

EDJ 2014/7520

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-1-2014, nº 13/2014, rec. 828/2013
Pte: Martínez Arrieta, Andrés

Resumen

Estafa. Responsabilidad civil subsidiaria. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la acusación particular y el responsable civil contra sentencia que condenaba al acusado como autor de un delito continuado de estafa. Siendo clara la relación de dependencia y de trabajo del condenado y la entidad, y el provecho de la misma por su trabajo a cuya estructura pertenecía, se estima procedente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la entidad financiera. Con independencia de la fecha efectiva del cese del condenado como director de la sucursal del banco, continuó empleando los documentos del banco y mecanismos de actuación propios de un empleado suyo, antes y después de su cese (FJ 3 y 5).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.109 , art.120.4
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1174

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Tutela judicial efectiva

Resolución motivada de todos los temas planteados

Motivada

Congruente

En materia de responsabilidad civil

Vigencia de los principios dispositivo y de aportación

ESTAFA

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Responsabilidad civil

En general

PROCESO PENAL

PARTES

Responsable civil

Subsidiaria

Del empleador

Estimación

Supuestos diversos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado; Desfavorable a: Acusación particular, Responsable civil

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.109, art.120.4 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.1174 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita art.21.6, art.22.8, art.53, art.74, art.123, art.124 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.2, art.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 26 febrero 2013 (J2013/36556)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de enero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de la acusación particular de Gloria, Lucía Y Noelia Y BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera EDJ 2013/36556, que condenó a Rosendo delito continuado de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes Gloria, Lucía y Noelia todos ellos representados por la Procuradora Sra. Martínez Gordillo; el Banco Español de Crédito S.A. representado por la Procuradora Ibáñez de la Cadiniere Fernández; y como recurridos Rosendo representado por la Procuradora Sra. Medina Cuadros; Carlos Francisco representado por el Procurador Ortega Fuentes; e Juan Miguel representado por la Procuradora Sra. Martínez Gordillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción num. 10 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado 4794/07 contra Rosendo, por delito continuado de estafa, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 26 de febrero de dos mil trece dictó sentencia EDJ 2013/36556 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "D. Rosendo, con DNI NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM001 -1979, condenado en sentencia de fecha 16.03.05, firme el 31.7.06, por delito de falsificación de documento público a la pena de prisión de 3 años y 6 meses y por delito de apropiación indebida a la pena de prisión de 1 año y 10 meses, había sido contratado por BANESTO el 23.01.05, y con el propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, utilizando según las fechas de los hechos su condición de actual o anterior director de la entidad bancaria Banesto en la sucursal num. 1162 de la urbanización de Puerta de Hierro (C/Cantalejos, 3), cargo que desempeñó en el periodo del 16.5.2005 hasta el 11.1.2006, para ganarse la confianza de sus inversores y haciéndoles creer en la alta rentabilidad de sus operaciones, realizó los siguientes hechos:

1.- En los primeros meses del año 2006, el acusado contacta, a través de una tercera persona, con D. Celso y D^a Magdalena, quienes formaban la sociedad Ginser Instalaciones S.L., fingiendo ante ellos una voluntad de cumplimiento de la que carecía y ofreciéndoles la posibilidad de la obtención de elevados beneficios con la gestión de su patrimonio. Motivados por las manifestaciones del acusado y confiando en la certeza de las mismas, ingresan el día 27.3.2006 y el día 9.10.2006, la cantidad de 24.000 Eur. y 134.000 Eur., respectivamente, en la cuenta corriente del BBVA num. 01822243200201526032, titularidad de la mercantil CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, de la que el acusado Rosendo era administrador única y tenía el 99% de las participaciones.

Con posterioridad, el acusado, en nombre y representación de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA, y D. Celso y D^a Magdalena, en su propio nombre y representando a la sociedad Ginser Instalaciones S.L, formalizaron los contratos de gestión discrecional e individualizadora de carteras de inversión de fechas 1.7.2006 y 10.10.2006, en la que se asumía por parte de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL la inversión del patrimonio ingresado los días 27.3.2006 y 9.10.2006 por D. Celso y D^a Magdalena, con la intervención de INTERDÍN BOLSA SOCIEDAD DE VALORES S.A. como entidad de intermediación con los mercados financieros, -con que el acusado no tenía otra vinculación que la de ser cliente de la misma a través de la entidad CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL-, pactando el abono de unos intereses anuales del 19,26% y 19,67%, 462 y 2196,48 Eur. en concepto de intereses mensuales, por las cantidades respectivas de 24.000 y 134.000 Eur., y habiendo previsto en la cláusula sexta la disposición inmediata del cliente del patrimonio gestionado en caso de cancelación mediante la correspondiente notificación y en la cláusula séptima la posibilidad del cliente de retirar el efectivo de su cuenta poniéndolo en conocimiento de Jolga con antelación suficiente para que la operación pudiera realizarse correctamente.

D^a Tarsila, madre de Doña Magdalena, en la misma creencia de la obtención de una alta rentabilidad del capital invertido, ingresa el día 14.12.2006 desde su cuenta de La Caixa a la cuenta del BBVA con num. 01822243200201566032, titularidad de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, la cantidad de 60.000 Eur., formalizando en su nombre y representación de ésta última, el día 15.12.2006 con el acusado, el mismo modelo de contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, asumiendo JOLGA la gestión del patrimonio ingresado por el cliente, con la misma intervención de INTERDÍN BOLSA S.V.SA como entidad de intermediación con los mercados financieros; la obligación de abono del 19,67% por intereses anuales y 1000 Eur. en concepto de intereses mensuales y acordando en la cláusula sexta la disposición inmediata del cliente del patrimonio gestionado en caso de cancelación y en la cláusula séptima la posibilidad del cliente de retirar el efectivo de su cuenta.

Entre enero y marzo del año 2007 D. Celso, y D^a Magdalena y D^a Tarsila, percatándose del cambio de gestión de su patrimonio, que de haberse previsto que fuera diaria, pasa a ser mensual, obteniendo pérdidas y no habiéndose depositado los intereses pactados, requirieron insistentemente e infructuosamente al acusado la devolución de los fondos ingresados, no realizándolo en tanto que los había incorporado a su patrimonio.

2.- Con igual intención y utilizando similares artificios, el acusado contactó con D. Carlos Francisco, consiguiendo que éste contratara un plan de pensiones con dicha entidad, y abriera una cuenta en la referida sucursal desde el 31.10.05, lugar donde el acusado en esa fecha era director, ofreciéndole la posibilidad de invertir en Bolsa cantidades de dinero a cambio de obtener una elevada rentabilidad. A tal fin, D. Carlos Francisco, tras haber realizado una previa inversión con el acusado y siguiendo sus instrucciones, el 18.01.06 traspasó 150.000 Eur. de su cuenta en la sucursal de Puerta de Hierro, a favor de la mercantil JOLGA, de la que era administrador el acusado, por la confianza depositada en éste como director hasta esa fecha de la referida sucursal, entregándole posteriormente otros 270.000 Eur. más para inversión, pactando con INTERDÍN, un contrato de apertura de cuenta, depósito y administración de fecha 19.1.2006.

El acusado, en nombre y representación de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, formalizó con D. Carlos Francisco tres contratos de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión de fechas 1.2.006, 12.6.2006 y 14.12.2006, resultando ser el mismo modelo utilizado con D. Celso, D^a Magdalena y D^a Tarsila, pactándose en los respectivos contratos el abono de unos intereses anuales de 18%, 19,32% y 19,63% sobre los 420000 Eur., con una entrega mensual de 5000 Eur., 676 Eur. y 6870 Eur. en concepto de intereses; con la intervención de INTERDÍN BOLSA SOCIEDAD DE VALORES S.A. como entidad de intermediación con los mercados financieros, -con la que el acusado, en su condición de administrador único de la entidad CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, tenía una cuenta abierta como cliente, sin ninguna otra relación de colaboración o agencia con INTERDÍN-, y con la previsión en la cláusula sexta la disposición inmediata del cliente del patrimonio gestionado en caso de cancelación y en la cláusula séptima la posibilidad del cliente de retirar el efectivo de su cuenta.

D. Carlos Francisco reclamó al acusado la devolución de los fondos invertidos, hecho que el mismo no realizó, en tanto que los había incorporado a su patrimonio.

3.- Del mismo modo, valiéndose en este caso de la citada condición de director de Banesto como director de la sucursal de Puerta de Hierro ya referida, y con apariencia de una solvencia de la que carecía, contacta con D^a Gloria y su madre, D^a Lucía, clientes de la entidad bancaria, quienes le entregaron, al objeto de obtener rentabilidad del capital invertido, un total de 53.700 Eur. (entregas de 17.175 E, 3.500 E, 24.020 Eur., y otros 6000 Eur. y 300 Eur.), dando lugar las primeras tres cantidades entregadas, a un primer contrato suscrito el 1.08.05 con el acusado como director de la sucursal de Puerta de Hierro de BANESTO, por importe total de 44.700 Eur., siendo ampliado hasta los 53.700 Eur. en un segundo contrato idéntico al anterior de fecha 1.10.05; entregas que se realizaban en la confianza de que la inversión se hacía a través de BANESTO.

Del mismo modo, formalizan cada una un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con el acusado, en nombre y representación de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, los días 1.2.2006 modificado el día 19.4.2006 y 1.6.2006, respectivamente, utilizando el mismo modelo que en los hechos anteriores, con la intervención de INTERDÍN BOLSA S.V.SA como entidad de intermediación con los mercados financieros, para la gestión de las cantidades ingresadas en las anteriores fechas por D^a Gloria de 30.000 Eur., ampliado a 41.000 Eur. el 19.04.06 - según la anotación marginal-, y la cantidad de 24.000 Eur. ingresado por D^a Lucía, habiendo pactado un control diario de las operaciones y el abono para el primer contrato, de unos intereses anuales del 15% sobre la cantidad gestionada ingresada por D^a Gloria y 800 Eur. en concepto de intereses mensuales, modificada en 1100 Eur. mensuales y para el segundo contrato formalizado con D^a Lucía el abono de 800 Eur. en concepto de intereses mensuales, habiendo acordado en la cláusula sexta la disposición inmediata del cliente del patrimonio gestionado en caso de cancelación y en la cláusula séptima la posibilidad del cliente de retirar el efectivo de su cuenta.

En enero del año 2007, comprobándose que las inversiones bursátiles se hacen de forma mensual y no diaria, lo que ocasiona pérdidas y no obteniendo los intereses pactados, se requiere por parte de D^a M^a del Gloria y D^a Lucía la devolución de la totalidad de los fondos entregados al acusado, no procediendo a su devolución en tanto éste los había incorporado a su patrimonio.

Asimismo el acusado contactó con D^a Noelia, quien le conocía como director de la sucursal num. 1162 de la entidad bancaria Banesto, teniendo también como aliciente el de la obtención de una alta rentabilidad del capital invertido y confiando en la seriedad y veracidad de las manifestaciones del acusado, le entregó el día 1.12.2005 la cantidad de 60.000 Eur. en efectivo en la oficina de Puerta de Hierro, en virtud del contrato que suscriben ambas partes en la misma fecha, utilizando el acusado el sello de la entidad bancaria, cantidades que se iban a invertir a través de Banesto, estableciendo la obligación del acusado del abono de 1875 Eur. mensuales.

Con posterioridad, y siguiendo las instrucciones del acusado, D^a Noelia formaliza con D. Alexander en su condición de apoderado de INTERDÍN el 25.5.2006 un contrato de apertura de cuenta, depósito y administración de valores, con la finalidad de obtener una alta rentabilidad de las inversiones realizadas entregando dinero INTERDÍN, si bien para que el acusado se lo gestionase, hecho que desconocía INTERDÍN, ingresando la cantidad de 120.000 Eur. en la cuenta de Caja de Madrid con num. NUM002 que Noelia abrió en INTERDÍN BOLSA SV S.A.

De las cantidades entregadas, D^a Noelia recuperó 71.000 Eur., reclamando la cantidad restante de 109.000 euros al acusado, quien no procedió a su devolución, incorporándolo a su patrimonio.

4.- Utilizando la misma mecánica comisiva, prevaleciéndose de su condición de director de sucursal de la entidad bancaria Banesto de la Urbanización Puerta de Hierro en la oficina num. 1162, en el mes de septiembre de 2005 contacta con D. Juan Miguel a través de un tercero. Los días 1.10.2005 y 1.11.2005, el acusado recibió por parte del Sr. Juan Miguel en la oficina de Puerta de Hierro, en su

condición de director de esa sucursal, de modo que sus operaciones revestían de seriedad y con la confianza de que estaban respaldadas por la entidad bancaria de Banesto, la cantidad de 174.000 Eur. una el 1.10.05 de 77.000 Eur., y otra el 1.1.05 de 97.000 Eur., en virtud de los contratos de las mismas fechas constando en los mismos el logo de Banesto y el sello de Banesto, con la obligación contractual del acusado de la cesión a D. Juan Miguel de 834 y 1130 euros mensuales respectivamente.

De estas cantidades D. Juan Miguel recibió 23.568 Eur. en concepto de intereses.

Así mismo, en fecha 1.2.2006 y 1.7.2006 el acusado en nombre y representación de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL y D. Juan Miguel formalizan los contratos de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión para la gestión de un total de 60.000 Eur., recibiendo primero 30.000 Eur. el Sr. Rosendo el día 1.2.2006 y que completó hasta los 60.000 Eur., pactando el abono de unos intereses anuales del 100% para ambas cantidades y 2500 Eur. y 5000 Eur. en concepto de intereses mensuales, con la intervención de INTERDÍN BOLSA S.V.SA como entidad de intermediación con los mercados financieros, con la preisión en la cláusula sexta de la disposición inmediata del cliente del patrimonio gestionado en caso de cancelación y en la cláusula séptima la posibilidad del cliente de retirar el efectivo de su cuenta, resultando ser idéntico modelo que el utilizado con los otros perjudicados.

En enero del año 2007, comprobándose que las inversiones bursátiles se hacen de forma mensual y no diaria, lo que ocasiona pérdidas y no obteniendo los intereses pactados, Juan Miguel requiere al acusado la devolución de los fondos, si bien con resultado infructuoso ya que dichas cantidades se las había quedado para sí el acusado, y las había incorporado a su patrimonio.

El procedimiento ha tenido una instrucción de más de 5 años que no ha sido imputable al acusado".

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

" FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Rosendo como autor responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248, 250.1.5 ° y 74 del Código Penal EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante de reincidencia del art. 22.8 del CP EDL 1995/16398 y la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses y un día a razón de 4 euros por día con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP EDL 1995/16398 , y el abono de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado, indemnizará a los perjudicados, directa y personalmente por las siguientes cantidades, de las que responderán en concepto de responsables civiles subsidiarios la mercantil CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL y la entidad BANESTO, en los términos siguientes:

-A la entidad GINSER INSTALACIONES, la suma de 158.000 Eur., cantidad de la que responderá como responsable civil subsidiaria, la entidad CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL.

- A D^a Tarsila, la suma de 60.000 Eur., de la que responderá como responsable civil subsidiaria, la entidad CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL.

-A D. Carlos Francisco, la suma de 420.000 Eur., declarando como responsables civiles subsidiarios, a la entidad CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL, por la totalidad y a la entidad BANESTO hasa la suma de 150.000 Eur..

-A D^a Gloria y D^a Lucía, la suma de 118.700 Eur., declarando la responsabilidad civil subsidiaria de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL por la totalidad y de BANESTO hasta el total de 53.700 Eur..

-A D^a Noelia, la suma de 109.000 Eur., declarando la responsabilidad civil subsidiaria de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL por la totalidad y de BANESTO hasta el importe de 60.000 Eur.-

-Y a D. Juan Miguel, la suma de 234.000 Eur., declarando la responsabilidad civil subsidiaria de CORPORACIÓN FINANCIERA JOLGA SL por la totalidad y de BANESTO hasta el importe de 174.000 Eur..

Dichas cantidades devengarán un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos (artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

Se absuelve a la entidad INTERDÍN BOLSA S.V.SA, de la responsabilidad civil que se le había imputado, dejando sin efecto las medidas acordadas respecto de la misma.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación, del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de la acusación particular de Gloria, Lucía y Noelia y la representación del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de D^a Noelia, D^a Lucía y D^a Gloria:

PRIMERO.- Vulneración del derecho a obtener la Tutela Judicial efectiva de los tribunales reconocida en el art. 24 de la C.E. EDL 1978/3879

SEGUNDO.- Infracción de Ley en virtud del art. 849.2º LECRim. EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba.

La representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.

PRIMERO.- Y SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 º y 2º LECrim. EDL 1882/1 por error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Y CUARTO.- Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 º y 2º LECRim. EDL 1882/1 por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Se ha desestimado de formalizarlo.

SEXTO.- Infracción de Ley del art. 849.1º LECRim. EDL 1882/1 , por indebida aplicación del art. 120.4 del C.P. EDL 1995/16398

SÉPTIMO.- Infracción de Ley del art. 849.1º LECRim. EDL 1882/1 por inaplicación del art. 1174 del Código Civil EDL 1889/1 .

OCTAVO Y NOVENO.- Infracción de Ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 º y 2º LECrim. EDL 1882/1 por error en la apreciación de la prueba.

DÉCIMO.- Por vía del art. 849.2º LECRim. EDL 1882/1 , denuncia error en la apreciación de la prueba.

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

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de enero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO FORMALIZADO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE Gloria, Lucía Y Noelia

PRIMERO.- El primer motivo se interpone en interés de una de las perjudicadas que ejercieron la acusación particular, Noelia. Plantea la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al no haber dado respuesta a la pretensión de indemnización por importe de 108.000 Eur. que, expone la argumentación del motivo, fue objeto de aportación como prueba documental al inicio del juicio oral.

Antes de analizar el contenido de la impugnación realizada hemos de hacer constancia de la singularidad del presente proceso. En el juicio oral se produjo la conformidad de la defensa con las pretensiones jurídicas penales expresadas por las acusaciones celebrándose el juicio sólo respecto a la responsabilidad civil.

Con relación a la recurrente, Noelia, el tribunal declara que sólo se han acreditado dos entregas de 60.000 y 120.000 euros, reclamados y que ha percibido como devolución 71.000 euros. La recurrente reclamó en el juicio oral una ampliación de su pretensión indemnizatoria en 108.000 Eur. sin haber realizado una paralela modificación del escrito de calificación en su relación fáctica.

La responsabilidad civil derivada del delito actúa en el proceso penal sobre la base del principio de rogación que exige una relación fáctica en virtud de la cual se reclama una cantidad como derivada del hecho delictivo y una pretensión jurídica de resarcimiento. Pero es que, además, el tribunal ha declarado probado, la entrega por esta perjudicada de dos entregas, respectivamente de 60.000 y 120.000 euros y que le han sido devueltos 71.000 euros, por lo que declara la responsabilidad civil por 109.000 euros. También declara que no se ha probado la entrega de otras cantidades y, a tal efecto, es relevante el acta del juicio oral (Vid. acta recogida en vídeo hora 3, minuto 10) en el que la cantidad que ahora se reclama no fue objeto de indagación alguna a la testigo, ni tampoco al acusado. La prueba documental aportada por el perjudicado fue discutida por la representación del banco que expuso dudas sobre la recepción del dinero, y la falta de constancia de dicha entrega. En consecuencia se trata de una reclamación no probada que el tribunal ha dado respuesta a la pretensión deducida, en el sentido negativo a su probanza.

En un segundo apartado de la impugnación cuestiona la falta de condena en costas a la responsable civil subsidiaria. La desestimación es procedente toda vez que la lectura de los artículos 123 y 124 del Código penal EDL 1995/16398 impone dicha condena a los responsables criminalmente de un hecho delictivo, debiendo incluirse las costas de la acusación particular, en todo caso, respecto a los delitos perseguibles a instancia de parte, lo que no es el caso.

En consecuencia, la impugnación en la que expresa la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva carece de base atendible toda vez que la sentencia EDJ 2013/36556 ha dado cumplida respuesta a las pretensiones debidamente deducidas en los escritos de calificación, declarando no probado mas entregas que las que así refiere en el hecho y resolviendo la cuestión sobre la condena en costas.

SEGUNDO.- Analizamos en este motivo la impugnación formalizada en interés de Gloria e Lucía. Ambas recurrentes sostienen un error de hecho en apreciación de la prueba.

La vía impugnatoria elegida exige que el recurrente designe los documentos en virtud de los cuales, por sí mismo y sin necesidad de otra valoración, acredite un error en los hechos declarados probados o un hecho que deba ser incluido en la relación fáctica. Con una evidente oscuridad argumentativa el recurrente designa los documentos 12, 13 y 14 de la querrela así como los que obran bajo

los números 7, 8, 9, 10 y 11 de la querella pretendiendo que la suma de todo ellos determine la responsabilidad civil que fue instada de 199.795 euros. Para ello procede a una suma de las cantidades reflejadas en los cinco documentos referenciados bajo los números antedichos en los que se recogen bajo membretes de la entidad bancaria una suma total de 53.695 Eur.. Esa cantidad sumada a los 53.700 del documento 12 de la querella, más los de 44.700 del documento 14 de la querella, conforman una cantidad total de 199.795 Eur. que funda la pretensión indemnizatoria planteada en la instancia. El tribunal declara que los distintos documentos aportados con la querella no han cuantificado el capital recuperado, por lo que a dicha documentación adiciona la valoración de la testifical de Bernardino, conformando una valoración de la prueba en el sentido que expone en el hecho probado.

De lo expuesto resulta que los documentos designados no acreditan un error en la valoración de la prueba, pues el mismo el tribunal ha obtenido una convicción distinta al incorporar a esos documentos la testifical oída en el enjuiciamiento y que el tribunal ha valorado desde la perspectiva que expone la fundamentación de la sentencia EDJ 2013/36556 .

Consecuentemente el motivo se desestima.

RECURSO DEL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO BANCO DE SANTANDER

TERCERO.- Seguimos para el análisis de esta impugnación el sentido del informe del Ministerio público al impugnar este recurso. En el primer motivo denuncia el error de hecho la valoración de la prueba en relación a la cantidad de 150.000 Eur. que la sentencia EDJ 2013/36556 fija en favor de Carlos Francisco. Entiende que los hechos probados "son ciertos, sin embargo están incompletos". El motivo se complementa con el formalizado en segundo lugar por error de derecho, en el que refiere, con base en la modificación fáctica derivada del anterior, la indebida aplicación de los preceptos que regulan la responsabilidad civil subsidiaria. Sostiene el recurrente que dicha operación se hizo con posterioridad al cese de la relación laboral entre el condenado y la entidad financiera que recurre.

Ambos motivos, examinados conjuntamente, deben ser desestimados. Con independencia de la fecha efectiva del cese del condenado como director de la sucursal del Banco Español de Crédito, lo cierto es que en las distintas conductas, antes y después del cese, se continuaron empleando los documentos del banco y empleando mecanismos de actuación propios de un empleado suyo. De hecho, permaneció en la estructura de la empresa, aunque fuera de la sucursal durante cierto tiempo lo que ha permitido considerar que las actuaciones realizadas siguieran bajo amparo y cobertura de la entidad financiera declarada responsable civil subsidiaria, pues actuó, bajo la cobertura de la entidad bancaria, dentro de su estructura y utilizando documentos propios de la entidad.

CUARTO.- Al igual que el anterior unificamos el análisis de los motivos tercero y cuarto que se refieren a la responsabilidad civil subsidiaria declarada en favor de Gloria e Lucía. El recurrente hace referencia el contrato de agosto del 2005 por el cual se expresa que el acusado recibió 53.700 Eur.. En un segundo motivo referido al mismo contrato denuncia el error de derecho consecuente a la estimación del anterior motivo. Ambos motivos analizados conjuntamente se desestiman. El documento designado, al igual que los otros que refleja la recepción de cantidades, aparecen afirmados en su contenido por quien entonces era empleado, director de la sucursal bancaria del Banco Español de Crédito y lo realiza en papel oficial de la entidad financiera. Las argumentaciones del recurrente extrayendo conclusiones lógicas del mismo no alcanzan a la consideración de documento acreditativo, de un error máxime cuando su contenido, fecha y hasta lo que se refleja aparece corroborado por las testificales de quienes lo recibieron y por la declaración del imputado.

QUINTO.- En el sexto motivo de la impugnación denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de artículo 120.4 del Código penal EDL 1995/16398 en relación con la indemnización de 60.000 Eur. fijada en la sentencia EDJ 2013/36556 en favor de Noelia. La vía impugnatoria elegida debe partir del respeto al hecho de grado aprobado el cual declara que esta perjudicada conocía al acusado como director de la sucursal de la entidad bancaria Banesto y para la realización de las actuaciones se emplea el sello de la entidad bancaria y se informa por el empleado de la entidad de que se invertirían a través de la entidad bancaria. Frente a ese aserto fáctico el recurrente opone una serie de argumentos en virtud de los que entiende que la perjudicada conocía que las entregas se realizaban a título personal y no como empleado de la entidad bancaria.

La desestimación es procedente toda vez que en el hecho probado es clara la relación de dependencia y de trabajo del condenado y la entidad, y provecho de la misma por su trabajo a cuya estructura pertenecía por lo que la declaración de responsabilidad civil subsidiaria es procedente

SEXTO.- En el séptimo de los motivos plantea como error de derecho la indebida aplicación del artículo 1174 del Código civil EDL 1889/1 y 109 y siguientes del Código penal EDL 1995/16398 . Como el motivo anterior la impugnación parte del respeto al hecho probado y el recurrente no lo realiza sino que lo que pretende es modificar la inteligencia del hecho probado sobre la base de las propias declaraciones de la perjudicada admitiendo una devolución de dinero que recurrente imputa a una determinada operación financiera y no otra.

La impugnación es ajena al contenido del error de derecho que, como es sabido, debe partir del respeto al hecho probado en cuando permite declarar el error de la subsunción que plantea.

SÉPTIMO.- En el octavo motivo de la impugnación denuncia el error de hecho la apreciación de la prueba. Sin designar ningún documento pretende la acreditación de una omisión en el hecho probado referida a un contrato en el cual el acusado recibe 77.000 Eur. y otro del 30 septiembre 2005, en concepto de provisión apartamento. El motivo se desestima. El hecho probado refiere entregas de dinero y lo hace expresando la utilización del logo de la entidad bancaria y su sello realizándolo en fechas en que trabajaba por cuenta de la entidad financiera. Ningún error cabe declarar, por lo que el motivo se desestima, al no resultar el error que denuncia pues con independencia de las últimas motivaciones que guiaran a la entrega del dinero lo cierto es que éste se recepciona por el acusado siendo empleado del banco y con empleo de documentación del mismo.

OCTAVO.- En el noveno de los motivos de la impugnación cuestiona el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 120.4 del Código penal EDL 1995/16398 argumentando que "esa parte entiende que aunque la fecha de los contratos efectivamente el acusado era director de la oficina de Banesto y que en dicho contrato el logo de Banesto y en el de uno de noviembre figurará también el sello, sin embargo de la lectura del mismo se desprende que dicho contrato fue firmado por Rosendo a título particular, no como apoderado de Banesto como circunstancia está perfectamente conocida por Juan Miguel ".

La vía impugnatoria elegida parte del respeto hecho probado el cual refiere lo que el propio recurrente recoge por lo que ningún error cabe declarar y el motivo se desestima.

NOVENO.- En el 10º motivo de la impugnación denuncia el error de hecho la valoración de la prueba refiriendo que de las dos cantidades consignadas como recibidas por él acusado de 77.000 Eur. y de 97.000 Eur. la segunda cantidad incluye la primera. Para la acreditación de ese error que denuncia no designa un documento sino que realizan las conjeturas lógicas que le llevan a afirmar esa conclusión. El error de hecho exige para su estimación que se designe un documento del cual resulte, de manera fehaciente y autónoma cualquier otro medio de valoración, un hecho o un error el hecho declarado probado. Desde la perspectiva expuesta el motivo carece de contenido y debe ser desestimado.

FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de la acusación particular de Gloria, Lucía y Noelia y la representación del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., contra la sentencia dictada el día 26 de febrero de dos mil trece por la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2013/36556 , en la causa seguida contra Rosendo, por delito continuado de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas correspondientes a sus recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Martinez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012014100047