integridad física de las personas en donde ya se refiere la indemnización a un quantum determinante del patrimonio del autor del delito, pero en donde no existe apropiación ninguna, e ingreso de cantidades económicas en poder del autor del delito, sino que opera como una indemnización cuantificada en razón a lesiones causadas, o daño moral derivado del delito cometido por una muerte, por ejemplo. En este caso ha habido una distracción de dinero y una no devolución del mismo, con lo que la simple puesta a disposición de un patrimonio no opera a los efectos de considerar y admitir la atenuante de reparación del daño causado, ni como simple y menos como muy cualificada.

Ello lleva consigo la desestimación, también, de la novedosa cuestión relativa a la petición de valoración de bienes o inventario, ya que si se pretende postular la reparación del daño debe ser el recurrente quien realice el pago directo a los perjudicados, pero no exigiendo una colaboración del tribunal para ello.

Además, hemos expuesto reiteradamente que las cantidades o los bienes embargados tampoco forman parte de una opción de un acusado de postular reclamar una atenuante de reparación del daño, ya que el pago ya hemos expuesto que debe ser voluntario, por lo que los bienes objeto de traba judicial no integran un elemento para poder instar la vía de la atenuante del art. 21.5 CP. Ni el juzgado debe llevar a cabo colaboración alguna para tasar bienes y facilitar su venta. Ni el juzgado ni el tribunal son "colaboradores" del acusado para facilitar la venta de bienes, y, con ello, el pago a los perjudicados.

Tampoco depende de los perjudicados que hayan sido ellos los que deban actuar para poder cobrar por los perjuicios sufridos y que su falta de "colaboración" deba determinar aplicar la atenuante. Tampoco se exige una "colaboración" del perjudicado para conseguir transformar bienes del autor en dinero con el que indemnizar a los perjudicados. Se trata de una actuación unilateral del autor del delito por la que debe indemnizar en tiempo y forma a los perjudicados. Y esto no ha ocurrido, lo que hace inviable la atenuante, como con acierto destacan ambos tribunales.

Tampoco tiene relevancia a los efectos de un motivo basado en infracción de ley vía art. 21.5 CP el alegato ex novo respecto al embargo de bienes de la nave de las obras. Y así se reconoce incluso al señalar en el motivo que: "este Letrado y su representado de forma honesta no efectuamos petición de ningún tipo más allá de solicitar la aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño dada la puesta a disposición de todos los bienes existentes a los perjudicados a los efectos de reparar en lo máximo todos los perjuicios generados."

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales.

Se alega por el recurrente que la sentencia habría fijado mal la cuantía de la indemnización procedente, por cuanto no habría deducido de dichas sumas las cantidades entregadas por el acusado a dichos perjudicados, "in tempore suspecto" y bajo el falso concepto de "intereses" retributivos de las fallidas inversiones, esto es, las sumas entregadas al recurrente por engaño.

Señala con acierto la sentencia del tribunal de instancia en el FD nº 6 que:

"No procede descontar del capital que se considera objeto del engaño los importes o posibles importes que recibieron o pudieron recibir alguno de los perjudicados, en concepto de intereses, como hemos indicado, pues es evidente que dicha acción se integra en el engaño, en el acto ilícito penal, ya que sin dicha entrega no se hubiera producido o mantenido el desplazamiento patrimonial, y en todo caso lo que implica ese descuento que interesa la defensa, que sería tanto como una compensación con lo recibido y dado, y ello implica el ejercicio de una acción, a la que evidentemente el acusado como autor del delito, de la conducta dolosa penalmente carece conforme al artículo 1.305 del C. Penal, ya que el indicado precepto establece que cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye delito se carece de acción el culpable, pues el no culpable, como es el caso de los perjudicados si que pueden reclamar lo que hubiesen dado, pero frente a esa reclamación de toda acción carece el autor del delito.

Tampoco procede conceder dentro de la indemnización los intereses respecto de cantidades pactadas, no recibidas o apropiadas, pues su devengo tiene origen en una causa ilícita y por ende nulo, solo procediendo la reclamación de lo entregado por quien es contratante no culpable del delito, todo ello sin perjuicio de los intereses de demora y los procesales."

De la misma manera, el TSJ en el FD nº 5 afirma que:



"Como bien señala la Audiencia Provincial, no procede descontar del capital que se considera objeto del engaño los importes o posibles importes que recibieron o pudieron recibir alguno de los perjudicados, en concepto de intereses, ya que dicha acción se integra en el engaño, en el acto ilícito penal, ya que sin dicha entrega no se hubiera producido o mantenido el desplazamiento patrimonial, ese abono es un ardid que sirvió al acusado en una primera y ulteriores fases para conseguir que esas personas a las que inspiraba confianza prosiguieran invirtiendo en esos inexistentes depósitos que producían en apariencia unos intereses notablemente superiores a los que podían conseguir con otros productos. Efectivamente, ese pretendido descuento sería tanto como una compensación con lo recibido y dado, y ello implica el ejercicio de una acción de la que el acusado, como autor del delito, de la conducta dolosa penalmente, carece conforme al artículo 1.305 del Código Civil, ya que según el mismo, cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye delito se carece de acción para las dos partes, si es común a ambas, pero caso de afectar a solo una de ellas, el no culpable, podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido."

Nos encontramos con unas cantidades entregadas en concepto de "intereses", y si este es el concepto resulta evidente que del cómputo de lo defraudado resulta que comparando el resultado de hechos probados con las cantidades reconocidas en sentencia existe una correspondencia con las cantidades que entregaron los perjudicados con las sumas a devolver en sentencia por el autor del fraude.

Todo el operativo es llevado a efecto con un específico aprovechamiento de esas relaciones personales que existían, lo que agrava el hecho en tanto en cuanto en cada uno de los casos se trata de importes obtenidos por su trabajo o condiciones personales de los que le entregaban ese dinero para obtener un rendimiento, por lo que la circunstancia de que, en cualquier caso, el recurrente les entregue, lo que él consideraba un "rendimiento" no puede deducirse del importe que como principal los presuntos inversores le entregaban al recurrente.

Nótese que nos encontramos con un ilícito penal y razón tiene el tribunal de instancia en cuanto a que "procede la reclamación de lo entregado por quien es contratante no culpable del delito, todo ello sin perjuicio de los intereses de demora y los procesales, que es lo aplicado". El "contrato" que el recurrente llevaba a cabo con los perjudicados, y ese pretendido descuento sería tanto como una compensación con lo recibido y dado, y ello implica el ejercicio de una acción de la que el acusado, como autor del delito, carece por la conducta dolosa penalmente.

No resulta viable que el recurrente postule el "descuento del principal objeto de condena" de las cantidades que él mismo ha entregado en concepto de lo que señaló que eran, a saber: "intereses", ya que ello es lo que propició la continuidad delictiva ante el convencimiento de los perjudicados de la realidad de las inversiones cuando estas eran inexistentes. No puede admitirse que la condena fijada en la sentencia a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el recurrente en el entorno de la estafa piramidal del fraude conlleven la rebaja del principal de los importes que él cifra como "intereses entregados", ya que si ese es el concepto en modo alguno puede deducirse de la cuantía fijada como principal.

Además, hemos señalado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 449/2013 de 22 May. 2013, Rec. 866/2012) que:

"La STS de la Sala Primera de 27 de Marzo de 2007 , entre otras, señala que "La ejecución de un hecho - contrato- que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275: la causa debe ser lícita; es ilícita -como dispone esta norma- la que es contraria a la ley -como en el caso extremo de ser delictiva- y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3 CC" .

El art 6.3º del Código Civil establece tajantemente que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Con esta norma general se proclama la supremacía de la ordenación legal frente al arbitrio individual, y afecta de modo especial a los actos o negocios jurídicos constitutivos de delito, que son las acciones más severamente prohibidas por el ordenamiento. La sanción genera la ineficacia del acto, y en consecuencia la privación de todos los efectos que estaba llamado a producir. Por tratarse de nulidad de pleno derecho, puede ser declarada incluso de oficio, según una doctrina jurisprudencial inveterada (ST 27 de mayo de 1949, 29 de Octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983).

En consecuencia, la anulación de los contratos por la sentencia impugnada constituye una consecuencia necesaria de la unidad del ordenamiento, pues dichos contratos son radicalmente nulos por aplicación directa de la normativa civil vinculante, al constituir el instrumento de consumación de un delito de estafa,



integrándose de forma determinante y esencial en la acción defraudatoria, por lo que vulneran tajantemente la norma penal prohibitiva que sanciona el delito de estafa.

Como señala la sentencia citada, (STS Sala Primera de 27 de Marzo de 2007), el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil , y el supuesto extremo de nulidad de la causa concurre en el caso de ser delictiva".

Las presuntas inversiones que el recurrente señalaba que iba a hacer eran inexistentes, y el componente delictivo integrado en la estafa documentada que llevaba a cabo determina la imposibilidad de que reclame que en su proceso integrante de la estafa pueda señalar el "descuento" de lo que él incluía que formaba parte del "derecho" de los perjudicados por las cantidades que ellos le entregaban a él. La condena se circunscribe a las sumas que constan como entregadas, sin existir posibilidad alguna de descuento alguno como con acierto se ha especificado en ambas sentencias. Los intereses que se refieren entregados forman parte de los elementos del engaño para perpetuar la estafa.

Además, con claridad se expresa esta Sala al objeto que ahora nos interesa cuando se recoge que:

"Nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (art. 1305 C.Civil). En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe su enriquecimiento con causa ilícita (STS 324/2009, de 27-3)." En este caso, por ello, el recurrente no puede demandar constancia de devolución alguna cuando el origen es delictivo. Y los intereses que refiere formaban parte de la estructura delictiva de la estafa para mantener la fase continuada piramidal de la misma para mantener la creencia en los perjudicados de que las sumas entregadas se estaban invirtiendo realmente, lo que era falso, como, incluso, se ha reconocido expresamente.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por la vía del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por haberse infringido preceptos penales.

Se impuso al recurrente pena de ocho años y seis meses de prisión y multa de veinte meses, por falsedad en documento mercantil en concurso medial con estafa agravada, concurriendo una atenuante simple. La sentencia aplica correctamente las normas penales.

No hay que olvidar que la condena lo es por un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el artículo 392 en relación con el artículo 390. 1. 1º y 2 y 74 del C. Penal en concurso medial (artículo 77.3 del C. Penal) con un delito continuado (artículo 74. 1 del C. Penal) de estafa previsto y penado en el artículo 249 y 250. 1. 5º y 6º del C. Penal.

Es decir, que son variadas las agravaciones y elementos que determinan que la pena pueda el tribunal valorarla y determinarla en la forma que la hecho, ya que, por un lado, se trata de cuantías que por sí solas más de una superan ya los 50.000 euros, por lo que no puede apelarse a la existencia del non bis in idem en agravación ex art. 250 CP y continuidad delictiva, y se comete, además, con la agravación de las relaciones personales ex art. 250.1.6º CP.

La sentencia del Tribunal de instancia argumenta la pena a imponer de la siguiente manera:

"El delito de falsedad en documento mercantil, del artículo 392 del C. P. está sancionada con pena de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses. Como es un delito continuado, debe imponerse la pena en su mitad superior que puede llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado. Es decir, de 21 meses de prisión a tres años (sería la mitad superior), y hasta 9 meses más (de 3 años y 1 día y a 3 años y 9 meses) mitad inferior de la superior en grado. Y respecto de la multa la mitad superior de 9 a 12 meses que puede llegar hasta 3 meses más (15 meses) por la mitad inferior de la superior en grado.

Por el delito continuado de estafa agravada, por existir en todo caso más de una disposición superior a 50.000 €, la pena a imponer sería partiendo de la mitad superior contemplada en el artículo 250.1 (1 año a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses), la de 3 años y 6 meses a 6 años (mitad superior), que puede alcanzar hasta los 7 años y 6 meses por la mitad inferior de la superior en grado (6 años y un día) y en términos idénticos al delito de falsedad la multa, de 9 a 15 meses.

La infracción más grave es la pena por el delito de estafa continuada, por lo tanto partiríamos de la pena contemplada para el delito de estafa continuada para calcular la pena mínima, que sería una superior a la pena en concreto que se podría imponer por dicho delito.

Para esta Sala atendiendo a las cantidades objeto de la estafa, los diversos perjudicados, considera procedente acudir a la pena superior en grado en su mitad inferior, es decir entre 3 años y seis meses a 7 años y 6 meses de prisión. Teniendo en cuenta que concurre una atenuante de confesión, que conforme al artículo 66.1.1ª del C. Penal debería llevar a fijar una pena en su mitad inferior, dentro de esta debe acudir al máximo de esta



mitad, es decir 6 años y 9 meses, pues si bien se aprecia la atenuante de confesión, pues se aportaron datos fácticos sobre la identidad de los perjudicados e importes, en que se sustenta su apreciación, concurrieron conductas posteriores durante la instrucción (incluidos recursos) que impiden apreciar una entidad en la misma que amparase acudir al mínimo legalmente previsto.

Teniendo en cuenta que debe ser superior a ésta, será de 6 años 9 meses y 1 día de prisión, y por la pena de multa, partiendo de la superior en grado, y máximo de la mitad inferior quedaría en 13 meses y 15 días de multa mas 1 día de multa (superior) (16), sería el mínimo de la pena para el concurso medial.

Y el máximo de la pena del concurso medial vendría determinado por la suma de las penas en concreto por cada delito. Debe partirse de las consideraciones antes expuestas e imponer la pena en el grado en su superior mitad inferior máxima, que sería de 6 años y 9 meses de prisión y multa de 13 meses y 15 días, por el delito continuado de estafa, y 3 años y 9 meses de prisión, y multa de 13 meses y 15 días por el delito de falsedad.

La suma por tanto de ambos sería de 10 años y 6 meses de prisión y multa 27 meses de multa, que constituiría el máximo de la pena a imponer, y el mínimo por tanto sería 6 años 9 meses y 1 día de prisión y 13 meses y 16 días de multa.

El artículo 77.3 se remite a los criterios expresados en el artículo 66 del C. Penal para la individualización de la pena, y conforme a la indicada STS 28/2016 de fecha 28 de enero de 2016 no es de aplicación las reglas dosimétricas del artículo 66 porque ya se han utilizado en la determinación del marco permitido.

La Sala a la vista de todas las circunstancias de los hechos (art. 66 del C. Penal), importantes cantidades (alguna superior incluso individualmente a los 50.000 €), con aprovechamiento en algunos casos de la edad elevada de algunos perjudicados, disponiendo incluso de firmas en blanco en sus respectivas carpetas, considera procedente imponer la pena de 8 años y 6 meses de prisión y multa de 20 meses.

En cuanto al importe de la cuota de multa fijamos la cantidad de 6 € / día.

Procede conforme al artículo 56 del C. Penal imponer como pena accesoría la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como durante dicho periodo la de inhabilitación para el ejercicio de cargo de administrador de sociedades civiles y mercantiles dada la vinculación del ejercicio del cargo de administrador societario en relación con el delito de estafa."

El TSJ señala al respecto que:

"Dicha pena es de 8 años y 6 meses de prisión y multa de 20 meses, con una cuota diaria de 6 €, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier actividad de administración de sociedades civiles y mercantiles durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas causadas por dichos delitos, incluidas las de las acusaciones particulares, por la comisión de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada concurriendo la atenuante de confesión .

Alega que tratándose de un concurso medial de delitos la atenuante de confesión que le ha sido apreciada lo debería haber sido en ambos delitos y no solo en uno de ellos, y asimismo, manifiesta que se ha producido una vulneración del principio non bis in idem, así como que, dentro de los límites de cada pena, no se justifica su imposición en los grados más altos.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015 se refiere, entre otras cuestiones, a las operaciones para concretar la pena en el concurso medial, señalando que el nuevo sistema vendría a otorgar mayores márgenes de discrecionalidad al Juzgador a la hora de concretar la pena imponible en supuestos de concurso medial, pero siempre con dos límites:

A.- La pena resultante nunca puede ser igual o inferior a la pena concreta imponible por el delito más grave (lo que viene impuesto por la naturaleza de las cosas pues en otro caso, el concurso medial podría pensarse con pena inferior a la que correspondería si sólo se hubiera cometido un delito) y

B.- Nunca puede ser superior a la que se impondría castigando los hechos por separado (lo que igualmente viene impuesto por el propio reconocimiento del concurso medial como supuesto singular y privilegiado respecto del concurso real).

Continua señalando que la primera operación es la de seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al art. 33 CP Dentro de este marco, la tarea de concreción de la pena se completará mediante la aplicación de todas las reglas del art. 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común. En todo este trabajo de individualización de la pena se atenderá exclusivamente a las circunstancias concurrentes en el delito más grave,

sin entrar a valorar, de momento, las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañaron a la comisión del otro delito en concurso.

La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el umbral de esa pena única que el precepto analizado destina a abarcar el completo desvalor de los delitos concurrentes."

Partiendo de esas consideraciones, que la Sala comparte, y del contenido de la sentencia, se aprecia que la Audiencia ha realizado correctamente la determinación de la pena privativa de libertad correspondiente al delito más grave, el delito continuado de estafa agravada, 6 años y 9 meses de prisión, resultante de ser una pena de 1 a 6 de años de prisión, en su mitad superior por la continuidad delictiva (de 6 años y un día a 7 años y 9 meses), y en su mitad inferior por la atenuante de confesión (de 6 años y 1 día a 6 años y 9 meses).

Por lo que respecta a la pena por el otro delito, el delito continuado de falsedad en documento mercantil, y ya entrando en la primera de las cuestiones planteadas, es decir, la apreciación o no de la atenuante simple de confesión en ambos delitos y no solo en el de mayor gravedad, hay que señalar que, técnicamente, asiste la razón al apelante, si bien, como a continuación se analizará, es irrelevante en el presente caso. Esto es así porque la determinación de la pena para el delito de menor gravedad solo tiene la finalidad de que la suma con la correspondiente al de mayor gravedad sea el límite máximo de la pena a imponer al acusado, y en el presente caso, la pena impuesta por la Audiencia Provincial no superaría dicho límite aún en el supuesto aludido por la apelante. La mencionada Circular de la Fiscalía General del Estado solventa la cuestión cuando señala que definido el umbral de la sanción aplicable al conjunto de las infracciones, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables. Viendo los cálculos efectuados para el delito continuado de falsedad en la sentencia impugnada, estos son correctos, dando como resultado un máximo de 3 años y 9 meses, si bien, como hemos visto, se debería aplicar la atenuante de confesión también en este delito, por lo que el máximo, al tener que aplicarse la pena en su mitad inferior, sería de 3 años, 4 meses y 1 día. Sumando esta pena a la fijada para el delito de estafa nos daría un máximo de 10 años, 1 mes y 15 días, por debajo del máximo que había fijado la sentencia, pero muy por encima de la pena impuesta. En definitiva dentro de lo límites marcados por la norma.

La pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes, y habrán de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del art. 66.1.6ª (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habría de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal.

Pocas dudas alberga la extrema gravedad de los hechos a la hora de dilucidar el motivo por el que la Audiencia Provincial, acertadamente, decide hacer uso de la posibilidad de elevación de la pena en grado y de su imposición en grado máximo dentro de los límites legales. Contamos con múltiples perjudicados, más de veinte, con una suma total de dinero estafado muy importante, y también, en muchos casos, de forma individual, habiendo creado algunas situaciones económicas a nivel particular de notoria gravedad.

Existen numerosas operaciones que, individualmente, superan los 50.000 euros, cuando solo una de ellas ya supondría la agravación del artículo 250.1.5º del Código Penal y, asimismo, en todos los casos, se ha ejecutado el delito abusando de relaciones personales con las víctimas y con aprovechamiento de la credibilidad profesional, cuando también una sola de ellas supondría la aplicación del artículo 250.1.6º del Código. Lo señalado no solo justifica la pena impuesta, sino que también hace decaer la alegación de una supuesta vulneración del principio non bis in ídem. A este respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia 235/2019, de 9 de mayo, señala que la pena en su mitad superior también resulta obligada por haberse apreciado el art. 250.1.6º del C. Penal: abuso de las relaciones personales existentes entre las víctimas y el victimario, pues, en contra de lo que se alega en el escrito de recurso, no concurre en este caso un supuesto de bis in ídem, como dice la parte recurrente. La tesis que sostiene la defensa, centrada en que la relación familiar ha sido ya tenida en cuenta para que se activara el engaño, lo que impediría su aplicación para imponer el subtipo agravado, nos llevaría a que no pudiera aplicarse en ningún supuesto la agravación del art. 250.1.6º del C. Penal. En efecto, si el abuso de las relaciones personales debe operar en cualquier caso como supuesto de intensificación del engaño siempre concurriría, según la parte recurrente, un bis in ídem, cosa que no es cierta, ya que esa intensificación es la que permite precisamente operar con el escalón superior del subtipo agravado."

La argumentación de ambos tribunales, el análisis del motivo y las conclusiones obtenidas nos llevan a la estimación del motivo.

Condena: 8 años y 6 meses de prisión y multa de 20 meses, con una cuota diaria de 6 €.



Desglose:

- a. Determinación de la pena privativa de libertad correspondiente al delito más grave, el delito continuado de estafa agravada, 6 años y 9 meses de prisión, resultante de ser una pena de 1 a 6 de años de prisión, y por la continuidad delictiva (74.1) (de 3 años y nueve meses a 7 años y 6 meses), y en su mitad inferior por la atenuante de confesión (de 3 años y nueve meses a 5 años 7 meses y 15 días).
- b. Determinación de la pena por el delito continuado de falsedad en documento mercantil. Dando como resultado un máximo de 3 años y 9 meses, (mitad inferior de la superior en grado) si bien se debería aplicar la atenuante de confesión también en este delito, por lo que el máximo, al tener que aplicarse la pena en su mitad inferior, sería de 1 año y 9 meses a 2 años y 9 meses.
- c. La pena final imponible al concurso medial (ex art. 77.3 CF) habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes que da un resultado de 8 años 4 meses 15 días.

El motivo se estima.

RECURSO DE BANKINTER SA

SÉPTIMO.- 1.- Por infracción de Ley del artículo 849.1º LECRIM por entender que no concurren los requisitos para condenar a mi representada como responsable civil subsidiaria ex artículo 120.4 CP; y por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECRIM., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, al considerar que la sentencia vulnera derechos fundamentales establecidos en el art. 24 de la Constitución.

Se alega por la entidad recurrente que no procede entender concurrente la responsabilidad civil subsidiaria de la recurrente, al no darse al tiempo de los hechos una relación de dependencia entre el banco y el acusado, ni tampoco conexión efectiva entre el daño derivado del delito y las funciones encomendadas al referido acusado.

Se alega asimismo que la prueba de la concurrencia de los referidos requisitos fue valorada irracionalmente, con lesión del alegado derecho fundamental.

Debemos considerar en primer lugar que se formula el recurso por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM que exige el más absoluto respeto de los hechos probados.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Señalan los hechos probados que:

"Entre el día 1 de septiembre de 2.001 y el día 31 marzo de 2.015, en virtud de un contrato de agencia el acusado desempeñó las labores de agente financiero de Bankinter, con oficina abierta al público, con anagrama de dicha entidad, lo que hizo a través de la entidad "Brokers Financieros de Navarra" SAL (constituida en fecha 30 de mayo de 2.000) de la que formaba parte el acusado y era administrador único, que fue quién suscribió



el contrato de agente financiero con Bankinter. El acusado como agente de Bankinter funcionaba como si fuera una sucursal del banco, siendo la número 4.870, teniendo la oficina sita en la Castillo de Maya nº 48, y posteriormente en Avda. Galicia n.º 11, de esta ciudad, debiendo usar los logotipos del banco, disponiendo de documentación de esa entidad bancaria y funcionando en definitiva como una sucursal del mismo, salvo que no podían tener caja, ni recibir ni dar dinero en efectivo....

Dada la actividad financiera que había realizado el acusado en el sector bancario con facultades directivas en distintas entidades bancarias, y aprovechando la confianza que esa actividad generaba, y al figurar frente a terceros como agente financiero de Bankinter consiguió que un buen número de personas le confiaran importantes cantidades de dinero, en la esperanza de que se invirtieran realmente con la finalidad de obtener una rentabilidad."

Se relacionan todas las operaciones del fraude llevadas a cabo y los importes de las mismas.

Habiéndose tratado la responsabilidad civil ex art. 120.3 CP y negado la misma argumenta el tribunal de instancia sobre la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP en cuanto a la entidad recurrente Bankinter. Y señala que:

"Cuestión distinta merece la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria ex artículo 120.4 del C. Penal, y conforme a este precepto la responsabilidad civil de la entidad Bankinter no puede ofrecer ninguna duda.

El apartado cuarto establece la responsabilidad de las personas jurídicas "por los delitos cometidos" por "sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En el presente caso el Sr. Carlos Jesús ha cometido el delito de estafa siendo agente de Bankinter, y la casi totalidad de las cantidades percibidas lo fueron siendo agente de dicha mercantil bancaria.

El contrato de agente fue suscrito en fecha 1 de septiembre de 2.001, a través de la mercantil Brokers Financieros de Navarra SAL, con la finalidad de que potenciales clientes formalizasen operaciones con el banco. Ciertamente es que las operaciones para la entidad Bankinter han permanecido opacas, pues no entran en el circuito ordinario y/o legal de la contratación bancaria, pero ello no le exime de responsabilidad cuando esa percepción dineraria, ese flujo económico, de haberse hecho sin engaño encajaba dentro de las funciones que tenía encomendada, entre ellas hacer inversiones, el agente.

Ciertamente es también que no podía recibir dinero en efectivo (3ª, e incluso no podía abonarse o proceder de cuentas del agente, fondos en efectivo, cheques o otros instrumentos de pago) y así incluso puede considerarse que se indicase a la entrada de la oficina que no existía caja, pero ello tampoco exime de responsabilidad Bankinter, sino que por el contrario revela que por parte de la entidad Bankinter no se agotó toda la debida diligencia en el control de la actividad de agente que tenía el Sr. Carlos Jesús, no debiendo olvidarse además que fue una actividad desarrollada por el mismo durante años y no puntual.

La responsabilidad civil deba alcanzar no sólo al dinero que proviene tiene su origen en Bankinter, como pretende esta entidad mercantil para limitar su responsabilidad, sino a todo lo entregado y recibido por él, al margen de su procedencia, porque su recepción lo es en concepto calidad de agente de Bankinter. El propio acusado en su declaración reconoció como actuó como efectivo agente, a incluso aceptó que alguna vez podría haber acompañado a algún perjudicado-cliente a sacar o ingresar dinero en oficinas físicas, y que los ingresos se hacían en cuentas de su oficina 4870.

En relación con Bankinter, como antes hemos indicado, el Sr. Horacio, responsable de control de fraude interno y externo indicó, que al agente se le audita a distancia, que en el año 2.013 se le controló, solo podía contratar productos financieros y que estén documentados, pudiendo comercializar letras del tesoro y de deuda pública, pero que arte y oro no. Que había dos ejercicios de auditoría documentados 2.011 y 2.012, aparte del 2.013, pero que lo normal es que se realizase un seguimiento anual, se controla la adecuación a la marca, y que no tenga caja. Que no conocía que hubiera saltado ninguna alarma y que nadie ha indicado que la boleta de reintegro en efectivo no fuera suya. Que para contabilizar la agencia tenía un número la 4780, y se mantiene ese número de oficina aunque se cancele la agencia, porque sino tendríamos que cambiar todas las cuentas del cliente y que podría ser que un cliente pudiera seguir pensando que seguía siendo cliente de Bankinter al aparecer dicho número 4780; y que él podía formalizar apertura de cuentas corriente, pero no tenía poderes para representar al banco, sólo respecto de productos financieros autorizados.

El Sr. Alexander Director Comercial de la Red de Agentes, indicó que el Sr. Carlos Jesús a través de la sociedad, Brokers, tenía como agente la oficina con nº 4870, y que aunque cese ese número se mantiene vivo, y que el agente tiene prohibido recibir dinero y hacer transferencias, extremos todos estos que se revelan incumplidos, y que son generadores de responsabilidad civil subsidiaria para Bankinter.



Si tenemos en cuenta que las cantidades fueron entregadas por los perjudicados en su calidad de agente de Bankinter, la misma debe alcanzar incluso a aquellas cantidades en las que en la entrega se pudo hacer referencia a inversión de arte, o incluso compra de bienes de arte, pues no debe olvidarse que las cantidades se entregaron en la confianza de que era agente de Bankinter y relacionado con esa actividad, sin desconocer que de dicha actividad junto con la de agente era concedora la mercantil Bankinter, permitiéndose con ello una confusión, de la que evidentemente impide detraer de su responsabilidad aquellas cantidades.

Para esta Sala el único límite que debería imponerse es el de las entregas posteriores a su cese como agente, el día 31 de marzo de 2.015, en que existe una cese de la Vinculación con la entidad Bankinter, pero con una excepción la de aquellas que ya venían realizando inversiones antes de esa fecha con el acusado Sr. Carlos Jesús como agente de Bankinter, y que si bien realizaron aportaciones o entregas posteriores a esa fecha, la vinculación precedente, el mantenimiento del número de oficina 4870, les pudo llevar a pensar en que seguía existiendo aquella relación, fundamentalmente, unido a la ausencia de comunicación de su cese ante el Banco de España (Pieza de prueba documental interesada por la acusación particular ejercitada por el Sr. Pablo), que reflejan que indiscutidamente que dichas entregas estuvieron relacionadas con esa actividad de agente.

En esta tesitura, y por claridad, en relación con los perjudicados identificados con los números 2, 3, 7, y 19, es evidente que la responsabilidad civil de Bankinter debe alcanzar a todos los importes que fueron entregados siendo agente de Bankinter.

Si bien los perjudicados 1, 4, 6, 8, 9, 11, 14 y 17, en los hechos declarados probados se recoge que algunas cantidades le fueron entregadas con posterioridad a su cese, debe ser objeto de inclusión, pues tiene como antecedente entregas ya anteriores cuando era agente de Bankinter, y por tanto en el convencimiento de que como agente de Bankinter gestionaba sus inversiones, al margen del destino que fuera a darles. Lo mismo debe decirse de los inversores, 5, 13, 15 y 16.

Si bien en los hechos probados respecto del inversor 5, Juan Ignacio (5) se hace referencia a importes entregados con posterioridad, no lo es menos que examinada "la carpeta" correspondiente a la familia Fidel Fabio Higinio Juan Ignacio figura ya con aportaciones y documentación de Bankinter desde el año 2012.

La Sra. Mónica (nº 13) igualmente examinada "la carpeta" figura fechas de entrega en que era agente de Bankinter, siendo las entregas del año 2.016 recompras de inversiones anteriores.

En la Sra. Estrella -Sr. Ovidio (nº 15) se hace referencia a entregas posteriores al marzo de 2.015, pero no lo es menos que examinada la documentación obrante en las denominadas carpetas que llevaba el acusado, la de los Sres. Ovidio Estrella , aparecen entregas de fechas precedentes a marzo de 2.015, documentadas en papeles de Bankinter en el año 2.014, con referencia a la oficina 4870, por lo que igualmente debe dada esa vinculación, incluirse en la responsabilidad civil de Bankinter.

Respecto de las Sras. Gabriela - Olga , (16) igualmente existen a fecha anterior al 31 de marzo de 2.015, documentación acreditativa del origen precedente a esa fecha de entregas, con soporte de documentación de Bankinter y con referencia a la cuenta 4870.

No procede por el contrario incluir dentro de la responsabilidad civil de Bankinter al Sr. Cesareo (10), Ricardo y Natividad , (12), y a Alejandra y Maximino (18), pues todas las entregas de estas personas son de fechas posteriores a su cese como agente, y sin constarnos una relación inversora precedente, lo que impide su inclusión, sin que el mero conocimiento que a través de otros perjudicados pudieran tener sea suficiente para su inclusión.

...

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.4 del C. Penal procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de las mercantiles Brokers Financieros de Navarra SAL y de Gestores Financieros de Navarra, por concurrir respecto de ellas la relación a que se refiere el indicado precepto a la vista de la acción delictiva desarrollada por el acusado Sr. Carlos Jesús ."

El TSJ confirma en su sentencia el argumento de la sentencia del Tribunal de instancia para admitir la responsabilidad civil subsidiaria de Bankinter, en tanto apunta en el FD nº 4º que:

"El criterio seguido en este punto por la sentencia impugnada es excluir de la responsabilidad de Bankinter, exclusivamente, a aquellas personas que habían entregado el dinero al acusado para su inversión, con posterioridad a su cese como agente financiero de dicha entidad (31 de marzo de 2015) y que, además, no habían sido clientes suyos con anterioridad a ea fecha. Por el contrario, declara la responsabilidad del Banco en todos los demás supuestos, con independencia de las fechas de las operaciones, del supuesto destino de las mismas, y ello en consideración a la condición de agente financiero de Bankinter que tenía o había tenido el



acusado con la confianza que en los perjudicados ello ocasionaba, así como en el defectuoso control ejercido por la entidad bancaria.

El acusado suscribió un contrato de agente de Bankinter S.A. con fecha 1 de septiembre de 2001, contrato que expresamente remite al entonces vigente Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio y normas que lo sustituyan o desarrollen. Señala el contrato que todas las operaciones se realizarán entre el Banco y las terceras personas presentadas por el Agente, produciendo sus efectos jurídicos directamente entre el Banco y las personas con quien este contrate, que a todos los efectos tendrán la condición de clientes de BANKINTER. También señala que el Agente deberá poner de manifiesto su carácter de Agente de BANKINTER, identificando al Banco de forma inequívoca en cuantas relaciones establezca con su clientela....se compromete expresamente a instalar en su oficina...los elementos publicitarios y de marketing que el Banco determine...Finaliza dicho contrato señalando que el Banco podrá inspeccionar en todo momento...la actividad del Agente derivada del presente contrato, y a través de la División de Auditoría, podrá recabar del Agente, en cualquier momento, cualquier información de su actividad...

El Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, regulaba en su artículo 22 los Agentes de las entidades de crédito, señalando en su apartado 1 que: A los efectos del presente artículo se consideran agentes de entidades de crédito a las personas físicas o jurídicas a las que una entidad de crédito haya otorgado poderes para actuar habitualmente frente a la clientela, en nombre y por cuenta de la entidad mandante, en la negociación o formalización de operaciones típicas de la actividad de una entidad de crédito. En su apartado 4 recoge que: Las entidades de crédito operantes en España comunicarán al Banco de España una vez al año, en la forma en que éste determine, la relación de sus agentes, indicando el alcance de la representación concedida; esa relación se actualizará con las nuevas representaciones concedidas o con la cancelación de las existentes, tan pronto como se produzcan. La relación de agentes se incluirá en un anexo de la memoria anual de las entidades (En idéntico sentido se expresa el artículo 21.4 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, que desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). Y el apartado 6 señalaba que: La entidad de crédito será responsable del cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina en los actos que lleve a cabo el agente. A esos efectos, deberá desarrollar procedimientos de control adecuados.

A mayor abundamiento, y en este mismo sentido, la Circular 4/2010, de 30 de julio, del Banco de España (BOE 4/8/2010), estableció que: En el marco de las obligaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 22 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, las entidades de crédito adoptarán las medidas adecuadas para que en el establecimiento y gestión de sus redes de agentes se cuente con controles que promuevan la capacidad profesional de sus agentes y aseguren que estos cumplen en todo momento con la normativa bancaria, y la relacionada con los mercados de valores, que les sea de aplicación en sus relaciones con la clientela.

La exclusividad en la relación de agencia a que se refiere el apartado 7 del artículo 22 del Real Decreto 1245/1995 no impedirá que las personas declaradas desempeñen cualesquiera otras actividades, ya sean de agencia para otras entidades distintas de las de crédito, reguladas o no, o por su propia cuenta, salvo cuando ello no esté permitido por la correspondiente normativa sectorial aplicable a dichas entidades reguladas. No obstante, las entidades de crédito velarán por que las restantes actividades desarrolladas por sus agentes no entren en conflicto con el buen desempeño de la representación que les han confiado; cuando ambos tipos de actividad se presten cara al público, la entidad se asegurará de que el agente establece la adecuada diferenciación entre ellas, para evitar cualquier confusión.

Vista la regulación mencionada, debemos analizar si Bankinter observó en este caso la diligencia que le era exigible o, si por el contrario, como recoge la sentencia impugnada, la ausencia de la misma permitió que el acusado, durante años, actuara a su antojo, estafando a numerosas personas, convencidas de que era agente financiero de una entidad bancaria, es decir, en palabras de algunos de los perjudicados, que detrás de él había un Banco.

De lo actuado se puede concluir que la sentencia dictada en primera instancia acierta en tal apreciación. El acusado había sido durante años empleado y director de varias entidades bancaria, en Pamplona, y posteriormente pasó a ser agente financiero de algunas, como Bankoa y Bankinter. Por todo ello, era una persona muy conocida en ambientes bancarios y por las personas que utilizan estos servicios, fundamentalmente, por haber sido clientes suyos en las entidades bancarias. Todos conocían la condición, en ese momento, de agente financiero del acusado, así como su vinculación específica a Bankinter, no en balde su oficina como Agente, donde operaba, era una sucursal, con número específico de sucursal, rótulo, placa, tarjetas de visita....de dicha entidad. Lo anterior está reconocido por el acusado por los clientes afectados, y por los propios empleados del Banco, es más, era obligatorio para él, según se desprende del contrato suscrito con Bankinter. Ante tal estado de cosas, en esos momentos, nada podía hacer pensar que estábamos ante



una estafa semejante. Otra prueba evidente de que los clientes lo eran por él, y por lo que representaba, es que todos los perjudicados eran personas muy cercanas al acusado, con relaciones de amistad, familiares o de confianza, de muchos años de duración, o bien, en algún caso, familiares de los anteriores.

Como ya se ha señalado al final del fundamento jurídico segundo de esta resolución, la actuación de los diferentes empleados de Bankinter en relación con la Sra. Penélope es sorprendente, pues el hecho de que una persona de esa edad, durante pocos años, reintegro a reintegro, en ventanilla, siempre en la misma sucursal, saque casi dos millones de euros, con cantidades, en muchos casos, de entre 30.000 y 60.000 euros, y en ocasiones varias en el mismo mes, y no la conozca absolutamente nadie en dicha oficina, lleva a pensar, cuando menos, y en el mejor de los casos, en la existencia de una dudosa diligencia a la hora de detectar una situación que debería haber disparado una alarma de que algo fuera de lo normal estaba sucediendo, como así resultó.

Pero la falta de diligencia de la entidad bancaria no solo es respecto de su actuación con la Sra. Penélope, ni solo atribuible a los empleados de la oficina antes citada. El acusado remitió un escrito de fecha 22 de diciembre de 2014 a Bankinter solicitando su baja voluntaria como agente financiero, con fecha efectiva de 31 de marzo de 2015. Pues bien, a pesar de la normativa existente, antes recogida, no constan ni la contestación de Bankinter a dicha renuncia, ni la comunicación, obligatoria, de la misma al Banco de España, no se sabe si las hubo y, en su caso, en qué fecha. Pero no solo eso, es que, además, la oficina del acusado (la 4870) continuó con el mismo número y los clientes con el mismo número de cuenta, sin que sea admisible como justificación, según se dijo en el acto del juicio, que el cambio de número de oficina podía ser perjudicial para los clientes, porque, por el contrario, lo que generaba era la errónea confianza en los clientes de que la situación continuaba como antes. El propio acusado reconoció que después de su cese fue colaborador de Bankinter, y que esta figura no la distinguiría un cliente de la de agente, así como que cobró alguna comisión incluso en el año 2017. Por lo anterior, acierta la sentencia impugnada extendiendo la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas operaciones posteriores al cese del acusado como agente financiero de Bankinter, pero siendo parte integrante de otras iniciadas con anterioridad a dicha fecha, suponiendo una continuidad.

Todo ello dista mucho de poderse considerar una actuación diligente por parte del Banco y que, en consecuencia, le pueda eximir de su responsabilidad. Tampoco es de recibo alegar, como suele ser habitual en estos casos, que la culpa es exclusiva de la víctima....

Sin embargo, ello no es lo que aquí sucede, dado el instrumental documental de que se valió el acusado para engatusar a los denunciantes y la dinámica sagaz con la que fue desarrollando su plan defraudatorio, a lo que ha de sumarse la relación familiar directa que tienen las víctimas con el acusado, circunstancia personal que generaba una confianza que contribuía a incrementar el ya de por sí relevante grado de intensidad de la maniobra fraudulenta del ahora impugnante". Lo que es evidente es que fue a Bankinter a quien el acusado consiguió engañar nada menos que durante 15 años, a pesar de contar con departamentos especializados que tienen por objeto evitarlo, por lo que no resulta descabellado pensar que lo consiguiera también con personas ajenas al mundo financiero y que, además, tenían una relación de amistad y de confianza en el acusado que, evidentemente, en la entidad bancaria no concurría."

Acude, también, el TSJ a argumentar la teoría de la "apariencia" y la objetivación de la responsabilidad del art. 120.4 CP.

Concluye, así, el TSJ señalando que: "En base a todo ello, no podemos sino concluir que la declarada, en la sentencia de instancia, responsabilidad civil subsidiaria de Bankinter está plenamente justificada en atención, no solo a las circunstancias concurrentes, sino también a la normativa aplicable, así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al artículo 120.4 del Código Penal."

Como primeras conclusiones tras lo expuesto podemos considerar que:

1.- De todo lo expuesto se desprende que existen múltiples y variados elementos, o circunstancias, que determinan la concurrencia de la responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.4 CP apreciada en la entidad bancaria Bankinter que ha sido reconocida por la Audiencia Provincial y confirmada y validada por el TSJ, ya que, en primer lugar, se reconoce expresamente en los hechos probados el contrato de agencia que tenía el acusado con respecto a su calidad y cualidad de agente financiero de Bankinter, incluso con la oficina abierta al público y un reconocimiento expreso en una publicidad que hacía de que las personas que contactaran con él tuvieran conocimiento de esa relación directa entre el acusado y Bankinter como si se tratara de una sola persona física en relación con la dependencia de la jurídica.

2.- Se recoge claramente en los hechos probados que el acusado como agente de Bankinter funcionaba como si fuera una sucursal del banco, siendo la número 4870, usando incluso los logotipos del banco y con documentación de esta entidad bancaria. Se trata en consecuencia de una sucursal de Bankinter aunque con las condiciones que le imponía el banco.



- 3.- Se recoge, así, expresamente en los propios hechos probados que es, precisamente, esa relación como agente financiero de Bankinter lo que le permite que se le confieran por los perjudicados importantes cantidades de dinero estando convencidos de que se iban a invertir con la finalidad de obtener una rentabilidad lo que consta claramente los hechos probados. La creencia de los perjudicados es que lo hacían con Bankinter, lo que facilitó las operaciones indiscutiblemente, no pudiendo estos poder llegar a pensar que todo era una estafa y que las cantidades no se invertían.
- 4.- La "marca" de la entidad bancaria en los contratos de agente de la entidad bancaria conlleva una confianza de la clientela por el respaldo del banco que consideran los clientes y ello lleva a facilitar las operaciones. Ello debe ser asumido por las entidades bancarias.
- 5.- Se recoge de forma expresa en argumentación jurídica que el acusado recurrente ha cometido el delito de estafa siendo agente de Bankinter y que las cantidades percibidas por él en virtud del engaño determinante de la estafa lo son como agente de dicha mercantil bancaria, lo que determina la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria ex artículo 120.4 del código penal reflejado en su sentencia el tribunal de instancia validado por el TSJ.
- 6.- La responsabilidad civil del quantum indemnizatorio se refiere, no solamente al dinero que proviene en su origen en Bankinter, sino a lo entregado y recibido por él, ya que lo fue en su condición de agente de Bankinter y no por una cuestión ajena y lejana a ese vínculo contractual.
- 7.- Además, reconoce que actúa el propio recurrente como efectivo agente de Bankinter haciéndose los ingresos en cuentas de su oficina.
- 8.- La testifical practicada conlleva también a la conclusión de la responsabilidad civil de Bankinter reflejada por el tribunal en su sentencia.
- 9.- Las cantidades económicas de los perjudicados fueron entregados al recurrente en su condición de agente de Bankinter y no por otra condición.
- 10.- La propia entidad bancaria era concedora de la actividad de su agente, y, por ello, asume la responsabilidades civiles contraídas por el mismo en su ilícita actuación como aquí ha ocurrido.
- 11.- El tribunal con total lógica excluye las cantidades correspondientes a entregas posteriores a su cese, ya que había una absoluta exclusión de la responsabilidad para todas aquellas en las que ya no actuaba como agente de Bankinter.
- 12.- Sin embargo, sí que se admiten con total lógica las que están relacionadas en cuanto a inversiones con las llevadas a cabo también antes de esa fecha y las posteriores, ya que existe un inter o vínculo entre las mismas por referirse a la misma persona que actuaba como agente de Bankinter y en esa creencia de los que realizaban la aparente inversión de que lo hacían bajo el *paraguas* de la propia entidad bancaria a la que pertenecía cuando se realizaron las primeras el propio recurrente.
- 13.- Relaciona, en consecuencia, en argumentación jurídica el Tribunal la referencia a los perjudicados y su numeración en cuanto a cantidades entregadas posteriormente a su cese, pero que tenían relación con entregas ya anteriores cuando era agente de Bankinter, con lo cual queda incluido, lógicamente, por haberse realizado posteriores al cese con referencia a quien era agente de Bankinter y en la creencia de los perjudicados de que así lo era y no por otro concepto.
- 14.- Excluye al tribunal también, sin embargo, a aquellas entregas realizadas por personas que lo hacen con fecha posterior a su cese como agente.
- 15.- Existe un vínculo entre el recurrente y Bankinter y las operaciones realizadas por este en la condición de tal agente, que suponen y conllevan efectos de responsabilidad civil a la entidad bancaria por la que actúa como agente el recurrente.
- 16.- Aquellas personas que contratan con el agente de Bankinter por su condición son, a su vez, clientes de la entidad bancaria, y, por ello, ésta responde civilmente del fraude cometido por su agente frente a los clientes.
- 17.- Existe publicidad y marketing en la condición de agente de Bankinter por parte del recurrente y ello determina todo lo contrario a una ajenidad en los vínculos y dependencia, así como en la responsabilidad civil derivada a la entidad bancaria.
- 18.- Existe una ausencia de diligencia por la entidad bancaria en el control del agente que le hace responsable del ilícito proceder del mismo con terceros y le hace responsable civilmente de las cantidades defraudadas.
- 19.- No puede hacerse depender de las víctimas que tuvieran en cuenta mayores medidas de autoprotección, porque en la estafa hemos reiterado que no se puede trasladar el tanto de culpa a las víctimas de que exista



una actuación ilícita por parte del autor del delito de estafa y en este caso la responsabilidad civil de la entidad bancaria para la que actúa es evidente, por cuanto el exceso de autocontrol en las víctimas no es obligación de las mismas, o su ausencia una exención de responsabilidad penal en el autor del delito y tampoco de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP en aquellas personas jurídicas relacionadas directamente con el autor del delito de estafa.

20.- Pese a la queja del recurrente en su recurso, la actuación delictiva se hizo por el agente dentro del vínculo y aprovechándose del mismo, además de quedar objetivada la responsabilidad ex art. 120.4 CP.

21.- Cuando se determina la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP no se trata de que se actúe con "automatismo", como señala el recurrente, sino que existiendo el vínculo de relación y actuación por la entidad bancaria del agente se deriva de la conducta ilícita la responsabilidad civil de aquella ex art. 120.4 CP.

22.- Pese a la queja del recurrente, el tribunal ha relacionado la condena ex art. 120.4 CP a la actuación del condenado en virtud de esa relación como agente de Bankinter, y no en virtud de esta relación. Y solo sujeta la responsabilidad civil, -nótese- en cuanto a esa relación, excluyéndola con respecto a las operaciones realizadas fuera de ese marco contractual.

23.- Pese a la queja del recurrente de que se le condena por todo, la sentencia excluye de la responsabilidad del banco recurrente las sumas entregadas al acusado con posterioridad a su cese como agente financiero de dicha entidad, por personas ajenas al banco.

24.- Las cantidades se corresponden con lo reclamado por el Fiscal según consta en el antecedente de hecho.

25.- El recurrente plantea en su motivo la tesis anglosajona del "Deep pocket" de que se ha intentado localizar a una persona jurídica con solvencia para que los perjudicados puedan cobrar, lo que no es cierto, ya que acreditada esta relación contractual referida en los hechos probados el vínculo de dependencia del condenado con la recurrente le hace a esta responsable civil subsidiaria ex art. 120.4 CP. No hay una especie de "búsqueda" de un "pagador solvente", sino una derivación de responsabilidad civil ex lege, en virtud de lo dispuesto en el art. 120.4 CP y la acreditación del vínculo entre autor del delito y la entidad por la que operaba en sus operaciones con terceros.

26.- Existe apariencia externa de legitimidad en la actuación contractual del condenado en sus relaciones con terceros, pese a la queja del recurrente. Es, precisamente, en base a esta apariencia por la que los clientes contratan amparados en la creencia y solvencia de la entidad bancaria, considerando que las inversiones se realizarían, y no pudiendo sospechar la existencia del fraude en modo alguno. Consta, así, en los hechos probados que *Entre el día 1 de septiembre de 2.001 y el día 31 marzo de 2.015, en virtud de un contrato de agencia el acusado desempeñó las labores de agente financiero de Bankinter, con oficina abierta al público, con anagrama de dicha entidad, lo que hizo a través de la entidad "Brokers Financieros de Navarra" SAL (constituida en fecha 30 de mayo de 2.000) de la que formaba parte el acusado y era administrador único, que fue quién suscribió el contrato de agente financiero con Bankinter.*

27.- No existe el exceso que propugna el recurrente, ya que la relevancia del vínculo contractual con Bankinter por el recurrente primero traslada a aquella la obligación de la diligencia debida en el control de las operaciones, ya que el uso del marketing y "apariencia bancaria" total frente a terceros no determina o exige un exceso en los clientes que pudieran comprobar si las operaciones estaban en su marco contractual por resultar inadmisibles exigir ello a un ciudadano que contrata con quien tiene atribuidas unas competencias, una responsabilidad y una exteriorización de que actúa por el banco.

28.- Apela el recurrente a una infracción de derechos fundamentales (art. 24.2 de la Constitución) y que BANKINTER ha sido condenada en virtud de una prueba que ha sido valorada de manera parcial, irracional y contra reo.

No hay que olvidar que nos movemos en el terreno de la responsabilidad civil, no penal, y todo lo que se refiere al ámbito de valoración de prueba, en todo caso debe referirse a que se ha pasado por el "tamiz" de la valoración de la prueba en materia de responsabilidad civil por el tribunal de instancia, y más tarde por el del TSJ, cuya valoración se corresponde con la mantenida por esta Sala en materia de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP.

Se ha llevado el análisis de la valoración probatoria y por el TSJ el del juicio de racionalidad de esa valoración probatoria. No puede pretenderse en sede casacional una revisión de la prueba para proceder a la modificación de la derivación de la responsabilidad civil a la entidad bancaria ante la claridad de los hechos y la valoración probatoria ya llevado a cabo.

La actuación probada del acusado confería a su gestión apariencia externa de legitimidad, en su relación con los inversores perjudicados, los cuales confiaron en el acusado por su condición de agente.



29.- Con respecto al tema de obras de arte por lo que se condena es por cantidades entregadas al amparo y abrigo de la condición de agente de Bankinter del condenado. Se trata de hecho probado y acreditado y sujeto a ese periodo concreto, a las entregas realizadas bajo el amparo del condenado de su condición y aprovechándose de esa condición y estructura bancaria de marketing que le amparaba. De ese aprovechamiento se determina la responsabilidad de la entidad bajo la que actuaba el condenado. Los perjudicados actuaron en esa creencia "exteriorizada" por el condenado.

30.- No pueden desprenderse por el responsable civil subsidiario cuestiones atinentes a la responsabilidad penal del condenado en cuanto a su ilícito proceder en relación con la Sra. Penélope, además de que se ha desestimado la ya alegada inexistencia de prueba que altere esa responsabilidad penal cuyo alegato corresponde en exclusiva al condenado.

31.- No se puede trasladar a la Sra. Claudia la responsabilidad de pretender conocer lo que había detrás de todo el operativo. La presunción de "conocimiento" por ser quien era no puede admitirse para excluirla como perjudicado. Sobre ello ya apuntó el TSJ que "También cuestiona la representación de Bankinter la responsabilidad civil subsidiaria que se le declara respecto de las cantidades defraudadas a la perjudicada Sra. Claudia, y ello por ser la exmujer del acusado. Nada se puede objetar al respecto. El condenado y la Sra. Claudia se separaron en el año 2008 y el engaño a esta persona comenzó posteriormente, en junio de 2009, como está plenamente probado, y se prolongó durante varios años. No es sino un ejemplo más del abuso de confianza que inspiró la actuación del acusado en los hechos enjuiciados."

32.- El defecto de control que alega la recurrente no existir está ínsito en la responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.4 CP por estar en el marco de la actuación contractual del condenado. En el marco de la objetivación de la responsabilidad por esta vía no hay que olvidar que no se trata de ahondar o especificar la actuación contractual del condenado con los clientes, sino la realidad contractual del "paraguas" utilizado por el condenado primer recurrente del que se aprovechó para realizar las operaciones de la estafa piramidal. No se condena por el déficit de control, sino por la relación de dependencia contractual y por la actuación del recurrente en el marco de esta dependencia, no con ajenidad a la misma e incidimos en que no puede trasladarse a los perjudicados actuar "con poca diligencia", por cuanto la apariencia lo era de contratar con quien actuaba por el banco, no por cualquier otro. No se puede pedir un "plus" a los perjudicados cuando la realidad de la relación contractual entre condenado y entidad bancaria era una realidad evidente y cierta. Todo lo que se operó fuera de la misma se ha excluido expresamente.

33.- Resulta irrelevante a los efectos de la derivación de la responsabilidad civil a la entidad bancaria que ésta no se haya visto beneficiada por las operaciones fraudulentas del condenado. Ello no forma parte de la línea para excluir la responsabilidad civil ex art. 120.4 CP.

Pues bien, sobre la responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.4 CP existe ya un sólido cuerpo de jurisprudencia en el que podemos destacar:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 213/2013 de 14 Mar. 2013, Rec. 688/2012

"Debemos recordar que la responsabilidad civil por el hecho ajeno responde en nuestro derecho a tres criterios de imputación:

A) La culpa. Así, el art 118 CP obliga a responder a los que tengan a un inimputable bajo su potestad o guarda "siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte".

B) La culpa presunta. La responsabilidad subsistirá, mientras el presunto responsable no pruebe que actuó con toda diligencia en la prevención y evitación del daño. Así el art 1903 del CC . cuando indica que "la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño".

C) Responsabilidad vicaria. La expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por tanto, objetiva.

Junto a ello, también puede ser clarificador que examinemos el fundamento de cada responsabilidad:

- En la responsabilidad por culpa, en primer lugar, hay una función indicativa, de tal modo que se denota que las facultades que tiene atribuida el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse erga omnes y no sólo inter partes. En segundo lugar, de modo específico para la responsabilidad civil ventilada en el proceso penal, se pretende expresar, que, de entre todos los posibles culpables, en sentido civil, de un daño, ese y sólo ese puede ser traído al proceso penal.



- En la responsabilidad por culpa presunta, la justificación se puede encontrar en el principio de "normalidad", y también puede fundarse en la "facilidad probatoria", pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad objetiva. De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 CC) cuando, acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes para precaver el daño.

- En la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad subjetiva es microscópico y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos. Si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal.

La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica, en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo, y extiende temporal, objetiva y subjetivamente el foco, viniendo a examinar si el responsable no era quien estaba en mejores condiciones para, modificando alguna decisión organizativa, disminuir o aumentar de forma relevante la probabilidad de daño.

Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismos principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad.

Concretamente, el art. 120.4 CP considera que "son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

4º) 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".

La interpretación de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad se efectuaba, en la Jurisprudencia basada en el CP anterior (SSTS 1 de abril de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 23 de abril, entre otras), con un criterio amplio, apoyándose la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria no sólo en los pilares y tradicionales de la "culpa in eligendo e in vigilando" sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio "qui sentire commodum, debet sentire incommodum".

Así por ejemplo, la STS de 30-3-1989 señala que esta responsabilidad se fundamenta "en la idea de riesgo para imputar a quien lo crea, mediante un servicio que le reporta utilidad beneficio o simple comodidad, los eventos perjudiciales derivados, y en esta línea interpretativa se ha entendido que la relación de dependencia o servicio que vertebraba la aplicación de la norma legal puede ser laboral o no, y es indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria; exige empero un acuerdo de voluntades mínimo , en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la posible intervención del principal mediante órdenes e instrucciones, lo que mediatamente conecta con la existencia de culpa in eligendo o in vigilando , debiendo subrayarse este punto para matizar ciertas afirmaciones de responsabilidad objetiva o in re ipsa frecuentes en las resoluciones judiciales".

Más modernamente, la jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad, (Cfr. STS. 1096/2003, SSTS 239/2010 de 24.3, y 1036/2007 de 12-12; STS 27-6-2012, nº 569/2012) precisa que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual, quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "cuius commoda, eius est incommoda"), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa " in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y,



b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (SSTS., entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02)."

A primera vista, podría pensarse que la relevancia criminal de la conducta del empleado la aleja, normalmente, de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos, habrá de atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con uniforme de la empresa) o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa).

Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. (Cfr. STS. 23-6-2005, en un caso de camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus empleados, ausentándose de ella para cometer un delito de robo, violación y homicidio, argumentando que, si bien es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar, se derivan de la relación con la empresa).

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

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

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

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

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 298/2019 de 7 Jun. 2019, Rec. 2554/2018:

"En la sentencia de esta Sala 526/2018, de 5 de noviembre, que a su vez se remite a la 260/2017, de 6 abril, recogiendo y sintetizando la doctrina de este mismo Tribunal (SSTS 569/2012, de 27-6; 213/2013, de 14-3;



532/2014, de 28-5; 811/2014, de 3-12; y 413/2015, de 30-6, entre otras), se interpreta el art. 120.4º del C. Penal en el sentido de que "...debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario.

Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4º, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones" (STS. 47/2006, de 26.1).

Pero también debe excluirse -prosigue diciendo la sentencia 260/2017- que el empresario responda de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo.

Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final.

Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4º CP es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito -la dependencia- se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito-, y en el segundo -la funcionalidad- se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (SSTS. 89/2007, de 9.2; y 51/2008, de 6.2). Aun más, como precisa la STS. 28 de mayo de 2014, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente 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 -señala la STS 260/2017- es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente 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). "

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 882/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 884/2014:

"El artículo 120 del CP contempla distintos casos de responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado, que opera en defecto de la de los penalmente responsables.

Art. 120.4 CP: El del apartado 4º responde a la clásica concepción la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus principales (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que ha sido interpretada por esta Sala casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad (entre otras SSTS STS 91/2005, de 11 de abril, 229/2007 de 22 de marzo o 370/2010 de 29 de abril).

Se trata de una responsabilidad que abarca incluso los supuestos de extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte del dependiente y que queda delimitada con arreglo a la teoría de la apariencia. Según



ésta, en palabras de la STS 532/2014 de 28 de mayo, el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal.

4.- En la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 210/2021 de 9 Mar. 2021, Rec. 1615/2019 se mantuvo la condena por la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria ex art. 120.4 CP en un caso de actuación de fraude con clientes del director de sucursal bancaria que propuso determinadas inversiones y movimientos de dinero para aflorar a la legalidad dinero negro de varios clientes, buscando en realidad su lucrarse de modo ilícito. Disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral, como sucede en este caso.

Por ello, como en este caso, existió un ilícito penal que atrae la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria, porque, como en el supuesto ahora analizado, el condenado actuó bajo la cobertura del banco, y aprovechándose de ella. Que por ello cometiera un delito no conlleva que se trate de una "extralimitación" que excluya la responsabilidad civil subsidiaria del banco.

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 643/2018 de 13 Dic. 2018, Rec. 2094/2017

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

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

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

Con ello, en el caso que nos ocupa el condenado actuó dentro del vínculo contractual con Bankinter y amparo en ello, y así consta en el "factum" en torno a:

"a.- El acusado, entre el día 1 de septiembre de 2.001 y el día 31 marzo de 2.015, en virtud de un contrato de agencia desempeñó las labores de agente financiero de Bankinter, con oficina abierta al público, con anagrama de dicha entidad, lo que hizo a través de la entidad "Brokers Financieros de Navarra" SAL (constituida en fecha 30 de mayo de 2.000) de la que formaba parte el acusado y era administrador único, que fue quién suscribió el contrato de agente financiero con Bankinter.

b.- El acusado como agente de Bankinter funcionaba como si fuera una sucursal del banco, siendo la número 4.870, teniendo la oficina sita en la Castillo de Maya y posteriormente en Avda. Galicia, debiendo usar los logotipos del banco, disponiendo de documentación de esa entidad bancaria y funcionando en definitiva como una sucursal del mismo, salvo que no podían tener caja, ni recibir ni dar dinero en efectivo.

c.- Dada la actividad financiera que había realizado el acusado en el sector bancario con facultades directivas en distintas entidades bancarias, y aprovechando la confianza que esa actividad generaba, y al figurar frente a terceros como agente financiero de Bankinter consiguió que un buen número de personas le confiaran



importantes cantidades de dinero, en la esperanza de que se invirtieran realmente con la finalidad de obtener una rentabilidad".

Resulta indudable que el fraude se integró o facilitó por esta relación con la entidad bancaria que positivizó la confianza de los clientes del primer recurrente de que las inversiones se realizarían. Nada les hizo sospechar lo contrario, y menos lo que estaba ocurriendo y el dolo del condenado respecto a donde iba a destinar esos importes, cual era su beneficio propio, no constando haberlo devuelto todavía.

Hubo un "prevalimiento" del vínculo con Bankinter para delinquir y se aprovechó de ello, lo que permite objetivar la responsabilidad civil por tener la empresa que asumir el riesgo de este daño causado a terceros bajo la cobertura como agente del autor del fraude en relación a la entidad.

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 525/2022 de 27 May. 2022, Rec. 1705/2021

"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)".

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 105/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 485/2017

Se trata de un caso semejante al ahora analizado en virtud de un concurso medial entre falsificación continuada en documento mercantil y estafa continuada y agravada por la importancia de la cantidad, pues muchas de las defraudaciones individualmente consideradas superaban los 50.000 euros. El acusado, agente de entidad bancaria, aprovechando la imagen de solvencia que le daba el uso de la marca, consiguió inversores que le entregaron elevadas cantidades de dinero bajo promesa de inversión con altos beneficios, con la exclusiva intención de lucro ilícito. Se declara y confirma por el Tribunal Supremo la responsabilidad civil subsidiaria de



la entidad bancaria, al actuar el acusado amparado con un contrato de agencia o colaboración. Interpretación extensiva de la vía del art. 120.4 CP.

"En la sentencia de esta Sala 260/2017, de 6 abril, recogiendo y sintetizando resoluciones precedentes de este mismo Tribunal (SSTS 569/2012, de 27-6; 213/2013, de 14-3; 532/2014, de 28-5; 811/2014, de 3-12; y 413/2015, de 30-6, entre otras), se interpreta el art. 120.4º del C. Penal en el sentido de que "...debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4º, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones" (STS0 47/2006 de 26.1)."

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 585/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 3435/2019

Caso también semejante al que ahora nos ocupa. En este caso se trata de un delito cometido por el agente externo de entidad bancaria, que consiguió la entrega de dinero de diversos clientes con la promesa de inversiones financieras, cuando la verdadera intención era lucrarse con las mismas de modo ilícito. Continuidad y agravación por la importancia de la cantidad defraudada. Responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria que se aplica sobre la base de culpa in eligendo y culpa in vigilando y también de acuerdo a la teoría de creación del riesgo.

Existió un contrato de agencia de la mercantil de la que el acusado era socio único y administrador con el banco, en cuya virtud estaba en posesión y autorizado para utilizar los modelos impresos del banco así como su sello. Si el acusado crea una empresa y es el único socio y administrador, la relación de dependencia es directa, sin que la interposición de una sociedad suponga un cortafuegos que rompa la conexión entre el acusado y su principal, como agente autorizado para actuar en su nombre.

"Reiteradamente hemos declarado, por todas STS 865/2015 de 14 de enero, la necesidad de realizar una interpretación amplia del precepto, 120.4 CP, no sólo afirmando esa responsabilidad en la culpa in eligendo y culpa in vigilando, sino también de acuerdo a la teoría de creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades que de alguna manera puedan generar un riesgo para terceros deben soportar las eventuales consecuencias de orden civil respecto de estos terceros cuando resulten perjudicados.

De esta manera cuando concurren los requisitos de la existencia de una relación de dependencia entre el autor y el principal -que no requiere sea una dependencia jurídica, retribuida o permanente, bastando la meramente funcional, y que el delito que genere la responsabilidad civil, se inscribe en el ámbito del ejercicio, normal o anormal, de las funciones desarrolladas, y consentidas, por el infractor, el hecho generará la responsabilidad atribuidas en el precepto que se denuncia como indebidamente aplicado.

El acusado actuaba como agente autorizado de la entidad que recurre, utilizando en su actividad los impresos y sellos de la entidad que los presupuestos de la responsabilidad civil del art. 120.4 CP concurren en el hecho."

9.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 684/2004 de 25 May. 2004, Rec. 2921/2002

Se trata de un supuesto de director de banco que, basándose en la confianza que tenía con las clientas de la entidad, les propone un negocio donde habían de invertir su dinero, sin que tuviera intención de realizar tan negocio y utilizando el dinero para enjugar créditos al descubierto. Se trata, también, como en este caso de especial gravedad por la cuantía. Se declaró y confirmó la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria.

"En nuestro caso, como director de la oficina conocía los saldos de los afectados, así como la inexperiencia en materia de inversiones de los clientes a los que conocía muy bien, dada la fluidez de las relaciones en el plano profesional e incluso personal. La confianza que inspiraba el cargo de director de una entidad crediticia prestigiosa (motivo de aplicación del art. 250-7º C.P.), fue el determinante de la decisión de los perjudicados. Es en la Caja donde se firman ciertos documentos de la operación; es el director acusado quien le habla de D. Pablo como empresario solvente; es en la propia entidad crediticia donde se pagan las mensualidades del trabajo que desempeñó Candida durante unos meses en el gimnasio de Pablo y los intereses de la presunta inversión; es en el propio Banco y por su Director donde se realizan los traspasos y extracciones del numerario de las cuentas de las engañadas.

En síntesis, la ofendida siempre estuvo en la creencia fundada de que todas las operaciones se hacían con el asesoramiento y garantía de la Caja. I"



10.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 87/2022 de 31 Ene. 2022, Rec. 4802/2019

"Criterios jurisprudenciales, reiterados en múltiples resoluciones de esta Sala, como la 105/2018, de 1 de marzo, en supuesto similar al de autos, donde el condenado captaba importantes cantidades de dinero para inversión en un concreto producto que los clientes creían propios de Banesto, pero invertía el dinero, no solo en las cuentas de Banesto sino también en las suyas propias como persona física y como persona jurídica disponiendo del dinero a su antojo falsificando para ello en diversas ocasiones las firmas de sus clientes y realizando extracciones de dinero y transferencias sin su consentimiento; por lo que resultó igualmente condenado por estafa agravada en concurso medial con falsedad documental, es un agente financiero de la entidad Banesto y la entidad es condenada como responsable civil subsidiaria...n el caso de autos, indican los hechos probados que el acusado, Carlos Daniel, que había suscrito un contrato de Agencia Financiera con la entidad Banesto, explotó en concepto de agente financiero la sucursal de esa entidad (hoy Banco Santander) en la localidad de Llombay, donde actuaba como director de dicha oficina rotulada con el logotipo, mobiliario y demás elementos (papel, cuño, libretas o tarjetas) característicos de Banesto; y en ese estado de cosas, con un único e idéntico propósito y con intención de beneficio, realizó una serie de cargos no autorizados de clientes de la sucursal de LLombay mediante adeudos en concepto de cheque bancario y que posteriormente eran ingresados en cuentas de las que era titular en toras entidades, imitando, para ello la firma de los clientes en los documentos de autorización tanto para la extracción de dinero como para la orden de emisión de los cheques bancarios con el membrete y sello de Banesto...

...La jurisprudencia de esta Sala, ha tendido a interpretar el art. 120.4 de forma expansiva, posibilitado a que estamos ante una cuestión de responsabilidad civil que consiente interpretaciones extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal; por ende sólo cuando la conducta objeto de consideración presente rasgos de una abierta o radical heterogeneidad, es decir cuando el vínculo con el principal no existe o la conducta delictiva fuere absolutamente ajeno a las funciones desarrolladas para aquel, deja de operar a responsabilidad civil subsidiaria.

Así, en el concreto caso que contemplaba la sentencia 647/2021, se declaró que no procedía la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, porque el hecho delictivo, se cometió con posterioridad a que la condición de agente comercial fuera revocada; pero no es el caso de autos, donde la condición de agente financiero, con independencia de las restricciones que en el ámbito interno entre la entidad bancaria y el acusado, se hubieren establecido, perduró varios meses más, tras la indebida disposición de fondos que el recurrente tenía depositados en Banesto, por parte del acusado; pues la extracción incontestada mediante cheques contra su cuenta corriente, donde la firma del titular estaba falsificada se produce en diciembre y sólo por carta de 4 de mayo de 2011, se procede por parte del Banco a rescindir el contrato de agencia financiera) que vencía al final de septiembre."

Es por ello, por lo que la conexión que existe en los hechos probados de las operaciones desplegadas en la función que el condenado llevaba a cabo como agente de Bankinter determina la responsabilidad civil subsidiaria del banco ex art. 120.4 CP.

El motivo se desestima.

OCTAVO. - 2.- Infracción de ley del artículo 849.1º LECRIM por entender que, en el hipotético caso de apreciarse la responsabilidad civil subsidiaria, se habría producido una indebida aplicación del artículo 120.4 del CP en el cálculo de la misma.

Se plantea la queja en este motivo por fijación inadecuada del "quantum" de la indemnización, así como por acordarse la indemnización a inversores que no son acreedores a tal beneficio.

Se queja el recurrente de que se haya tenido en cuenta tan solo el informe de las acusaciones particulares y desoyendo el aportado por la defensa y que el criterio para no valorar el informe pericial procede exclusivamente de la atribución automática de responsabilidad por haber sido agente BANKINTER.

Se añade que se ha tenido en cuenta solo los criterios fijados por el autor de la defraudación y que no hay prueba documental que avale la deuda, todo lo cual queda al margen del motivo expuesto de error iuris.

No obstante lo expuesto, ante ello tenemos que volver a recordar que nos encontramos en un motivo de infracción de ley que exige el respeto de los hechos probados que se han fijado con detalle y claridad en el anterior motivo expuesto por el recurrente en cuanto a la relación directa del condenado, primer recurrente, con Bankinter y su núcleo de actuación bajo el abrigo y amparo de la cobertura de la entidad bancaria. Y ello, porque es la vía por la cual se realizan las operaciones en este caso con los perjudicados.

La formulación del recurso por parte del recurrente supone una pretensión de modificación de la valoración probatoria que no conlleva el respeto de los hechos probados que exige la articulación de un motivo por error



iuris del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que postula una modificación en la valoración probatoria con respecto a la pericial que aportó en detrimento de la valoración realizada respecto de la pericial de las acusaciones particulares, así como de la declaración del acusado en cuanto a la fijación de las personas y cantidades que se tuvieron en cuenta por el tribunal de instancia, y validado por el TSJ, con respecto a perjudicados y cuantificaciones económicas dentro del entorno del fraude cometido, pero ajustado, como antes se ha expuesto, a los periodos en los que el condenado intervino en representación y actuación formal con Bankinter.

La interpretación antes expuesta con respecto a inclusiones y exclusiones ha sido correcta en relación a la asunción de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP por la entidad bancaria con respecto a operaciones realizadas antes y continuadas después, ya que ambas se realizaron bajo un mismo entorno de cobertura por la entidad bancaria, pero excluyendo aquellas que se llevan a cabo con posterioridad al momento en que se produce el cese en la actuación bajo la cobertura de la entidad bancaria y no relacionadas con anteriores, ya que ello supone un plus de "continuidad en la misma relación". Se ha explicado anteriormente con detalle todo lo que se refiere al ámbito de la cobertura de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP y los argumentos jurídicos expuestos por el Tribunal de instancia validados por el TSJ, así como la referencia jurisprudencial extensa de esta sala con respecto a la responsabilidad civil subsidiaria en torno al precepto citado.

De esta manera, hay que tener en cuenta el informe del fiscal en cuanto a importes reclamados para cada perjudicado y principio dispositivo, y, además, se incide, pese a la oposición del recurrente, que lo que recoge como "extralimitación" en cuanto al fin de destino de las inversiones no le excluye su responsabilidad, en tanto en cuanto las operaciones que se incluyen en la responsabilidad ex art. 120.4 CP se llevaron a cabo en los periodos de tiempo en los que actúa como agente de Bankinter y con todo el equipamiento que hacía ver a los perjudicados el *buen fin*, *creencia transmitida o simulada* del condenado del dinero que invertían bajo la idea y el "refuerzo" formal y estructural de que lo hacían con quien trabajaba para la entidad bancaria.

Se ha hecho ya referencia al apartado de las "extralimitaciones" en la referencia jurisprudencial ya expuesta y su ámbito de cobertura, pero es que, además, exponiendo el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM se insiste en que estos señalan que: "Entre el día 1 de septiembre de 2.001 y el día 31 marzo de 2.015, en virtud de un contrato de agencia el acusado desempeñó las labores de agente financiero de Bankinter, con oficina abierta al público, con anagrama de dicha entidad, lo que hizo a través de la entidad "Brokers Financieros de Navarra" SAL (constituida en fecha 30 de mayo de 2.000) de la que formaba parte el acusado y era administrador único, que fue quién suscribió el contrato de agente financiero con Bankinter. El acusado como agente de Bankinter funcionaba como si fuera una sucursal del banco, siendo la número 4.870, teniendo la oficina sita en la Castillo de Maya nº 48, y posteriormente en Avda. Galicia n.º 11, de esta ciudad, debiendo usar los logotipos del banco, disponiendo de documentación de esa entidad bancaria y funcionando en definitiva como una sucursal del mismo, salvo que no podían tener caja, ni recibir ni dar dinero en efectivo...."

Dada la actividad financiera que había realizado el acusado en el sector bancario con facultades directivas en distintas entidades bancarias, y aprovechando la confianza que esa actividad generaba, y al figurar frente a terceros como agente financiero de Bankinter consiguió que un buen número de personas le confiaran importantes cantidades de dinero, en la esperanza de que se invirtieran realmente con la finalidad de obtener una rentabilidad.... El dinero una veces le era entregado en efectivo o mediante cheque en la oficina que el acusado Sr. Carlos Jesús tenía abierta como agente financiero de Bankinter, y otras le era remitido por transferencias a cuentas propias del acusado o de sus sociedades, sin que conste en ningún momento que las destinase el acusado a los fines para los que fue entregado, habiendo entregado en algunos casos a dichas personas importes en concepto de intereses, con la finalidad de que siguieran realizando las inversiones.

Las personas que hicieron entrega de dichos importes son: (Se citan).

..."

Con ello, debe ajustarse la queja al respeto de los hechos probados en torno a la actuación del condenado en el entorno funcional y profesional con la entidad Bankinter y la creencia de quienes creían que invertían en el respaldo y cobertura de la entidad.

Consta, además, con acierto, en la sentencia de instancia que "Respecto de las hijas de la Sra. Coro quedó acreditado en el acto del juicio y así se recogen los hechos probados que la titularidad de las hijas meramente formal, y que la real correspondía a la Sra. Coro, ya que la titularidad a su nombre de las imposiciones se hizo por indicación del Sr. Carlos Jesús, y a fin de poder tener garantizada "mayor importe" de la inversión, teniendo en cuenta que el límite de responsabilidad por depósitos bancarios (100.000 €) lo es por cada titular, por lo que estando ante una titularidad meramente formal y conociendo la real, no existe obstáculo para limitar la reclamación realizada respecto de la hijas de la señora Coro.



En relación a la reclamación en nombre de la Sra. Mónica, consta que el Ministerio Fiscal ha ejercido la acción civil derivada del delito de estafa del que fue ella sujeto pasivo y por lo tanto cumple con la legitimación para la reclamación de cantidad."

Se incluye la constancia de todos los perjudicados por las cantidades reales entregadas, fueran, o no, clientes anteriores, ya que la realidad de los hechos probados, a los que debe sujetarse el motivo, es que quienes se relacionaron con el condenado lo hacían en la creencia de que detrás de él estaba el banco, y no podían imaginar una actuación ilícita.

Volvemos a reiterar la extensa referencia jurisprudencial en torno al art. 120.4 CP que ha sido expuesta anteriormente en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP, sobre todo en casos semejantes ya analizados de agentes de bancos en operaciones similares y la responsabilidad civil derivada ex art. 120.4 CP.

El "debe" en estos casos no puede transmitirse a los perjudicados en una especie de "superior exigencia de autoprotección" cuando todo el operativo en la relación con el condenado se llevaba a cabo en la bien entendida creencia de que éste actuaba como si fuera Bankinter, como se ha dado en otros supuestos similares en los que la postulada "extralimitación" no opera para excluir la responsabilidad. Y se ha relacionado con detalle los supuestos de inclusión y exclusión de la responsabilidad para incluir los que operaron antes y después del cese y excluidos los que lo hacen después, a fin de vincular las operaciones con la creencia de que se "seguía operando" como se había hecho antes cuando lo era, en una extensión de la vinculación.

Todo lo que plantea el recurrente se lleva a cabo en un entorno de valoración probatoria ajeno completamente al motivo que se plantea que lo es por infracción de ley que exige el respeto de los hechos probados.

No se trataba de invertir por parte de quien no era cliente, ya que lo era al momento que contrataba y realizaba la operación con quien era realmente agente del banco. Y ello le deriva la responsabilidad civil a la entidad bancaria.

Expone el recurrente cuestiones relativas a prueba de importes entregados cuando nos movemos en terreno de infracción de ley y postula una revisión probatoria en función ya operada y revisada por el TSJ, pero en motivo ajeno a lo que se postula, lo mismo respecto a la valoración probatoria que reclama modificar en relación a clientes que pensaban que lo hacían con Bankia, o que cuestiona la valoración probatoria en torno a la acreditación de cuantías y perjudicados. Y para ello se remite a la valoración de la pericial aportada por la recurrente, cuestiones todas ellas ajenas por completo al motivo que plantea de error iuris cuando ya hay dos tribunales que han valorado la prueba y el del TSJ examinado el proceso de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria ante el mismo motivo ya expuesto ante el TSJ, y postulando una nueva revisión que es inviable en sede casacional.

Vuelve a hacer referencia en su motivo al informe pericial propuesto y practicado por la entidad bancaria, lo que no es viable volver a sostener en este motivo ajeno a valoración de prueba al comparar ese informe con el de la acusación, formulación ajena al motivo y a la pretensión en sede casacional.

Pues bien, además hay que señalar los siguientes puntos de relevancia adicionales:

1.- Hay que recordar el criterio expuesto por el TSJ en el FD nº 4 en su sentencia en cuanto a supuestos de inclusión y exclusión: "El criterio seguido en este punto por la sentencia impugnada es excluir de la responsabilidad de Bankinter, exclusivamente, a aquellas personas que habían entregado el dinero al acusado para su inversión, con posterioridad a su cese como agente financiero de dicha entidad (31 de marzo de 2015) y que, además, no habían sido clientes suyos con anterioridad a esa fecha. Por el contrario, declara la responsabilidad del Banco en todos los demás supuestos, con independencia de las fechas de las operaciones, del supuesto destino de las mismas, y ello en consideración a la condición de agente financiero de Bankinter que tenía o había tenido el acusado, con la confianza que en los perjudicados ello ocasionaba, así como en el defectuoso control ejercido por la entidad bancaria."

2.- Del mismo modo, la referencia a la contratación del condenado con Bankinter la recuerda el TSJ al apuntar que: "suscribió un contrato de agente de Bankinter S.A. con fecha 1 de septiembre de 2001, contrato que expresamente remite al entonces vigente Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio y normas que lo sustituyan o desarrollen. Señala el contrato que todas las operaciones se realizarán entre el Banco y las terceras personas presentadas por el Agente, produciendo sus efectos jurídicos directamente entre el Banco y las personas con quien este contrate, que a todos los efectos tendrán la condición de clientes de BANKINTER. También señala que el Agente deberá poner de manifiesto su carácter de Agente de BANKINTER, identificando al Banco de forma inequívoca en cuantas relaciones establezca con su clientela....se compromete expresamente a instalar en su oficina...los elementos publicitarios y de marketing que el Banco determine...Finaliza dicho contrato señalando que el Banco podrá inspeccionar en todo momento...la actividad del Agente derivada del presente



contrato, y a través de la División de Auditoría, podrá recabar del Agente, en cualquier momento, cualquier información de su actividad..."

3.- Que las operaciones se realizaron en ese entorno de vinculación con Bankinter lo recuerda el TSJ señalando que: "Todos conocían la condición, en ese momento, de agente financiero del acusado, así como su vinculación específica a Bankinter, no en balde su oficina como Agente, donde operaba, era una sucursal, con número específico de sucursal, rótulo, placa, tarjetas de visita...de dicha entidad. Lo anterior está reconocido por el acusado, por los clientes afectados, y por los propios empleados del Banco, es más, era obligatorio para él, según se desprende del contrato suscrito con Bankinter. Ante tal estado de cosas, en esos momentos, nada podía hacer pensar que estábamos ante una estafa semejante. Otra prueba evidente de que los clientes lo eran por él, y por lo que representaba, es que todos los perjudicados eran personas muy cercanas al acusado, con relaciones de amistad, familiares o de confianza, de muchos años de duración, o bien, en algún caso, familiares de los anteriores."

4.- Respecto a la ausencia de diligencia debida de la entidad bancaria y la cobertura de las operaciones que cuestiona el recurrente se destaca con acierto por el TSJ que: "el condenado remitió un escrito de fecha 22 de diciembre de 2014 a Bankinter solicitando su baja voluntaria como agente financiero, con fecha efectiva de 31 de marzo de 2015. Pues bien, a pesar de la normativa existente, antes recogida, no constan ni la contestación de Bankinter a dicha renuncia, ni la comunicación, obligatoria, de la misma al Banco de España, no se sabe si las hubo y, en su caso, en qué fecha. Pero no solo eso, es que, además, la oficina del acusado (la 4870) continuó con el mismo número y los clientes con el mismo número de cuenta, sin que sea admisible como justificación, según se dijo en el acto del juicio, que el cambio de número de oficina podía ser perjudicial para los clientes, porque, por el contrario, lo que generaba era la errónea confianza en los clientes de que la situación continuaba como antes. El propio acusado reconoció que después de su cese fue colaborador de Bankinter, y que esta figura no la distinguiría un cliente de la de agente, así como que cobró alguna comisión incluso en el año 2017. Por lo anterior, acierta la sentencia impugnada extendiendo la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas operaciones posteriores al cese del acusado como agente financiero de Bankinter, pero siendo parte integrante de otras iniciadas con anterioridad a dicha fecha, suponiendo una continuidad."

Y añade en cuanto a la diligencia debida de control: "Lo que es evidente es que fue a Bankinter a quien el acusado consiguió engañar nada menos que durante 15 años, a pesar de contar con departamentos especializados que tienen por objeto evitarlo, por lo que no resulta descabellado pensar que lo consiguiera también con personas ajenas al mundo financiero y que, además, tenían una relación de amistad y de confianza en el acusado que, evidentemente, en la entidad bancaria no concurría."

5.- Respecto de la reclamación de que no se tuvo en cuenta la prueba pericial de la parte recurrente se incide en este punto el exceso que supone en relación al motivo planteado que exige el respeto de los hechos probados y que no permite una revisión de la valoración probatoria ya examinada por el TSJ. En cualquier caso, éste ya explica de forma motivada en el FD nº 5 que:

"Alega la representación de Bankinter que la sentencia de instancia acoge íntegramente las aportaciones y conclusiones de la pericial emitida de contrario, sin que, por el contrario, estime pretensión alguna recogida en el informe pericial por ellos aportado. Eso es cierto, pero ello no implica que la sentencia no haya valorado dicho informe pericial, sino simplemente que no ha acogido sus tesis, lo cual tiene su explicación habida cuenta de que solo admite en su planteamiento inicial tres alternativas que tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la de esta Sala no comparten. Dichas alternativas (página 8 del informe, apartado de conclusiones) son: a) importes ingresados en Bankinter (lugar físico y no necesariamente en cuentas abiertas en Bankinter), por clientes de Bankinter con la intención de invertir en productos financieros (se excluyen las inversiones en oro y arte); b) importes ingresados en Bankinter (lugar físico y no necesariamente en cuentas abiertas en Bankinter), por clientes de Bankinter con la intención de invertir en productos financieros (se excluyen las inversiones en oro y arte y las que pretendían efectuarse en entidades distintas de Bankinter); c) importes ingresados en Bankinter (lugar físico y no necesariamente en cuentas abiertas en Bankinter) procedentes de cuentas de Bankinter titularidad de los querellantes, con la intención de invertir en productos financieros de Bankinter (se excluyen las inversiones en oro y arte y las que pretendían efectuarse en entidades distintas de Bankinter). Como se puede apreciar, la responsabilidad de Bankinter que se considera acreditada excede de dichos supuestos y extiende a otros que la pericial no contempla."

6.- Hace mención el TSJ con acierto a doctrina concreta de esta Sala en cuanto a que "Se ha acudido a la llamada doctrina de la apariencia. El principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal."



El acto de disposición de los perjudicados es la confianza que depositaban en el acusado como empleado de la entidad bancaria, ya que en su comportamiento aparentaba actuar como tal, dentro de sus competencias profesionales. El que el acusado no fuera empleado sino agente financiero de Bankinter no obsta a la subsunción del supuesto en el artículo 120.4º del CP, dados los amplios términos de su redacción, comprensivos de "empleados o dependientes, representantes o gestores" en que la jurisprudencia también ha incluido en casos como el presente a "agentes" Y en efecto, quedan incluidos los agentes que, como en este caso actúan bajo una externalización concreta que les hace ver a los clientes que actúan como si de la entidad bancaria se trataran. Siendo así, la entidad bancaria responde civilmente de ello por un "actuar" por el banco y en su representación, dentro del campo de extensión de la responsabilidad del art. 120.4 CP."

Resulta, pues, evidente la desestimación del motivo por las razones ya invocadas.

El motivo se desestima.

RECURSO ADHESIVO DE Pablo

NOVENO.- 1.- Artículo 849.1 LECRIM denunciando la infracción legal por inaplicación del artículos 4, apartado 1 del artículo 394 y apartado 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se queja el recurrente por la vía de la adhesión de que "la Sentencia recurrida incurre en infracción legal de los antes citados preceptos al no imponer a la apelante BANKINTER las costas causadas a mi representada con su recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra."

Ahora bien, hay que reseñar que señala el TSJ en el FD nº 6º de la sentencia que "En atención a todo lo expuesto, considerando esta Sala plenamente ajustada a derecho la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra objeto de este recurso, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado, de Brokers Financieros de Navarra SAL y de Gestores Financieros de Navarra SA, del recurso de apelación promovido por BANKINTER S.A., así como de la adhesión supeditada a la apelación formulada por la representación del perjudicado D. Ricardo , confirmando la misma en todos sus pronunciamientos.

No apreciándose motivos que justifiquen su imposición, procede declarar de oficio las costas causadas en la sustanciación del presente recurso."

Hay que señalar que la sentencia del TSJ desestima los recursos deducidos por Julián , de Brokers Financieros de Navarra S.L. y de Gestores Financieros de Navarra S.L., BANKINTER S.A y también del propio Pablo , actual recurrente.

Debe tenerse en cuenta que el TSJ ha desestimado los recursos interpuestos ante esa sede judicial, incluido el del propio recurrente, ahora también en adhesión, pero en los tres casos en los que desestima los recursos, incluido el del recurrente, tampoco impone las costas, por lo que se parte de un criterio igualitario en torno a la plasmación de la exclusión de las costas que debe ser confirmado al no existir razones para fijar un tratamiento desigual a iguales posiciones procesales y de resultado en la sentencia dictada por el TSJ, lo que conlleva la desestimación del motivo del recurso adhesivo alegado en cuanto al formulado por Bankinter.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 2.- Artículo 849.1 LECRIM, denunciando la infracción legal por aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 21 del Código Penal.

Se denuncia la infracción legal por aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 21 del Código Penal.

Señala el recurrente que:

"En extracto, consideramos que la Sentencia recurrida incurre en infracción legal del ordinal 4º del artículo 21 del Código Penal al desestimar nuestra apelación adhesiva y confirmar en su Fallo el reconocimiento al condenado Sr. Carlos Jesús de la atenuante de confesión que ya le había aplicado la Sentencia dictada en este procedimiento por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra".

Pues bien, se ha analizado la atenuante de confesión de los hechos en el FD nº 3 de esta sentencia con motivo de la desestimación de la petición formulada por el recurrente en torno a que se apreciara la atenuante como muy cualificada.

Ante ello, tenemos que hacer mención a la argumentación expuesta en esta fundamentación jurídica, y en este caso con mayor razón desestimatoria, ya que es hecho constatado que hubo una confesión de los hechos por el recurrente que cumple con los presupuestos temporales y de eficacia exigidos jurisprudencialmente.

Reconoció al respecto el tribunal de instancia en el FD nº 4 que: "La declaración de autoinculpación del acusado antes de la efectiva apertura de un procedimiento contra él, se haya incorporada a los autos, y la misma como



refirió el agente de la GC les ayudó a localizar a los perjudicados, y que creía que estaba como perjudicados todos los que estaban en la autoinculpación.

Ello revela a juicio de la Sala que concurre la atenuante de confesión, del artículo 21. 4ª del C. Penal."

Y el TSJ en el FD nº 3 confirma la existencia de la atenuante de confesión como simple apuntando que: "Se cumplen los requisitos recogidos en el precepto legal, es decir, confiesa el delito a las autoridades antes de que se dirija el procedimiento, si bien es cierto que en este tipo de delitos, una estafa piramidal, la confesión se produce habitualmente cuando el delincuente se siente acorralado y sin ninguna posibilidad de escapatoria, como sucedió en el presente caso, y no fruto de un arrepentimiento madurado durante años, como pretende hacer creer, y buena prueba de ello es su actitud meses o semanas antes, con el percibo de una cantidad para inversión por parte de una de sus víctimas y que destina a la compra de un turismo, o con la venta de uno de sus dos barcos".

Por todo ello, como ha reconocido la sentencia del tribunal de instancia, debe mantenerse la atenuante fijada, ya que hay que recordar que hay confesión en plazo y forma, y esta atenuante ha evolucionado la figura desde una perspectiva netamente subjetiva, relacionada con una valoración moralista de la conducta, hasta adquirir una perspectiva netamente objetiva, en la que lo relevante a los efectos de su impacto atenuatorio es el dato objetivo de colaboración con las autoridades, no sólo poniendo de relieve los hechos, sino también colaborando de manera eficiente en la investigación, que ha de ser intensa y plena (STS, Sala 2.ª, núm. 454/2004, de 6 abril).

Así, la fundamentación de la atenuante ha sufrido también cierta variación, señalando la jurisprudencia que el actual instituto de la confesión se fundamenta en bases objetivas inspiradas en razones político-criminales de utilidad y pragmatismo, por las que se premia actuaciones posteriores al delito que supongan una colaboración relevante en la indagación del hecho delictivo y en la reparación de los efectos producidos por el mismo (SSTS, Sala 2.ª, núm. 1027/2004 de 24 septiembre y núm. 198/2004 de 18 febrero).

También la doctrina incide en la misma fundamentación y así, por lo que hace a esta atenuante de confesión de la infracción a las autoridades se fundamenta en tres poderosas razones de Política Criminal:

1.ª Por cuanto con la confesión se facilita la función de investigación por parte de la autoridad judicial, siendo con ello más fácil determinar, tanto las circunstancias que han rodeado al delito, como las personas que han participado, siendo ello un verdadero acto de colaboración con la Administración de Justicia.

2.ª Con la confesión se agiliza la tramitación y resolución final del procedimiento, consiguiéndose con ello dar una respuesta punitiva de forma rápida y eficaz. Y

3.ª La actividad de confesión, por la colaboración que ello supone, debe ser recompensada, siendo tal recompensa la atenuación de la sanción a imponer al responsable del hecho delictivo.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan:

- 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción;
- 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable;
- 3) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial;
- 4) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial;
- 5) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla;
- 6) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 477/2016, de 2 de junio).

La confesión del autor de los hechos debe tener la suficiente relevancia para conseguir reducir o evitar la investigación al máximo. Con ello, una confesión parcial o no relevante no tiene virtualidad para producir la atenuación de responsabilidad, ni como atenuante analógica.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 425/2017 de 13 de junio de 2017, Rec. 1551/2016 que:

"En el supuesto de la atenuante del artículo 21.4.ª CP nos encontraríamos ante la confesión antes de que conozca la existencia del procedimiento judicial y la contemplada en el artículo 21.7 daría cobijo a la atenuante



de confesión tardía de los hechos, que aunque no viene mencionada así en el Código Penal, viene siendo aplicada como atenuante analógica dentro del artículo 21.7 CP.

No resulta de aplicación ninguna de las atenuantes pretendidas, y así se estimó por la Sala, puesto que en ambos casos se requiere que la confesión sea útil para la investigación, facilite el desenlace de la investigación.

No queda justificado que cualquier confesión, incluida la tardía, sirva como atenuante cuando nada aporta a la investigación por tratarse de un caso de características absolutamente claras y diáfanas.

La justificación de estas atenuantes contempladas en el Código Penal es la colaboración con la Administración de Justicia, razón por la que resulta fundamental que la confesión se realice ante las autoridades y antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el que confiesa. Como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala esta confesión ha de ser útil, excluyendo los supuestos en los que la aparente confesión se produce cuando ya no existe posibilidad de ocultar la infracción o de eludir la acción de la justicia. Tampoco se valorará como atenuante cuando se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades".

Con ello, se exige una confesión de los hechos clara, contundente y eficaz que termine con la investigación, no surtiendo ningún tipo de efecto una confesión parcial o sesgada de los hechos que exija a la autoridad a continuar con la investigación. La ineficacia, o eficacia parcial no sirve ni como atenuante analógica.

Debe entenderse correcta la apreciación del tribunal en torno a la "suficiencia" y eficacia de la confesión realizada por el recurrente primero, como se ha constatado en el procedimiento, y que, incluso, es motivo de ser cuestionado por Bankinter en cuanto a la validez que se otorga a todo lo que reconoce el autor del ilícito penal, lo cual fue tenido en cuenta por el Tribunal a los efectos de aportar datos importantes respecto al operativo que llevó a cabo. Es cierto que se desestima como muy cualificada por no venir rodeada del "plus" de exigencia que se requiere para esta cualificación, pero es correcta su apreciación como simple.

La circunstancia de que con respecto a alguno de los perjudicados, como es el caso de la Sra. Penélope, no lo reconozca no impide que sea apreciada la atenuante en razón al reconocimiento amplio llevado a cabo, pero no como muy cualificada, lo cual ha sido desestimado en esta sentencia también.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 3.- Artículo 849.1 LECRIM denunciando la infracción legal del ordinal 4º del artículo 21, de los artículos 61, 66, 70, 71, 74 y 77, del artículo 253, en relación al artículo 249 y ordinales 5º y 6º del apartado 1 del artículo 250, y artículo 392 del Código Penal, siendo estas infracciones las de las reglas de aplicación de la pena a imponer al Sr. Carlos Jesús por los delitos cometidos.

Al desestimarse el motivo anterior se desestima éste que estaba relacionado con la pena a imponer en el caso de estimarse la negativa a aceptar la atenuante de confesión del art. 21.4 CP.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- Al estimar parcialmente el recurso de Carlos Jesús (motivo 5º) se declaran las costas procesales de oficio, y con condena en costas respecto a los recurrentes a los que no se les estiman sus recursos (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

DECLARAR HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el acusado **Carlos Jesús**, con estimación de su motivo quinto y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 31 de julio de 2020 que desestimó los recursos de apelación formulados por las representaciones del acusado Carlos Jesús, de Brokers Financieros de Navarra S.L. y de Gestores Financieros de Navarra, S.L., así como de Bankinter, S.A., y de la adhesión supeditada a la apelación de Pablo. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los Responsables Civiles **BANKINTER, S.A.**, y **BROKERS FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.** y **GESTORES FINANCIEROS DE NAVARRA, S.L.**, y recursos de casación por adhesión de la Acusación Particular **Pablo**, contra indicada sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación



Particular. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 3758/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el rollo de Sala nº 3/2020, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 1450/2017, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña, seguido por delitos de estafa, falsificación y blanqueo de capitales contra el acusado Carlos Jesús , nacido el NUM004 de 1951, en Pamplona, hijo de Jesús María y de Maite , con D.N.I. nº NUM005 , domiciliado en CALLE000 , NUM006 de Castro Urdiales, C.P. 39700, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde el 26/7/17 hasta el 22/7/19, y en la que se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Primera, de fecha 16 de diciembre de 2019, que fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2020, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Al estimar parcialmente el recurso interpuesto por el acusado Carlos Jesús , con estimación de su motivo quinto, la pena a imponer se fija en 8 años 4 meses y 15 días, manteniendo el resto de la pena impuesta de multa, accesorias y responsabilidad civil, con declaración de oficio de las costas procesales, y desestimando el resto de los recursos interpuestos.

FALLO

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

Al estimar parcialmente el recurso interpuesto por el acusado Carlos Jesús , con estimación de su motivo quinto, la pena a imponer se fija en 8 años 4 meses y 15 días, manteniendo el resto de la pena impuesta de multa, accesorias y responsabilidad civil, con desestimación del resto de los recursos interpuestos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ