



Roj: **STS 4257/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4257**

Id Cendoj: **28079120012021100894**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2021**

Nº de Recurso: **5689/2019**

Nº de Resolución: **904/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1706/2019,**
STS 4257/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 904/2021

Fecha de sentencia: 24/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5689/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 904/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 24 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la acusada Dña. Patricia y de la Responsable Civil Subsidiaria **CAIXABANK, S.A.**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que condenó a la citada acusada de un delito de estafa, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente acusada representada por el Procurador D. Fernando Pérez Cruz y bajo la dirección Letrada de D. Ángel Angulo Fernández, y la Responsable Civil Subsidiaria Caixabank, S.A. representada por el Procurador D. Julio Cabellos Albertos y bajo la dirección Letrada de Dña. Irene Aмоса Vargas-Machuca, y la también Acusación Particular Rubén y Franecri, S.L. representada por la Procuradora Dña. M^a Belén Cambas Fernández y bajo la dirección Letrada de D. Juan Pedro Cosano Alarcón.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 2 de El Puerto de Santa María incoó Diligencias Previas con el nº 660/2014 contra Patricia, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que con fecha 25 de julio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Resulta probado y así se declara que: La acusada Patricia, mayor de edad, con DNI: NUM000, sin antecedentes penales, era auxiliar administrativo y desempeñaba las tareas de contabilidad en la entidad Franecri, sociedad Limitada con CIF número B11391307, de la que es administrador único D. Rubén dedicada a la explotación de actividades de restauración y catering; y en establecimiento de restauración "Los Portales" propiedad de D. Rubén y de su esposa María Antonieta, que explota como persona física el Sr. Rubén. D. Rubén y su esposa María Antonieta eran titulares de la cuenta número NUM001 aperturada en el Banco Santander (antiguo Banesto) en la sucursal de la calle Luna número 40 del Puerto de Santa María. Asimismo eran titulares de la cuenta corriente número NUM002 de la entidad Caixabank. Por otro lado la entidad mercantil Franecri SL era titular de la cuenta corriente del banco Santander número NUM003 y de la cuenta corriente de Caixabank (antes Cajasol) número NUM004 sita en la calle larga número 91 del Puerto. Entre las fechas 2004 y 2014, la acusada, guiada por un evidente ánimo de lucro y aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades. La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción. Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dichas sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas. *En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.* En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pago legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad. En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado. Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Franecri S.L., en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68. euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909



€. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros".

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

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D^a. Patricia , como autora responsable de un delito de Estafa de los art. 248, 249, 250.1 5º y 6º concurriendo las atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión, a la pena de tres años de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de tres euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y como autora penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390 1º y 3º del Código Penal, concurriendo las circunstancias atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión a la pena de prisión 15 meses y multa de seis meses con una cuota de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de costas procesales incluidas las de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil la acusada indemnizara a la entidad Franecri SL en la suma de 846.015 euros y a D. Rubén en la suma de 54.949 euros. Declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Caixabank por la cantidad de 657.182, 74 euros y de la entidad Santander por la suma de 243.798, cantidades que se incrementarán en el interés legal del dinero conforme el art. 576 de la LEC. Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes".

Por Auto de 30 de septiembre de 2019 se aclaró la anterior sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"LA SALA DISPONE: Aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido de que en antecedente de hecho cuarto en lugar de decir "La defensa de la acusada D^a Patricia , solicita al reconocer el fraude y restituir parte de lo defraudado que se le condene como responsable de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 391.1.1º y 3º del CP a la pena de 21 meses de prisión y 18 meses de multa con una cuota diaria de 3 euros y subsidiariamente por un delito de estafa de los artículos 250.1, 5º y 6º del C.P en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil a la pena de 2 años de prisión así como multa de 6 meses con una cuota de 3 euros e inhabilitan para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de confesión artículo 21.7 CP y muy cualificada de reparación del daños. Sin que proceda imponer cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil y subsidiariamente indemnizará a Fanecri SL en 831.204,02 Euros y a D. Rubén en 40.138,04 euros, deduciendo el valor en que se tase el vehículo entregado. La defensa de las entidades solicitaron la libre absolución al no existir responsabilidad civil subsidiaria actuando con diligencia y conforme a los protocolos establecidos", debe decir "La defensa de la acusada D^a Patricia , solicita al reconocer el fraude y restituir parte de lo defraudado que se le condene como responsable de un delito de falsedad continuado en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1.1º y 3º y artº. 74. C.P. Subsidiariamente, de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249, 250.1.5º y 74.2 del C.P. Es autora la acusada conforme al art. 28 C.P. Concurren las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del delito de falsedad: - Atenuante analógica cualificada de confesión. Artº 21 .7 C.P. - Atenuante de reparación moral. Artº 21.5 C.P. Subsidiariamente, en el concurso medial de falsificación y estafa: - Atenuante analógica cualificada de confesión. Artº 21.7 C.P. - Atenuante cualificada de reparación del daño. Artº 21.5 C.P. Procede imponer, conforme al Código Penal vigente en el momento de la comisión delictiva, por el delito continuado de falsificación con la aplicación de las circunstancias atenuantes, (cualificada de confesión y ordinaria de reparación moral), la pena de 05 meses y 08 días de prisión y la pena de multa de 02 meses y 08 días con la cuota diaria de 3,00 €. Subsidiariamente, en virtud del concurso medial de falsificación y estafa, con la aplicación de las atenuantes cualificadas de confesión y reparación del daño, la pena de 10 meses y 15 días de prisión, y la pena de multa de 2 meses y 08 días, con una cuota diaria de 3,00 € e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Responsabilidad Civil: No ha lugar por parte de la acusada. Subsidiariamente, ésta indemnizará con las siguientes cantidades, una vez distribuidas al 50 % entre los titulares de las dos cuentas corrientes el importe de lo entregado en concepto de dación en pago, los pagos a cuenta transferidos y el valor de tasación medio del vehículo: - A Franecri. S.L. en la suma de 822.334,02 €: (937.244,02 € - 109.705,00 € - 1.540,00 € - 3.665,00 €). - A Don Rubén y a Doña María Antonieta , conjuntamente, en el importe de 31.267,99€: (146.178,04 € - 109.705,00 € - 1.540,00 € - 3.665,00 €). La defensa de las entidades solicitaron la libre absolución al no existir responsabilidad civil subsidiaria actuando con diligencia y conforme a los protocolos establecidos". Notifíquese la presente resolución a las



partes, haciéndoles saber que es firme y que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, y remítase certificación de la misma al Juzgado de procedencia para que proceda a su ejecución".

Por Auto de 20 de noviembre de 2019 se rectificó la anterior sentencia conteniendo el siguiente Fallo:

"Rectificar la Sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido de recoger en el fallo que se trata de un delito continuado de estafa con mención expresa del artículo 74 del CP que regula la continuidad delictiva. Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme y que contra la misma no cabe interponer recurso alguno".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de la acusada Dña. Patricia y de la Responsable Civil Subsidiaria **Caixabank, S.A.**, 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 de la acusada **Dña. Patricia**, lo basó en los siguiente MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El fundamento del presente motivo se encuentra en lo normado y previsto en el arto. 24.2 C.E., por vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia en el delito de estafa. Se entiende vulnerado el derecho fundamental de presunción de inocencia consagrado en el arto. 24 C.E., en base a la inexistencia de prueba de cargo debidamente razonada sobre la concurrencia de engaño bastante por parte de la acusada Doña Patricia en el delito de estafa del arto. 248 C.P. por el que ha sido condenada.

Segundo.- Con carácter subsidiario del motivo A). El fundamento legal del presente motivo se encuentra normado y previsto en el arto. 24.1 C.E., por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Se entiende vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en el arto. 24.1 C.E., ante la ausencia de todo tipo de razonamiento en la aplicación simultánea y conjunta que hace el Tribunal de instancia de las penas correspondientes al arto. 74.1 C.P. y arto. 250.1.5 C.P., sin concurrir episodio defraudatorio superior a 36.000,00 €.

Tercero.- Con carácter subsidiario del motivo A). El fundamento legal del presente motivo se halla normado y previsto en el arto. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley al aplicarse indebidamente el arto. 250.1.6° C. P. Se entiende aplicado indebidamente el arto. 250.1.60 C.P., por cuanto el subtipo agravado de credibilidad empresarial no concurre, atendiendo a los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se pueda hablar de un "plus" de abuso de confianza.

Cuarto.- El fundamento legal del presente motivo se halla normado y previsto en el arto. 24.1 CE. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Breve extracto de su contenido: Se entiende vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en el arto. 24.1 C.E., en relación con el arto. 66.1.20 C.P., ante la ausencia de razonamiento en la decisión de bajar un solo grado, y no en dos, la pena.

Quinto.- Con carácter subsidiario al motivo A) en relación con el motivo B). El fundamento legal del presente motivo se encuentra normado y previsto en el arto. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, por considerar que se ha infringido el precepto penal de carácter sustantivo del arto. 74 C.P., al aplicar el párrafo primero y no el segundo en la imposición de la pena, en relación con el arto. 250.1.50 C.P. Esta defensa entiende que se ha infringido el arto. 74 C.P., por cuanto se ha condenado a la acusada a un delito continuado de estafa, concurriendo la agravante específica o subtipo agravado del arto. 250.1.50 C.P. (gravedad por la cuantía) aplicando el párrafo primero del arto. 74, y no el segundo, cuando ninguno de los actos defraudatorios excede de 36.000,00 €.

Sexto.- Relacionado con el motivo D). El fundamento legal del presente motivo se encuentra normado y previsto en el arto. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, al inaplicarse indebidamente el arto. 66.1.2° C.P. Se entiende vulnerado el arto. 66.1.20 C.P. por cuanto se ha rebajado en un grado la pena, en lugar de dos, no obstante apreciarse la concurrencia de la confesión y reparación del daño como atenuantes muy cualificadas.

Séptimo.- El fundamento legal del presente motivo se encuentra normado y previsto en el arto. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, al inaplicarse indebidamente el arto. 66.1.6 C.P. Se entiende vulnerado el arto. 66.1.60 C.P., en relación con el arto. 72 C.P., dado que en la última fase de la individualización de la pena, en su determinación dentro del arco punitivo legal, el Tribunal de instancia atiende exclusivamente al criterio de la entidad de la defraudación a lo largo de diez años.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Responsable Civil Subsidiaria **CAIXABANK, S.A.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Primero.- Por infracción de ley. Con fundamento en el núm. 2 del artículo 849 L.E.Crm., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; y ello al constar unidos a las actuaciones únicamente fotocopias ilegibles de tres de los innumerables cheques que se afirman cobrados indebidamente por la acusada en las oficinas de CAIXABANK, no constando acreditado que ella firmara otros cheques con rúbrica diferente de las autorizadas.

Segundo.- Por infracción de ley. Con fundamento en el núm. 1 del artículo 849 L.E.Crm., por infracción del artículo 286 del Código de Comercio. La Sra. Patricia era factor notorio de la empresa FRANECRI, y como tal sus actos en el tráfico jurídico se entendían realizados por la referida mercantil.

Tercero.- Por infracción de ley. Con fundamento en el número 1 del artículo 849 L.E.Crm., por violación del artículo 120.3 del Código Penal, indebidamente aplicado a CAIXABANK pese a no existir vulneración de reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, relacionados con la comisión delictiva que ha sido enjuiciada en la presente causa. Este motivo se plantea para el supuesto de estimación del primer motivo de recurso, determinante de la modificación solicitada de los hechos probados.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma. Con fundamento en el número 1 del artículo 851 L.E.Crm al entender esta parte que existe manifiesta contradicción en el relato de hechos probados contenido en la sentencia.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional. Con fundamento en el artículo 852 L.E.Crm., y en el artículo 5.4 LOPJ, por violación del artículo 24 de la Constitución Española, derecho de defensa, al no valorar hechos y pruebas de descargo en los razonamientos contenidos en la sentencia.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional. Con fundamento en el artículo 852 L.E.Crm. y en el artículo 5.4 LOPJ, por violación del artículo 24 de la Constitución Española, derecho de defensa y derecho a la presunción de inocencia al omitir hechos y circunstancias de descargo en los razonamientos contenidos en la sentencia, probados en el desarrollo del juicio.

Séptimo.- Por quebrantamiento de forma. Se renuncia al motivo.

Octavo.- Por infracción de ley. Con fundamento en el núm. 1 del artículo 849 L.E.Crm, por entender esta parte que se han infringido preceptos sustantivos, tales como el artículo 156 LCCH, artículo 114 del Código Penal y el artículo 248.1 del Código Penal, por su indebida aplicación, al no concurrir un elemento del tipo del delito de estafa, esto es, el engaño bastante para producir error en otro, no debiendo responder de los perjuicios sufridos ningún tercero, al no derivarse responsabilidad civil, sino los propios perjudicados, al concurrir su negligencia.

Noveno.- Por infracción de ley. Con fundamento en el núm. 2 del artículo 849 L.E.Crm., al entender esta parte que la sentencia se aparta sin motivo alguno del valor pericial otorgado a los inmuebles sin que exista elemento probatorio alguno en la causa que contradiga dicha valoración.

Décimo.- Por infracción de ley. Con fundamento en el núm. 2 del art. 849 L.E.Crm., al entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documento que obra en autos, que demuestra la equivocación del Juzgador.

Décimo primero.- Por infracción de precepto constitucional. Con fundamento en el artículo 852 L.E.Crm., y en el artículo 5.4 LOPJ, por violación de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española, derecho de igualdad y derecho de defensa por entender que ha existido una manifiesta arbitrariedad y un tratamiento diferenciado en el criterio de valoración esgrimido para admitir unas pruebas periciales y denegar otras.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruida la Acusación Particular Rubén y Franecri, S.L. del recurso de la acusada Patricia, quien impugnó el recurso y solicitó su inadmisión subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 23 de noviembre de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por la representación procesal de la condenada Patricia, y CAIXABANK SA contra la sentencia 148/2019, de 25 de julio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el rollo 21/2018, por delitos de estafa y falsedad.

RECURSO DE Patricia



SEGUNDO.- 1.- Formulado al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Se hace constar que no concurren los elementos de la estafa, por cuanto se reseña que no existe engaño bastante, por cuanto en las entidades bancarias ha habido relajamiento en la observancia de los deberes de autotutela, y ello impide la maniobra "engañosa" de la recurrente.

Debe descartarse este motivo, habida cuenta que, en primer lugar, lo plantea por la vía de presunción de inocencia cuando lo es por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, ya que ataca el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena por entender que no concurre el elemento del "engaño bastante", y que la ejecución de los hechos lo fue, también, por el relajamiento de las medidas de autoprotección de los empleados del banco. No obstante, ya hemos reseñado que ello no impide el engaño bastante por quien como empleado del banco facilita el fraude, lo que no exonera de responsabilidad al autor de la estafa. No se puede desplazar una conducta como la probada al ámbito civil, cuando consta en los hechos probados que:

"La acusada Patricia, mayor de edad, con DNI: NUM000, sin antecedentes penales, era auxiliar administrativo y desempeñaba las tareas de contabilidad en la entidad Franecri, sociedad Limitada con CIF número B11391307, de la que es administrador único D. Rubén dedicada a la explotación de actividades de restauración y catering; y en establecimiento de restauración "Los Portales" propiedad de D. Rubén y de su esposa María Antonieta, que explota como persona física el Sr. Rubén.

D. Rubén y su esposa María Antonieta eran titulares de la cuenta número NUM001 aperturada en el Banco Santander (antiguo Banesto) en la sucursal de la calle Luna número 40 del Puerto de Santa María.

Asimismo eran titulares de la cuenta corriente número NUM002 de la entidad Caixabank.

Por otro lado la entidad mercantil Franecri SL era titular de la cuenta corriente del banco Santander número NUM003 y de la cuenta corriente de Caixabank (antes Cajasol) número NUM004 sita en la calle larga número 91 del Puerto.

Entre las fechas 2004 y 2014, la acusada, guiada por un evidente ánimo de lucro y aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades.

La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dichas sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.

En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pago legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad.

En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado.

Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Franecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68 euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma



defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros."

El engaño bastante se produce de forma evidente con respecto tanto a la entidad bancaria de la que obtiene los instrumentos para el fraude como frente a la mercantil. Pero, sobre todo, frente a esta última, ya que la condición del engaño opera y se produce en cuanto aprovechándose de su condición, realiza y lleva a cabo un operativo de fraude, que, no lo olvidemos, ha reconocido de forma expresa, al punto de que se le ha reconocido la atenuante de confesión, incompatible con postular la queja por negativa a aceptar los hechos probados. Los perjudicados fueron engañados por la recurrente y tardaron tiempo en detectarlo, como se destaca en la sentencia, incluso veremos que se ha expuesto en la misma las dificultades para su detección, dada la fórmula de "enmascaramiento" documental y contable que empleó y se declara probado, lo que enmarca el engaño bastante con ánimo de lucro y en perjuicio de la mercantil.

Nótese que el operativo era doble ya que:

- 1.- Obtenía con fraude los talonarios y extendía cheques para cobrarlos ella y
- 2.- Luego lo reflejaba en las cuentas de las sociedades para aparentar pagos legítimos.

Así lo señalan los hechos probados, a saber:

"En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pago legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad.

En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado.

Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06".

Con respecto al "engaño bastante" ya hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 1276/2006 de 20 Dic. 2006, Rec. 626/2006 que:

"El engaño puede concebirse a través de las mas diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 26.7.2000 y 2.3.2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.



En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo – SSTS 11169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6–, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003).

Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiéndose aplicable el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en sí mismo, sino por su censurable abandono y negligencia, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.



En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa."

Ahora bien, nótese que la recurrente construyó su modus operandi basada en la confianza con los empleados del banco, como consta en los hechos probados, y así se refleja que:

"La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dichas sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas".

Así, pese a que se ha aplicado la agravante del art. 250.1.6º CP ésta lo es solo respecto a la conducta ante la banca de la que se aprovechó para operar con los empleados de las entidades bancarias, que es cierto que pudieron extremar la prudencia, pero el engaño bastante lo cualifica por la confianza o credibilidad profesional,



lo que luego determinará la supresión de la agravante del art. 250.1.6º CP, al estar integrado en la facilitación del engaño, ya que esta confianza o credibilidad no consta en los hechos probados respecto de la mercantil para la que trabajaba la recurrente y, por ello, no puede aplicarse el abuso de confianza. Se hace constar "aprovechando su condición de trabajadora", pero ello no permite subsumir los hechos en la citada agravante del art. 250.1.6º CP que exige una constancia de ese aprovechamiento perfectamente probada y fijada que en su actuación hubo un aprovechamiento de su posición profesional en la empresa, lo que no es "deducible" de la forma de cometer los hechos, sino que debe recogerse en los hechos probados de forma clara.

Con respecto a la existencia de engaño bastante y la inexistencia de autotutela señalar que en la sentencia del Tribunal Supremo 35/2020 de 6 Feb. 2020, Rec. 2062/2018 ya expusimos que:

"En las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño". Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto



de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa".

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

No puede, por ello, introducirse el mecanismo de la "autotutela" como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima "por haber sido engañados", y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra u otras personas, como aquí se declaró probado.

Así pues, una cosa es que las empresas estén hoy en día adoptando e implementando programas de compliance, cada vez en mayor medida por la alta especialización de profesionales que lo están trasladando al sector empresarial a fin de evitar fraude interno -como aquí ha ocurrido- y externo con estos mecanismos de vigilancia, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar la empresa para protegerse, y que si no se hace en una elevada graduación de autotutela quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

Cierto y verdad es, sin embargo, que hemos señalado en otras ocasiones el problema que puede existir en el sector empresarial ante la ausencia de medidas o mecanismos de control, y más en casos como el aquí ocurrido, en el que se demuestra la facilidad con la que unos trabajadores, como se ha declarado probado, pueden llevar a cabo un daño relevante en su empresa, sin que se detecte durante 10 años.

Hemos reseñado, así, en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y Sentencia 365/2018 de 18 Jul. 2018, que es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del compliance como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

La circunstancia de la inexistencia de una medida de "autoprotección" de la empresa con el programa de cumplimiento normativo, no puede conllevar más que un propio error interno de la empresa que no ha seguido las recomendaciones que al respecto se están haciendo de implementar estos programas para aplicar la cultura del cumplimiento del derecho en la empresa y de las buenas prácticas que eviten la actividad delictiva tanto hacia dentro como hacia afuera.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante". Y en este caso, éste lo fue.

Nótese, también, que, -aunque luego lo niegue en su recurso CAIXABANK SA que queda probado-, el empleado del banco que no adopta medidas de control ante el cliente traslada a su entidad la responsabilidad civil, pero no hace desaparecer el engaño bastante si el autor de la estafa se aprovecha, como en este caso resultó probado, de la confianza de muchos años para acudir y pedir talonarios. La conocían, sabían que no había habido problemas con ella antes, y es la confianza la que cualifica el engaño, por lo que no se trata de un engaño burdo e incomprensible, y que los empleados podrían haber actuado de otra forma no impide que el engaño se entienda como bastante, porque la recurrente se aprovechó de esa confianza para actuar en el banco para coger los talonarios y cobrar los cheques. Hay engaño bastante.

Ya lo señalábamos en la sentencia del Tribunal Supremo 495/2011 de 1 Jun. 2011, Rec. 2582/2010:



"Es claro y patente que sobre la base del principio de confianza, que rige como armazón en nuestro ordenamiento, o de la buena fe negocial, éstos no pueden excluirse cuando se enjuicia un delito de estafa, y en el supuesto enjuiciado, no cabe atribuir a los empleados del Banco una manifiesta indolencia en la autotutela o una actuación irresponsable..."

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 228/2014 de 26 Mar. 2014, Rec. 737/2013 ya expusimos que:

"En la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

No puede pretenderse que en este caso se postule la aplicación de engaño burdo cuando la recurrente "se aprovechó" de esa confianza que se había granjeado para con los empleados después de muchos años de relaciones, por lo que es esta la que posibilitó el engaño, con independencia de la responsabilidad de las entidades bancarias, porque nótese que son dos las afectadas. Y que el engaño se proyecta sobre los perjudicados.

En cualquier caso, recordamos en la sentencia del Tribunal Supremo, 284/2008 de 26 May. 2008, Rec. 1432/2007 que:

"En el presente caso, sin embargo, la argumentación del recurrente acerca de una falta de autotutela por parte de Jose Luis y Jesús Manuel, incurre en un llamativo desenfoque en la identificación de los elementos del delito de estafa. La estrategia defraudatoria puesta en marcha por el acusado tuvo como destinatarios, no a aquellas dos personas a cuyo cargo se giraron las letras, sino a los empleados del banco que, confiados en la integridad de los títulos valores y en la existencia de relaciones comerciales previas entre denunciante y denunciado, aprobaron el descuento de las cambiales. El recurrente confunde a los engañados con los perjudicados. De ahí que cualquier reproche formulado a quienes deberían haber asumido el mandato de pago incorporado al título valor, carece de validez. Cuando aquéllos se percatan de que con cargo a su patrimonio se habían girado varias letras de cambio que no respondían a ningún negocio causal que justificara su puesta en circulación, el delito de estafa había sido ya cometido."

En este sentido, que la entidad bancaria no ejecute a fondo las medidas de protección no impide que el engaño sea bastante ante los que realmente fueron perjudicados en este caso, y que fueron las mercantiles desapoderadas de sus fondos en la cuantía fijada en los hechos probados.

Así las cosas, realmente el engaño bastante se ejecuta contra los realmente perjudicados que son quienes en su patrimonio se han visto desapoderados de las cantidades referidas en los hechos probados por la actitud de aprovechamiento de la recurrente que fue apoderándose durante diez años de cantidades reducidas que permitieron, por la prolongación del fraude interno y la falta de autocontrol de auditoría interna, dar lugar a la estafa en las dimensiones económicas que se produjo.

Pero no puede confundirse la estrategia con los bancos con el fraude y engaño a los perjudicados estafados. El engaño es bastante frente a ellos y determinante del ilícito penal. Confecciona los cheques, los cobra y adecúa la contabilidad a esta realidad personal de fraude en su beneficio.

Por ello, no cabe excluir la acción delictiva so pretexto de que la entidad bancaria no verificara la realidad que los documentos aparentaban. En el mundo de las relaciones mercantiles, por razones de fluidez de las transacciones y operaciones que se realizan, usualmente se actúa de conformidad a pautas de confianza y desconfianza, sin exigir a los empleados de una entidad bancaria un examen caligráfico cercano a una prueba pericial para justificar y aceptar una propuesta o petición de un cliente. Se debe partir del contexto en que se desenvuelve el fraude o engaño y presumir que el engaño que ha sido eficaz, es en principio bastante, pues nunca el engañado quiso perjudicarse a sí mismo.

Habría que excluir como engañosas aquellas hipótesis de utilización de instrumentos falaces, fácilmente descubribles. En este caso la recurrente ha reconocido los hechos. Actuó con fraude, con maniobra engañosa,



aprovechando del principio de confianza y diseñó un sistema para obtener de forma sencilla a cargo de las empresas para las que trabajaba un "dinero fácil" de obtener y con un diseño que costó, de todos modos, detectar al no existir auditorías internas ni programa de cumplimiento normativo, que es lo que realmente hubiera evitado este fraude tan prolongado de, nada menos, que diez años.

Consta en los hechos probados que la suma del fraude es de "1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Fanecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68. euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado."

De suyo, consta en la valoración de la prueba en la sentencia que:

"Por lo que como depuso el auditor es fácil que pasara inadvertido porque la sociedad tenía recursos para que no fuese llamativa. Como explica en su informe el perito las maniobras ilícitas se reflejan en la contabilidad de la sociedad no de forma directa sino indirecta por cuanto la contabilidad de Franecri SL constituye el instrumento que ha permitido ocultar y disimular las operaciones fraudulentas.

En este mismo sentido depuso el asesor Fiscal Sr. Moreno Zamorano que era imposible que se detectara por una persona normal, y D. Alonso quien depuso que para descubrirlo es necesario una auditoria."

Cierto es que un programa interno de cumplimiento normativo instalado en la empresa hubiera evitado el fraude interno, pero su inexistencia o la confianza de los empleados del banco no impiden apreciar el engaño bastante que concurrió, porque se aprovecha del puesto que desempeñaba de contabilidad para cobrar los cheques y disimular los cargos con gastos. Era ella la que fijaba esta contabilidad y sobre la misma no hubo control alguno, hasta que, como refleja la sentencia:

"Es detectado por otro banco más diligente: Debiéndose destacar que los perjudicados advierten el fraude por una llamada del Sr. Balbino, empleado de BBVA que depuso en juicio que llamo a la empresa tras personarse la acusada en la sucursal solicitando los talonarios sin poder ni autorización de los titulares de las cuentas."

La falta de control ad intra facilitó el delito, pero ello no exonera a la autora de su responsabilidad penal sobre la que, no olvidemos, la ha confesado.

La sentencia añade en esta línea del engaño bastante que:

"Sin que los perjudicados lo pudieran advertir al estar acogido el restaurante los Portales al sistema de módulos por lo que no se exige la llevanza de contabilidad exhaustiva; y la entidad Franecri SL ocultaba la defraudación de los fondos mediante el registro contable de las operaciones fraudulentas de modo que no fuera posible distinguirlas de la realizadas de forma legítima, el importe defraudado lo trasladaba a la cuenta de caja, cuando subía de forma llamativa se bajaba pagando proveedores, o los ingresos se contabilizaban como menor importe en caja y cuentas de socios y se contabilizaba como devolución de un préstamo a cuenta de caja".

El engaño lo fue en dos direcciones: para poder actuar ante el banco aprovechando la confianza y ante las empresas para que no se detectara el fraude. Si hubiera tenido implementado por los responsables un programa de *compliance* se hubiera reducido el riesgo de actuar de esta manera, pero ello no protege a la autora penalmente de su ilícito penal.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Se interpone por ausencia de todo razonamiento en la aplicación simultánea de la regla penológica del delito continuado del art. 74.1, y la agravación del art. 250.1.5 CP, toda vez que ninguno de los episodios defraudatorios supera la cantidad de 36.000 euros, incumpliendo la prohibición de doble valoración.

Y más tarde en el motivo 5º añade que:

"En los supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los distintos episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya ha sido tenida en cuenta para apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.5º C.P., sin que la cuantía individual de cada uno de ellos supere 36.000,00 € (50.000,00 tras la reforma de 2.010) se descarta el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 C.P., y se aplicará el art. 74.2 C.P. en la individualización de la pena.



En el fundamento de derecho sexto de la sentencia, el Tribunal a quo, como ya hemos reproducido, señalando "así para el delito continuado y agravado la pena prevista es de tres años y medio a seis años .. vulnera la prohibición del principio non bis in idem, la prohibición de la doble valoración."

Al respecto hemos señalado que: (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017)

"Debe recordarse que (entre otras Sentencia del Tribunal Supremo 611/2011 de 9 Jun. 2011, Rec. 2561/2010) en los casos de aplicación del subtipo agravado por la cuantía de lo defraudado existe compatibilidad con delito continuado (art. 74.1 CP) que no vulnera el ne bis in idem , según doctrina del Pleno no jurisdiccional de 30 Oct. 2007, cuando partiendo de la continuidad delictiva, alguna de las defraudaciones aisladamente consideradas excede 50.000 euros. Y como se cita en esta sentencia operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art. 250.1.6º cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11 ; 8/2008, de 24-1 ; 199/2008, de 25-4 ; 563/2008 , de 24- 9; 662/2008, de 14-10; y 973/2009, de 6-10). (50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010).

De igual modo hemos recordado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 656/2013 de 22 Jul. 2013, Rec. 2149/2012 , y también en la más reciente de esta Sala nº 162/2018, de 5 de Abril, que "Debe evitarse, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial (Sentencia 76/2013, de 31 de Enero o 173/2013, de 28 de febrero), que la apreciación de la continuidad delictiva, en supuestos de acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito continuado, como sucede en el caso actual, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio si es dicha acumulación la que determina la aplicación del tipo agravado por el valor de la defraudación y se aplica, además, la agravación punitiva del párrafo primero del art 74 por la continuidad.

Es decir, en estos casos la continuidad produciría un doble efecto: en primer lugar, la traslación del delito sancionado del tipo básico al agravado, por efecto de la acumulación prevista en el párrafo segundo del art 74. Y, en segundo lugar, la aplicación sobre este marco punitivo, ya agravado, de la norma que impone la pena en la mitad superior (art 74, párrafo primero).

En el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 esta Sala proclamó lo siguiente: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Con este acuerdo, que recoge la doctrina jurisprudencial ya consolidada, se ha pretendido un doble objetivo, como se señala en las STS 997/2007, de 21 de noviembre , 564/2007, de 25 de junio y 173/2013, de 28 de febrero. En primer lugar resolver las dudas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. El hecho es que en esta categoría de delitos se aplica además una regla especial establecida en el art. 74.2º del CP que en algunas resoluciones ha llevado a sostener la exclusión de la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1º del mismo texto legal .

No existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1º del CP . De ahí la importancia del acuerdo adoptado en el mencionado Pleno, con arreglo al cual, el delito continuado de naturaleza patrimonial también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de aplicar al delito patrimonial las razones de política criminal que justifican la norma del art. 74.1º del CP (STS 284/2008, 26 de junio , 199/2008, de 25 de abril y 997/2007, de 21 de noviembre).

En segundo lugar, el acuerdo referido obliga a la exclusión del efecto agravatorio del art 74 1º en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho.

En las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP . Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1º del CP , a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado (o de la falta al delito).

En estos supuestos, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1º del CP , determinaría la vulneración de la prohibición constitucional del "bis in idem".



Con ello, en este caso no existen, y no constan, partidas defraudadas por encima de los 50.000 euros, por lo que la cuantía defraudada por encima de los 50.000 euros se obtiene por la suma de todas las cantidades extraídas, sin que conste en los hechos probados que una sola exceda de 50.000 euros. Por ello, como hemos dicho, en las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP. Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1º del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado.

El motivo se estima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de la agravante 6ª del art. 250.1 CP.

Se ha aplicado la agravante del art. 250.1.6.º CP que señala que: "Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional."

Los hechos probados reseñan:

"Entre las fechas 2004 y 2014, la acusada, guiada por un evidente ánimo de lucro y aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades.

La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dicha sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.

En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pago legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad.

En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado."

No puede construirse la agravante bajo una lacónica mención en los hechos probados a que "aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades", ya que se trata de una descripción de un hecho insuficiente para aplicar la agravante. Además, se construye también el engaño bastante sobre la confianza, en realidad, por lo que no podría aprovecharse, asimismo, para aplicar la agravante por afectar al "non bis in idem".

Debe descartarse la agravante del art. 250.1.6º CP por no poder resultar de aplicación visto el sustrato de los hechos probados, y habiendo utilizado ya la confianza para integrar el carácter bastante de la estafa.

Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 192/2019 de 9 Abr. 2019, Rec. 10632/2018 sí se aplicó porque *"el basamento de todo el modus operandi de la recurrente estaba basado, precisamente, en esa confianza previa que había adquirido, que por sí misma integra la agravación más allá del "engaño bastante" propio de la estafa y del que supone ese plus antes referenciado. Para aplicar esta agravación es preciso que conste, como así ocurre en el presente caso, una relación ex ante que facilite la comisión del tipo penal y que conlleve*



una imprevisibilidad de los acontecimientos ilícitos de la persona en quien tienen depositada su confianza los perjudicados.

Es decir, no se trata en este caso que vuelva a valorarse dos veces la confianza integrante de la estafa en cuanto al engaño bastante, ya que, como señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 442/2007 de 4 May. 2007, Rec. 2/2007 "el hecho nuclear de la estafa no puede volver a valorarse con la finalidad agravadora por el simple hecho de que se aumentaran las ventas (bien que fraudulentamente). Este hecho no supone un cambio cualitativo en la relación de confianza que merezca un plus de reproche traducible en un plus de punición. Como es reiterada doctrina de esta Sala, la concurrencia de esta agravante específica queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en toda estafa, se realice la acción típica desde una mayor y cualitativamente diferente confianza o mayor credibilidad, acreditativa del plus punitivo, – SSTS 28 de Abril de 2000 , 626/2002 ó 1553/2004 –".

Es evidente que tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa, pero en este caso el Tribunal describe ese plus esencial y consustancial para la apreciación de la agravante.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 37/2013 de 30 Ene. 2013, Rec. 428/2012 se descartó esta agravación señalando que Podría hablarse de una situación de confianza genérica embebible en el propio engaño de la estafa, pero no de una confianza específica plasmada en datos empíricos concretos que legitimen el incremento punitivo que se prevé en el tipo cualificado. La conducta del acusado quedará pues subsumida en la estafa básica continuada del art. 249. Pero no es el presente caso en donde existe un plus en esa confianza o relación que, precisamente, fue lo que facilitó el ilícito penal.

Por ello, podemos destacar como presupuestos para la aplicación de esta agravación específica del art. 250.1.6º CP los siguientes:

1.- Además de quebrantar la confianza genérica subyacente en los delitos que se remiten al art. 250 CP se comete el delito desde una situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza a determinadas relaciones previas.

2.- Acreditación de la confianza con atropello a la fidelidad, lo que aquí consta claramente al firmarle los documentos que les presentaba " a la firma", prueba evidente de una máxima confianza absoluta.

3.- El presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa. Incide en ello el Tribunal al mencionar "la relación laboral que databa de más de veinte años, las tareas específicas que llevaba a cabo, contabilidad de la empresa, anotación de todos los apuntes contables, elaboración de la documentación para el pago de nóminas, apertura del correo, llevanza de facturas, pase de la firma, llevanza de los pagos, reintegros y cheques una vez firmados a la entidad bancaria, incluso la retirada de la pensión que por jubilación percibía uno de los socios en otra cuenta, previa firma del talón de reintegro."

4.- Una relación personal más allá de la laboral o contractual que facilita la comisión del ilícito penal; favorecimiento que es la base de la agravación al suponer ese "plus" que se exige en su reconocimiento.

5.- En el abuso de relaciones personales se pone el acento en una especial vinculación por razones de amistad o familiaridad, en tanto que en el abuso de credibilidad empresarial o profesional, el acento está en las propias condiciones o cualidades del sujeto activo, cuyo reconocimiento en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales justificarían el decaimiento por parte de la víctima de las prevenciones o precauciones ante cualquier estrategia engañosa (STS 343/2014, de 30 de Abril).

Señala, también, la doctrina jurisprudencial que su fuente puede ser varia, y así:

a) de amistad, como lo es el supuesto en el que la acusada abusó de la especial relación de estrecha amistad que mantenía con sus víctimas, tras años de vinculación con ellas, previa y distinta a la confianza subyacente al propio hecho delictivo consistente en fingir su falsa condición de abogado para, so pretexto del desenvolvimiento de una actividad profesional aparente, obtener la entrega de cantidades de dinero que aplicaba a fines propios [STS, Sala 2.º, núm. 811/2006, de 13 de julio (Rec. 1526/2005)];

b) sentimentales, caso del acusado que se aprovechó de las relaciones sentimentales que mantenía con una de las víctimas para convencerle de la buena inversión a que iba destinar su dinero [STS, Sala 2.ª, núm. 2015/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Rec. 2647/1999)];

c) asistenciales, en los que son supuestos paradigmáticos de abuso de relaciones personales la conducta de los acusados, Director y Supervisora respectivamente, de una residencia psiquiátrica, que prevaliéndose de esta situación de confianza consiguieron que la víctima ingresada en dicha residencia por su hijo les facilitara su



huella digital para realizar operaciones en perjuicio de la víctima [STS, Sala 2.ª, núm. 280/2005, de 4 de julio (Rec. 601/2004)], o aquel otro en que la Directora de una residencia de ancianos se aprovecha de la debilidad mental de dos internos para despojarles de su patrimonio [STS, Sala 2.ª, núm. 1533/2005, de 27 de diciembre (Rec. 997/2004)];

d) familiares, salvo en este último caso que se trate de vínculos que entren en la excusa absolutoria del art. 268 del CP , entre los que se encuadra el acusado que estafa a la madre de su compañera sentimental que le entrega todo su dinero con el propósito de que sea invertido [STS, Sala 2.ª, núm. 142/2003, de 5 de febrero (Rec. 1526/2005)];

y e) o también laborales, religiosas, comunidad de intereses sociales, etc.

En este caso, la descripción antes citada de los hechos probados y la motivación de la sentencia acreditan un plus mayor de la confianza que tenían los socios en ella al punto que le firmaban lo que ella les presentaba, aunque se tratara de disposición de fondos económicos, prueba evidente del punto de máxima confianza al que se llegaba y de la que se aprovechó para su fin ilícito la recurrente, lo que debe tener una repercusión en la reprochabilidad penal."

Por todo ello, en el caso aquí sometido a consideración no se aprecia ese plus determinante de la agravación, lo que lleva a la exclusión de la agravante. Y, además, no consta en los hechos probados correctamente reflejado. La subsunción es inviable.

El motivo se estima.

QUINTO.- 4.- Infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en relación con el art. 66.1.2º CP, por ausencia de todo razonamiento sobre la relevancia de las dos atenuantes muy cualificadas que concurren, a los efectos de rebajar la pena en un grado y no en dos.

Se alega por el recurrente que "se entiende vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 C.E., en relación con el art. 66.1.2º C.P., ante la ausencia de razonamiento en la decisión de bajar un solo grado, y no en dos, la pena."

Debe entenderse debidamente motivado y ajustado a derecho la rebaja de la pena en un grado y no en dos. Hay que señalar que el fundamento de ambas atenuantes es el mismo propiciado por una acción reparadora y por reconocer el ilícito cometido, pero que en la reparación del daño solo lo es muy parcial, lo que incluso hubiera motivado su apreciación como simple, por lo que por razones de política criminal es el cúmulo de ambas lo que lleva a la muy cualificada, pero que se rebaja la pena en un grado y no en dos como se pretende, dado que existe semejanza en la condición de ambas por actuaciones ex post al hecho.

Nótese que en relación a las atenuantes señala el tribunal que:

"Concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal atenuante analógica cualificada de confesión artículo 21.7 CP, lo decisivo para la apreciación de que atenuante es la utilidad de los datos aportados para la investigación, ha reconocido y confesado el fraude a los perjudicados y documentalmente ante notario, posteriormente en comisaría, el juzgado instrucción y finalmente en el plenario aportando la acusada elementos decisivos para el esclarecimiento de los hechos, explicando el sistema de que se sirvió para la defraudación.

La atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del código penal ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros, lo que le ha llegado a tener que vivir en casa de sus padres y compartir el cuarto con su hermano."

Ahora bien, la gravedad de los hechos cometidos determinan una rebaja en un grado, como se ha acordado y no en dos. Nótese que estamos ante un delito patrimonial y en el que la devolución de las sumas apropiadas no llega tan siquiera al 20% restando un importante quantum por devolver. Así, la calificación como muy cualificada, incluso sería discutible, por cuanto en los casos de estafa se exigiría la reintegración al patrimonio del estafado de las sumas distraídas, pero esto no ha ocurrido, sino que dista de ser una realidad.

La recurrente ha reconocido la existencia del fraude y los hechos para conseguir la confesión, lo que hace devenir inaplicable la reclamación del motivo 1. Existió fraude porque existió engaño y este fue bastante. Y en una cantidad relevante de "1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad



Fanecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68. euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda , un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros."

Han sido 10 años de fraude. Se ha desapoderado a las empresas de una suma importante. El fraude es relevante y su quantum, del que solo se ha devuelto una pequeña cantidad en relación al total. Esta atenuante tiene un "campo de juego" cuando el delito es de estafa que en otros casos, por ejemplo en delitos contra la integridad física. En los patrimoniales el importe no devuelto o no existe porque se lo ha gastado el estafador o no se ha querido devolver, pero la realidad es que esas sumas económicas que faltan del patrimonio del estafado estaban allí, y ahora no están. Y pasaron por las manos del estafado que solo devuelve una reducida parte frente al total. No existe un merecimiento de la rebaja penal en dos grados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, por considerar que se ha infringido el precepto penal de carácter sustantivo del art. 74 C.P., al aplicar el párrafo primero y no el segundo en la imposición de la pena, en relación con el art. 250.1.50 C.P.

Ya ha sido resuelto en el FD nº 3.

El motivo se estima.

SÉPTIMO.- 6.- Art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, al inaplicarse indebidamente el art. 66.1.2 C.P.

Se entiende vulnerado el art. 66.1.2 C.P. por cuanto se ha rebajado en un grado la pena, en lugar de dos, no obstante apreciarse la concurrencia de la confesión y reparación del daño como atenuantes muy cualificadas.

Ya ha sido resuelto en el FD nº 5.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, al inaplicarse indebidamente el art. 66.1.6 C.P.

En razón a la estimación de los motivos nº 2, 3 y 5 se debe proceder a una modificación de la penalidad en el delito de estafa dejándola en la pena de 9 meses de prisión por la aplicación de la rebaja en la pena de un grado y la sola aplicación del art. 250.1.5º CP sin la penalidad por la continuidad delictiva, y multa de cuatro meses con una cuota diaria de tres euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de condena; manteniendo la penalidad por el delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390 1º y 3º del Código Penal, concurriendo las circunstancias atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión a la pena de prisión 15 meses y multa de seis meses con una cuota de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de costas procesales incluidas las de la acusación particular.

El motivo se estima.

RECURSO DE CAIXABANK SA

NOVENO.- 1.- Por infracción de ley, en la faceta de error en la apreciación de la prueba del artículo 849.2 LECrim.

Los hechos probados reflejan que:

"La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques , que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dicha sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.



En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.

En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pago legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad.

En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado.

Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Fanecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68 euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros."

En consecuencia, consta acreditado que las cantidades detraídas de las cuentas corrientes lo son de 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank por el sistema relatado de la firma de cheques de los talonarios que previamente había distraído.

Tal mecánica operativa ha sido confesada por la anterior recurrente explicando el operativo que llevó a cabo.

En la valoración de la prueba el tribunal la sustenta en la siguiente:

"1.- Prueba directa de cargo constituida por la declaración de la acusada

a.- Ha reconocido y confesado el fraude a los titulares de las cuentas, primero documentalmente ante Notario en junio de 2014, después en comisaría, ante el juez de instrucción y en el plenario, la cual ha sido clara, firme contundente sin contradicciones y sometido a contradicción con todas las garantías y en el que tampoco apreciamos motivaciones de beneficio o utilidad secundaria, tratándose de un testimonio persistente en lo esencial a lo largo del todo el procedimiento.

2.- Consideramos que dicho testimonio es fiable y sólido, coherente, sin contradicciones relevantes, que merece absoluta credibilidad y fiabilidad para la Sala.

3.- Corroboración: Y viene plenamente corroborado por la documental obrante en autos:

a.- Consistentes en escritura pública y cheques que fueron aportados en copias auto justificativas, acreditándose con el informe grafotecnico ratificado por el perito en el plenario que las firmas estampadas los mismos era falsa.

4. Pericial: Asimismo contamos por los informes periciales contables sobre las cantidades defraudadas a la sociedad Franecri S.L. y D. Rubén y D^a. María Antonieta que han sido ratificados por el abogado auditor de cuentas D. Jorge en el plenario que acredita las cantidades defraudadas y el mecanismo empleado para proceder a la distracción de los fondos y posterior ocultación.

5. Metodología del fraude: Se ha acreditado el procedimiento utilizado por la acusada para la defraudación de fondos ha sido el cobro de cheques con cargo a las cuentas bancarias de la sociedad Franecri SL y de las cuentas bancarias de los titulares del restaurante Los Portales

6.- Responsabilidad bancaria: Careciendo de autorización para la solicitud y recepción de talonarios a las entidades bancarias Caixabank y Santander; una vez obtenidos ella misma confeccionaba los cheques falsificando las firmas autorizadas para operar las cuentas. "



Consta en el FD nº 5 de la sentencia que:

"Se ha acreditado con los informes periciales contables que han sido ratificados en el plenario por D. Jorge , abogado-auditor de cuentas, que las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Fanecri S.L 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta aperturada en Caixabank y 146.975,68 euros en la cuenta abierta en el Santander".

Y se añade que:

"Declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Santander y Caixabank al acreditarse de la prueba practicada, declaración acusada, perjudicados, testificales de los empleados bancarios, documental e informe grafotécnico aportado por la acusación, que

- 1.- La acusada solicitaba los talonarios de cheques en las dos entidades en las cuentas cuyos titulares eran los perjudicados,
- 2.- Careciendo de autorización para la solicitud y recepción, valiéndose de la confianza que se había ganado,
- 3.- Procediendo a rellenarlos y firmarlos para proceder a su cobro,
- 4.- Sin que por el personal bancario se comprobaran si las firmas obrantes en los cheques se correspondían con las de sus legítimos titulares con las cartulinas donde se estampaban, siendo falsas y distintas a la de aquellos, ni siquiera cuando los cobraba en una sucursal distinta como es el caso de la sucursal de la Caixa en la Avenida Libertad consta la autorización de los pagos por la oficina donde se encuentra la cuenta.

Deponiendo algún empleado que en ocasiones solicitaba que el importe le fuera entregado en dos sobres.

...

5.- Es clara la negligencia de ambas entidades bancarias durante diez años

- a.- La entrega de los talonarios de cheques a una persona no autorizada para solicitarlos ni para recepcionarlos;
- b.- Y el pago de los cheques por ventanilla sin adoptar ninguna medida de control ni de seguridad mediando firma falsa sin ningún parecido con la legítimas y sin realizar un mínimo cotejo, que hubiera puesto de manifiesto la falsedad y estafa.

Por lo que la acusada indemnizara, descontando la suma reparada, a la entidad Franecri SL en la suma de 846.015 euros y a D. Jorge en la suma de 54.949 euros, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Caixabank por la suma defraudada de 657.182, 74 euros, descontado de los 790.268,34, defraudados a Franecri la parte proporcional de lo reparado 133.085,695 euros correspondiente al 72,94% de lo entregado por la acusada. "

Existe prueba suficiente que contrapone a la documental referida. Se ha llevado a cabo la práctica de una pericial que lleva al cálculo de las sumas extraídas de las cuentas de Caixabank por este operativo de interesar la expedición de talonarios, y entregarlos para el cobro la recurrente condenada, correspondiendo la cifra indicada a la que se ha extraído de la cuenta que en la recurrente tenía para su operatividad "por la entidad Fanecri S.L 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta aperturada en Caixabank". Consta en la pericial la existencia de los cheques cargados en la operativa diseñada para tal fin tras el estudio pericial de lo ocurrido y las conclusiones ofrecidas por los peritos valoradas por el Tribunal y reflejadas en la sentencia.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 2.- Por error iuris del artículo 849.1 LECrim, denuncia infracción del art. 286 del Código de Comercio.

Se denuncia infracción del art. 286 del Código de Comercio, aduciendo que no puede declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad recurrente, al actuar la acusada Patricia como factor notorio de las empresas para las que trabajaba, pues fue empleada de los querellantes al menos durante diez años, desde 2004 al 2014, siendo numerosos los testigos que declararon que ella actuaba en nombre y por cuenta de Franecri.

Y se añade que "La consecuencia de que la acusada fuera factor notorio de la sociedad no puede ser otra que considerar que no concurre responsabilidad civil subsidiaria alguna para la entidad CAIXABANK, quien siempre entendió que las operaciones realizadas se estaban haciendo por y para la entidad FRANECRI, no pudiendo apreciarse una conducta culposa o negligente en la entidad bancaria y no pudiendo darse la responsabilidad civil subsidiaria de la misma."

Sin embargo, al plantearse por la vía del art. 849.1 LECRIM decir que 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 practica 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.

En este sentido, los hechos probados destacan que:

"La acusada Patricia , mayor de edad, con DNI: NUM000 , sin antecedentes penales, era auxiliar administrativo y desempeñaba las tareas de contabilidad en la entidad Franecri, sociedad Limitada con CIF número B11391307, de la que es administrador único D. Rubén dedicada a la explotación de actividades de restauración y catering; y en establecimiento de restauración "Los Portales" propiedad de D. Rubén y de su esposa María Antonieta , que explota como persona física el Sr. Rubén .

D. Rubén y su esposa María Antonieta eran titulares de la cuenta número NUM001 aperturada en el Banco Santander (antiguo Banesto) en la sucursal de la calle Luna número 40 del Puerto de Santa María.

Asimismo eran titulares de la cuenta corriente número NUM002 de la entidad Caixabank.

Por otro lado la entidad mercantil Franecri SL era titular de la cuenta corriente del banco Santander número NUM003 y de la cuenta corriente de Caixabank (antes Cajasol) número NUM004 sita en la calle larga número 91 del Puerto.

Entre las fechas 2004 y 2014, la acusada, guiada por un evidente ánimo de lucro y aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades.

La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dicha sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.

En el caso del restaurante Los Portales los cheques se emitían por la entidad bancaria Santander, antes Banesto, mediante papel continuo, que la señora María Antonieta guardaba en la oficina bajo llave, y que se utilizaba para la gestión de la tesorería del restaurante, elaborando la acusada como contable un listado de pagos en lo que incluía pagos legítimos y las disposiciones fraudulentas efectuadas por ella que disimulaba atribuyéndolas a pagos habituales de la actividad.

En la entidad Franecri SL que reflejaba en la contabilidad de forma indirecta a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad en los ejercicios 2004 a 2014, que no respondían a la realidad de dichas



operaciones y que tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. Una vez que disponía de los fondos con cargo a la cuenta corriente de la sociedad los contabilizaba en la cuenta de la caja de la sociedad y posteriormente la cuenta de socios y administradores, como préstamos a socios, y en otras ocasiones aumentada el saldo de la cuenta de clientes, cuando ésta cuenta no debe existir saldo porque los clientes pagan al contado.

Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Fanecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68 euros en la cuenta abierta en el Santander. La suma defraudada en los ejercicios 2013 y 2014 en la cuenta del Banco Santander de la sociedad mercantil Los Portales asciende a 146.178,04 euros. La acusada ha reconocido documentalmente el fraude y ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. Así también otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, un vehículo enajenado en la suma de 9559 euros y 2000 euros en efectivo lo que asciende a un total de 182.459 euros."

Nótese que es clave en este contexto que, como consta probado por documental y propio reconocimiento (folio nº 403) se le entregaron los talonarios y consta en los hechos probados que: *valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.*

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dicha sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores.

Con ello, careciendo de autorización y simplemente por su condición de "conocida" trabajadora de las mercantiles, pero sin apoderamiento expreso, se le entregan los talonarios y cobra los cheques. No puede pretenderse, pues, que bajo una figura de administrador de hecho o factor notorio la normativa bancaria permita entregar o expedir estos documentos a quien no tiene legitimación formal, acudiendo a una figura de "conocimiento del empleado" para llevar a cabo operaciones que provocan, después, el perjuicio notable a los reales titulares de la cuenta, quienes no habían comunicado nada a la entidad bancaria de apoderamiento expreso. No puede hacerse depender, pues, del empleado de una entidad bancaria discernir o resolver si una persona es apoderada real, o no, sino que lo que se exige es su acreditación formal.

Por ello, no puede acudir a la normativa mercantil del factor notorio para amparar la exoneración de responsabilidad civil subsidiaria.

Es clara la negligencia de ambas entidades bancarias durante diez años en la entrega de los talonarios de cheques a una persona no autorizada para solicitarlos ni para recepcionarlos; y el pago de los cheques por ventanilla sin adoptar ninguna medida de control ni de seguridad. No puede ampararse el empleado del banco en lo que a este le parezca sobre si una persona es autorizada para recibir cheques y cobrarlos por una entidad. O existe autorización formal y fehaciente o no existe, y si se incumple hay responsabilidad civil de la entidad.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 3.- Formulada por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, denuncia aplicación indebida del artículo 120.3 CP.

Se denuncia que existe una aplicación indebida del artículo 120.3 CP, al no haber infracción de reglamentos de policía o disposiciones de autoridad relacionados con el delito cometido; motivo que se presenta íntimamente ligado al primero, para el caso de su estimación, argumentando que no ha quedado acreditado que los empleados de Caixabank hayan abonado a la acusada condenada cheques con firmas falsificadas y detectables, por lo que no es posible declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria.

Hay que hacer constar que se expone el motivo ex art. 849.1 LECRIM que exige el respeto a los hechos probados, y en estos se refiere que:

"Entre las fechas 2004 y 2014, la acusada, guiada por un evidente ánimo de lucro y aprovechando su condición de trabajadora se apropió de diferentes cantidades.



La mecánica utilizada consistía en que aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban las mencionadas empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dichas sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

En todos los casos los cheques eran por pequeñas cantidades con decimales, para que parecieran pagos o cobros a proveedores".

"Las sumas defraudadas ascienden en total a 1.083.422,06; que se desglosan de la siguiente forma en las cuentas de la entidad Fanecri S.L, en los ejercicios 2004 a 2014, 937.244,02, de los que 790.268,34 euros se corresponden con la cuenta de Caixabank y 146.975,68 euros en la cuenta abierta en el Santander".

El relato de hechos probados conlleva la subsunción en la responsabilidad ex art. 120.3 CP: Es incontestable la desestimación de la queja.

Pero, además, del informe pericial consta la operativa llevada a cabo y prueba referida por el tribunal en la sentencia que ha sido debidamente valorada por el tribunal, tanto en lo que se refiere a la entrega indebida de talonarios de cheques a persona no autorizada, como en la operativa reflejada por la pericial y el reconocimiento de los hechos que realiza la primera recurrente, lo que denota la responsabilidad civil ex art. 120.3 CP de la entidad bancaria, que no puede justificar su conducta, como expone en el motivo nº 2, en la consideración de factor notorio de la primera recurrente. En modo alguno puede ampararse una entidad bancaria en que entrega talonarios o paga cheques a personas no autorizadas formalmente para operar en representación de una mercantil.

El conocimiento de su relación, de mayor o menor relevancia de una persona con una mercantil no permite en la práctica bancaria saltarse la normativa bancaria de la operatividad en las relaciones con los clientes, y si ello ocurre y existe daño y perjuicio, como en este caso consta probado pericialmente, responde la entidad ex art. 120.3 CP.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el art.120.3 CP señalando en sentencia del Tribunal Supremo 530/2019 de 31 Oct. 2019, Rec. 1945/2018 que:

"Se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP precepto, que como hemos dicho en SSTs. 229/2007 de 27.3 , 768/2009 de 16.7 , 370/2010 de 29.4 , 357/2013 de 29.4 , 61/2014 de 11.2 , mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973 , y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha 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 había 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 ("cuius commoda eius incommoda"), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal , que dispone: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

- a) que se haya cometido un delito o falta;*
- b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;*
- c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros;*



d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3 . 101546/2005 de 29.12 , 204/2006 de 24.2 , 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa.

La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatar una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21.10 768/2009).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS. 140/2004 de 9.2 , 51/2008 de 6.2), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11 , las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C).



De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En definitiva en la evolución progresista que ensancha este tipo de responsabilidad se ha aplicado la teoría del riesgo y aunque no puede hablarse en sentido estricto en que esta esfera impere su criterio de absoluta responsabilidad objetivo, lo que impera es el carácter denominado de un "ponderado objetivismo" y si bien se ha dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, ha de constar acreditada la vulneración de la norma reglamentaria aplicable al caso y si no es así no es posible decretar la responsabilidad civil subsidiaria.

Consecuentemente esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria se justifica por dos notas: una positiva y otra negativa:

a) El escenario donde se comete el hecho delictivo, y b) Como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el responsable civil subsidiario, esto es no ha de guardar el titular del establecimiento ninguna relación con el autor del delito para que se pueda declarar su responsabilidad civil, sí se debe detentar con quien se haya infringido uno de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, tratándose de una responsabilidad locativa: la conexión con el delito se circunscribe a que el responsable civil subsidiario es el titular del lugar en el que se cometió".

También, la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 882/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 884/2014 señala que:

"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.

1.- 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.

2.- Por su parte, el apartado 3º del artículo 120 del CP , cuya aplicación ahora se solicita por primera vez, prevé la responsabilidad subsidiaria de "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Se trata de un supuesto de diferente configuración, cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, y que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad".

Los contornos del término "reglamentos" esta Sala los ha reconducido al de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma



positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16 de julio que el recurrente cita).

No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamento, puede ser imputable a quienes dirijan o administren el establecimiento, o a sus dependientes o empleados. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual. Por último es imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS 1140/2005 de 3 de octubre , 1546/2005 de 29 de diciembre , 204/2006 de 24 de febrero y 229/2007 de 22 de marzo).

El eje central de la acción que acoge el artículo 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas y su omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso de que se trate, tienen que ser de probada significación en la suscitación del hecho punible cometido.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que las acciones civiles no pierden su configuración como tales por el hecho de que se ejercite el procedimiento penal. En palabras de STS, Sala 1ª, 771/2011 de 27 de octubre "la causa petendi (causa de pedir), como elemento que permite identificar la acción, es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000), si bien la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos (STS de 16 de diciembre de 1995, RC n.º 1544/1999). Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001)."

Como hemos expuesto, en consecuencia, existe una infracción de control de no facilitar operaciones sobre una cuenta corriente en concreto con quien no tiene autorización sobre la misma, ni para expedir talonarios, ni pago de cheques, ni reintegros. Nos enfrentamos a una responsabilidad civil por culpa ensablada en la actuación delictiva de tercero, pero en virtud de la instrumentación del responsable civil subsidiario que permite y posibilita con la infracción reglamentaria desplegada que se pueda cometer por el tercero el ilícito penal con perjuicio y con participación culposa del responsable civil subsidiario, dado que en los establecimientos de los que estos sean titulares, por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se han infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción, que es lo que en este caso ha ocurrido, y de lo que se aprovechó la recurrente.

La condenada autora de los hechos, al contar con esa confianza que desplegó con quienes le facilitaron su labor pudo llevar a efecto los actos que realizó durante el periodo que consta en la prueba pericial debidamente valorada por el tribunal. Y ello comporta una infracción de los reglamentos internos en la práctica bancaria al no existir una identificación formal de quienes están apoderados realmente, y no artificialmente, o actuando como administradores de hecho o factor, salvo una expresa autorización del titular de la cuenta, ya que el carácter de "notorio", o gestor de hecho es interpretable y la entidad bancaria no puede abrir el juego de la facultad de disponer de una cuenta a quien no tiene una autorización formal por el titular de la cuenta.

La responsabilidad civil ex art. 120.3 CP por infracción reglamentaria es palmaria y consta acreditada.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 4.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim.

Señala el recurrente que existe contradicción en que se declare probado que la acusada obró evitando ser descubierta, y por otra parte, que reflejó en la contabilidad las disposiciones fraudulentas; pues el hecho de anotar en la contabilidad los cargos fraudulentos con uno u otro concepto ficticio, es incompatible con la afirmación de que obró evitando que pudiera descubrirse el fraude.

No puede admitirse este motivo, pero, sobre todo, porque no se cumple el presupuesto de que exista una patente y clara contradicción, defecto que no se da en el presente caso.

Debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013, Rec. 10145/2012 que:



"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos (STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo (STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;

2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;

3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y

4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo (STS núm. 360/2010, de 22 de abril)."

En este caso, (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015 , 837/2015 o la más reciente 44/2016).

Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino calificados debidamente en la esfera jurídico penal, expresando asimismo los motivos por los cuales debe considerarse a la entidad bancaria responsable civil subsidiaria ex art. 120.3 CP.

La manipulación de los registros contables que no respondían a la realidad de las operaciones, tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la



sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. La recurrente primera pretendía dar cobertura documental a su operativa, dado que es por ello por lo que pretendía no ser descubierta y solo por un examen más profundo contable de auditoría es cuando puede detectarse esta operativa o con un buen programa de cumplimiento normativo se puede prevenir y evitar, así como analizar con auditoría, o más concretamente con un *informe forense*.

Recordemos, sin embargo, que estos últimos surgen porque ya ha ocurrido algo, que es lo que en este caso ocurrió cuando se detecta que algo podía estar pasando, como consta en la sentencia cuando se alerta de estas circunstancias y se actúa, por lo que su presencia con el cumplimiento normativo no es una realidad todavía en el sentido de que cuando se encargan estos informes es porque había compliance, y, pese a ello, se han detectado irregularidades, o se han denunciado ya por terceros perjudicados por la sociedad porque un directivo o empleado han delinquido, o porque desde dentro de la empresa se han detectado esas irregularidades, -que es lo acontecido en este caso- o se supone que existen por descuadres en las cuentas, o situaciones que inducen a pensar que alguien ha cometido algún acto ilícito. Pero es cierto que no tiene por qué haber compliance para que se contrate un informe forense, pero sería muy negativo para la sociedad que se haga ese encargo y la sociedad no haya tenido la previsión de tener estos programas de cumplimiento implementados ya.

Pues bien, no existe una contradicción en una redacción de hechos probados en los que una persona autora de un delito adopte medidas para evitar ser descubierto y para ello anote cargos irregulares aunque disfrazándolos para, precisamente, evitar ser descubierto, ya que la falta de cobertura documental y contable de las salidas y/o cargos es lo que hubiera propiciado que fuera detectado mucho antes de cuando lo fue. Y la prueba de que el sistema "le funcionaba" es que ante la ausencia de un buen control operativo de auditoría se consiguió por la recurrente un fraude tan prolongado que dio lugar a la cifra que consta en los hechos probados, pero sin que ello pueda favorecer ni al responsable penal y al civil subsidiario, bajo el argumento que ya sostuvo la recurrente de la ausencia de autoprotección, la cual no puede correr nunca en beneficio del infractor, de tal manera que ello llevaría al absurdo de que solo quienes estafen a personas con autoprotección serían condenados en caso de vencerla.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 5.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por violación del art. 24 CE.

Se queja el recurrente de que no se valoran hechos y pruebas de descargo, dado que no hace un razonamiento sobre la incidencia que en la operativa defraudatoria ha tenido una práctica de la acusada completamente ajena a la entidad bancaria, pues la sustracción se producía bien mediante la emisión de cheques que se solicitaba a los administradores de Franecri SL, o por la falsificación de cheques por la denunciada; es decir, cobraba cheques falsificados por ella y otros cheques que, aunque los pidiera para que le se hicieran, no respondían a operaciones reales, supuesto éste en que el perjuicio solo debe ser soportado por la sociedad y no por Caixabank.

De nuevo se incide en una cuestión que ya ha sido tratada de forma extensa, reflejando cuáles han sido los hechos probados, la operativa descrita por la condenada, que, incluso, ha sido reconocida por ella, y obtenida la atenuante de confesión por esta circunstancia, así como la prueba tenida en cuenta para llegar a esa conclusividad el tribunal. Por ello, el hecho probado describe la mecánica defraudatoria, consistente en que la recurrente, aprovechándose de sus visitas periódicas a sucursales bancarias de Banco Santander y Caixabank, con las que trabajaban sus empresas, y valiéndose de la confianza que a través de los años se había ganado de los empleados, solicitaba la entrega de talonarios de cheques, que le entregaban a pesar de no ser la titular de las cuentas y carecer de autorización para su solicitud y recepción.

Obtenidos de esta forma de las entidades bancarias, como conta acreditado, y asumiendo, incluso, en el recurso que se hacía dada la condición de factor notorio de la condenada, -lo cual es inviable admitir, como se ha expuesto- procedía a confeccionarlos falsificando los mismos con firma y rubrica, diferentes de las firmas legítimas y autorizadas para operar en dichas cuentas, cobrando en la ventanilla de la sucursal correspondiente, sin que por el personal de dichas sucursales se comprobara ni cotejara si las firmas estampadas en los cheques correspondían a los titulares legítimos y autorizados de las cuentas.

Se ha reseñado que la cuantía defraudada se acredita con los informes periciales contables que han sido ratificados en el plenario, ascendiendo a 790.268,34 euros en la cuenta de Caixabank, cuya responsabilidad civil subsidiaria se declara -tras deducir la parte proporcional de lo reparado- al ser clara la negligencia de la entidad bancaria durante diez años en la entrega de los talonarios de cheques a una persona no autorizada para solicitarlos ni para recepcionarlos; y el pago de los cheques por ventanilla sin adoptar ninguna medida



de control ni de seguridad mediando firma falsa sin ningún parecido con la legítimas y sin realizar un mínimo cotejo, que hubiera puesto de manifiesto la falsedad y estafa.

No existe la pretendida vulneración de la tutela judicial efectiva, y el reconocimiento de hechos por un condenado en el proceso penal que afecta al responsable civil subsidiario no es determinante de la afectación al mismo con merma de sus derechos constitucionales. Y ello, al estar sustentado el reconocimiento con prueba bastante que ya se ha explicado debidamente como soporte probatorio analizado y valorado por el tribunal. Aunque el recurrente cita y expone la existencia de dos operativas no hay que olvidar que hay una "cooperación" de los empleados de la entidad que entregaban talonarios de cheques a la recurrente en virtud de los cuales facilitaron su mecánica por la doble vía que reconoce el perito. Y es en virtud de ello por lo que se producen las extracciones, para las que la previa entrega de talonarios a persona no autorizada permite una cooperación causal al desenlace final del que es responsable civil. La recurrente condenada no debió disponer de los talonarios a su libre albedrío y si lo hizo fue porque se le facilitaron indebidamente. Ella no los obtiene de las mercantiles, sino de la entidad bancaria, y en el irregular proceder existe causa eficiente de esta entrega irregular, por cuanto la sentencia señala que esa recepción se produce por la confianza que ella generaba en la entidad bancaria. No obstante, es la confianza que produce la entrega a persona que se "considera" con facultades para recibirlos lo que sirve de "pasaporte" a la consecución final del fraude que exponen los peritos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 6.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por violación del art. 24 CE.

Se queja el recurrente al omitirse todo razonamiento sobre el valor que la sentencia otorga a los testigos empleados de Caixabank, que contradicen los testimonios de los perjudicados y de la propia condenada, valorando de forma distinta las circunstancias acreditativas del negligente proceder de los perjudicados; resultando insólito que no advirtieran el fraude, por su carácter continuado durante tan largo lapso temporal, su elevado importe, el rastro existente en la contabilidad y el control de los cargos en las cuentas bancaria;

Nos remitimos al considerando precedente en orden a reflejar que la sentencia ha analizado la prueba existente. Y no puede correr en beneficio del recurrente que los perjudicados tardaran en detectar el fraude, ya que el operativo duró y la condenada continuó actuando con esa "colaboración" antes citada y reflejada en los hechos probados que coadyuva a facilitar a la condenada su diseño operativo. No se trata de que no se haya valorado la prueba de descargo, sino que la documental de entrega de talonarios, las testificales de los perjudicados y el reconocimiento del modus operandi de la condenada.

Señala el tribunal al respecto que se acredita el proceder y la responsabilidad del recurrente:

"Por la declaración de los perjudicados y por la propia acusada que los cheques que solicitaban los perjudicados estaban bajo llave y bajo su custodia, no teniendo acceso al acusada.

Sin que los perjudicados lo pudieran advertir al estar acogido el restaurante los Portales al sistema de módulos por lo que no se exige la llevanza de contabilidad exhaustiva; y la entidad Franecri SL ocultaba la defraudación de los fondos mediante el registro contable de las operaciones fraudulentas de modo que no fuera posible distinguirlas de las realizadas de forma legítima, el importe defraudado lo trasladaba a la cuenta de caja, cuando subía de forma llamativa se bajaba pagando proveedores, o los ingresos se contabilizaban como menor importe en caja y cuentas de socios y se contabilizaba como devolución de un préstamo a cuenta de caja".

No se trata de que se vulnere la prueba de descargo, sino de haber precisado el proceso de convicción acerca de la realidad de lo acontecido por la prueba practicada que se ha precisado, sin que el posible alegato exculpatario pueda haber tenido el alcance que se demanda, quedando acreditada la forma de actuar de la condenada con las entidades bancarias que por su colaboración en la falta de control coadyuvó al desenlace final defraudador en los términos ya reflejados.

Resulta evidente que los perjudicados debieron actuar con mayor diligencia en el control de la conducta de la condenada, poniendo planes de cumplimiento normativo, técnicas de auditoría, etc. Pero ello no les genera autorresponsabilidad civil, y sí a la entidad bancaria ex art. 120.3 CP no disponer de mecanismos de control y entregar abiertamente los talonarios, así como no entregar la mecánica operativa citada por el perito. Y ello, por suponer una infracción de reglamentos que ha quedado constatado en las dos entidades bancarias. Así, los perjudicados no lo son, a su vez, autores, o responsables civiles de su falta de control, porque no delinquen ante tercero, pero sí la entidad bancaria que si hubiera adoptado medidas de más prevención y control no hubiera facilitado esa disposición de cheques con la que actuó la recurrente y fue el cauce de sus movimientos ante la falta de control. Y ello, aunque conste en la sentencia que *como depuso el auditor es fácil que pasara inadvertido porque la sociedad tenía recursos para que no fuese llamativa. Como explica en su informe el perito*



las maniobras ilícitas se reflejan en la contabilidad de la sociedad no de forma directa sino indirecta por cuanto la contabilidad de Franecri SL constituye el instrumento que ha permitido ocultar y disimular las operaciones fraudulentas.

En este mismo sentido depuso el asesor Fiscal Sr. Moreno Zamorano que era imposible que se detectara por una persona normal, y D. Alonso quien depuso que para descubrirlo es necesario una auditoria.

Señala la recurrente que los empleados de la entidad bancaria "pusieron de manifiesto que la condenada actuaba autorizada por los querellantes, que acudía de forma muy frecuente a la entidad y que actuaba en nombre de la entidad FRANECRI". Pero tal proceder no es correcto en las normas de la práctica bancaria, ya que no puede actuarse por las "indicaciones" del carácter representativo que fije una persona de una empresa, sino por su expresa y formal autorización. Es, precisamente, la confianza, la base con la que actuó la recurrente, pero esta no puede operar en la práctica de las operaciones bancarias con los clientes, sino en el basamento expreso acerca de si la persona que solicita talonarios o entrega cheques está autorizada para esa conducta y formalmente, sin dar lugar a meras "apariencias", o a aplicar el principio de la confianza por la tradición de que "siempre y por largo tiempo se haya actuado así".

Las prácticas actuales exigen un control ad intra que evite el fraude interno en las personas jurídicas, pero también evitar colaborar en el fraude externo, que es lo que aquí ocurrió, aunque a título de responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.3 CP. Se recoge en el recurso que los empleados exponen que "era notorio" que la condenada actuaba a nombre de la entidad, pero ello no era posible. La prueba ofrecida y el propio reconocimiento de la condenada echan por tierra la exculpación y la inexistencia de esa autorización formal, habiendo basado su motivo segundo en la viabilidad exculpatoria del "factor notorio mercantil" que no puede aceptarse para excluir la responsabilidad ex art. 120.3 CP.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 7.- Error iuris del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque y 114 y 248.1 CP.

Señala la recurrente que "no concurre un elemento del tipo del delito de estafa, esto es, el engaño bastante para producir error en otro, no debiendo responder de los perjuicios sufridos ningún tercero, al no derivarse responsabilidad civil, sino los propios perjudicados, al concurrir su negligencia. Y ello por cuanto que los perjudicados debieron necesariamente advertir las numerosas falsedades asentadas en la contabilidad, a su alcance, y los cargos injustificados en su cuenta bancaria, a la que tenían permanente acceso, no existiendo engaño bastante o suficiente para inducirles a error y lograr actos dispositivos en beneficio de la condenada."

Ya hemos precisado que no puede trasladarse al "debe" de los perjudicados los hechos ocurridos más allá de que en definitiva un mayor control interno lo hubiera evitado, pero ello no evita la responsabilidad de terceros reconocida ex lege como de forma extensa ya se ha explicado pese al distinto parecer del recurrente.

Por otro lado, en relación a la concurrencia del engaño bastante ya ha sido analizado anteriormente, pero aunque el recurrente pretenda articularlo por la vía de la LCCH art. 156, no olvidemos que el responsable civil tiene articulada su defensa en la parte afectante a esta responsabilidad, sin poder acudir a elementos del tipo penal, como aquí refiere en cuanto al del "engaño bastante" y si este concurrió o no.

Así, el responsable civil no puede introducirse en la línea de defensa del responsable penal por exceder su campo de alegación e introducirse en una defensa penal para que por esta vía pueda exonerarse de su responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.3 CP que va conectada a la del responsable penal en casos como el aquí presente.

Como expusimos en las SSTs 795/2016, de 25 de octubre y 1458/2001, de 10 de julio, entre otras, "el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales, de acuerdo con una interpretación literal y finalista de los arts. 651, 652 y 854 LECrim. El responsable civil subsidiario, en principio, tiene constreñida su legitimación a la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexos causal en el que se funda la responsabilidad civil. No la tiene, por el contrario, para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos. Entre otras son representativas de esta doctrina las SSTs de 19 de abril de 1989 y 234/96, de 16 de marzo.

Por otro lado, la mención a la culpa del perjudicado por no detectar antes el fraude no puede conllevar una minoración de la responsabilidad del responsable civil subsidiario ex art. 120.3 CP, por cuanto no puede hablarse de una "culpa civil" en el perjudicado por la comisión de un hecho delictivo contra el patrimonio por la circunstancia de no haber detectado antes el fraude y romperlo.



Existe una desconexión patente entre el responsable civil subsidiario ex art. 120.3 CP y el concepto perjudicado, ya que este último no puede ser responsable como persona jurídica del fraude cometido por uno de sus empleados. La responsabilidad de la persona jurídica lo es penal si se da un tipo penal cometido por directivo o empleado en el fraude externo cuando la empresa no tenga adecuados programas de compliance. Pero no puede ser corresponsable civil del fraude por no tenerlos, o aminorar la responsabilidad civil del subsidiario ex art. 120.3 CP, una vez que la sentencia colige de la prueba practicada, como aquí ha ocurrido, que esta infracción de reglamentos de este coexiste.

La compensación de culpas es inviable entre el RCS y el perjudicado por moverse en terrenos distintos, bajo el argumento de que el mayor control evita el fraude interno. Esto es una aseveración fáctica evidente y palmaria. Pero aunque es sabido que la implantación de compliance y medidas de autoprotección interna es una necesidad que las empresas, grandes, medianas y pequeñas, deben incorporar a sus políticas internas para evitar este tipo de situaciones su inexistencia no da lugar a una culpa civil a compensar con quien aparezca como responsable civil, ya que ello podría aplicarse, de ser cierto, -que no lo es- hasta al responsable penal.

Este ha actuado ilícitamente, y que haya tenido más o menos facilidad para eludir los mínimos o mayores controles internos no reduce el quantum de su fraude ni lo aminora a compensarlo para ser responsable de menos. Y lo mismo ocurre con quien sea declarado responsable civil subsidiario ex art. 120.3 CP.

Es sabido que es, precisamente, una excesiva confianza en directivos y/o empleados lo que en algunos casos determina que estos se aprovechen del exceso de esa confianza para conseguir el fraude interno. Y cuando existe esa confianza puede que estas políticas de autocontrol por vía de compliance desaparezcan. Pero esto no deja de ser más que nada un error en la puesta en marcha de estos sistemas de control que en el caso de delitos ad extra cometidos por directivos y empleados en ausencia de compliance pueden derivar responsabilidad penal a las empresas. Pero no compensan, minoran o reducen esta ausencia de control con la responsabilidad civil que les haya causado el fraude interno minorando el quantum de la responsabilidad civil.

Se ha expuesto que la consideración que tenía la acusada en su trabajo, llevando la contabilidad, explica la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima frente a una estrategia engañosa, y más en este caso que se precisaba de conocimientos contables al ocultar la defraudación de los fondos mediante el registro contable de las operaciones fraudulentas, de modo que no fuera posible distinguir las realizadas de forma legítima, las maniobras ilícitas se reflejan en la contabilidad de la sociedad, no de forma directa sino indirecta, por cuanto la contabilidad de la sociedad Franecri SL, constituye el instrumento que ha permitido ocultar y disimular las operaciones fraudulentas; a través de la manipulación de los registros contables de la sociedad se ha pretendido una operación de distracción y camuflaje cuya finalidad última era evitar que pudiera descubrirse la continua disposición ilegítima de los fondos de la compañía.

Como se recoge en la sentencia, sin embargo, es clara la negligencia de Caixabank durante diez años en la entrega de los talonarios de cheques a una persona no autorizada para solicitarlos ni para recepcionarlos; y el pago de los cheques por ventanilla sin adoptar ninguna medida de control ni de seguridad. La apariencia o notoriedad del carácter representativo no podía apoyar la mecánica que se facilitó.

Cosa diferente son las reclamaciones que la entidad recurrente entienda procedente al amparo del art.156 de la Ley Cambiaria y del Cheque (vid. STS 367/2008, de 24 de junio), tema sobre el que no nos corresponde pronunciarnos en tanto está aquí personada como tercero responsable civil y carece de legitimación para esa pretensión civil cruzada frente a quien ha sido considerada como perjudicada (vid. STS 105/2018, de 1 de marzo).

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 8.- Por infracción de ley del art. 849.2 LECrim, en su faceta de error en la valoración de la prueba referente.

Se plantea el error en la valoración de la prueba ex art. 849.2 LECRIM referente al valor de los tres inmuebles entregados por la condenada en dación de pago a los perjudicados, que han sido apreciados por el tribunal a quo en la cantidad de 114.000 euros, cuando el informe pericial aportado a instancia del recurrente por don Vicente, agente de la propiedad inmobiliaria y arquitecto, los tasa en 202.942 euros, a cuyo informe debe darse prioridad, discrepando de la argumentación de la sentencia que está al valor dado por las partes al tratarse de un negocio jurídico; conclusión que carece de soporte legal, máxime cuando solo existe una tasación realizada por técnico cualificado que no ha sido impugnada y que difiere en 88.942 euros del valor dado por la acusación particular de forma consensuada con la condenada, en cuya cuantía debe reducirse el importe de la responsabilidad civil a que ha sido condenada Caixabank.

Se trata de una disparidad en la tasación que no puede prosperar habiendo optado de forma motivada el tribunal por la tasación llevada a cabo.



Señala, así, el tribunal que *"también se ha acreditado documentalmente otorgó el 26 de julio de 2014 ante Notario escritura de dación en pago de bienes inmuebles, obrante a los folios 79 a 99, entregándose varias fincas con un valor de 114.000€ en concepto de cancelación parcial de su deuda, siendo improcedente la reclamación de los gastos porque no son exigibles a tenor de lo expresamente pactado por las partes, estableciendo estas libremente el valor de los bienes en dicha suma y que los gastos de otorgamiento de escritura los abonaría el Sr. Custodio; rechazándose también el valor de tasación aportado por Caixabank que asciende a 125.777 euros, estándose a lo pactado por las partes al tratarse de un negocio jurídico, declarando D. Alonso que la valoración se hizo por el valor fiscal."*

No puede plantearse esta cuestión bajo un error ex art. 849.2 LECRIM cuando ha sido debidamente expuesto el razonamiento por el tribunal para llegar a esa conclusión. Y aunque la tasación lo sea de los inmuebles en 202.942.-€, la llevada a cabo que admite el tribunal es la que consta. Se trata de dos pericias por las que el tribunal acoge de forma motivada, aunque discrepe de ello la recurrente, una de ellas. No hay error ex art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 9.- Error facti del art. 849.2 LECrim,

Se expone su discrepancia con la valoración pericial de las joyas y relojes entregados por la acusada para restituir a los perjudicados, en la cuantía de 56.909 euros, en vez de los 139.478,50 euros que reflejan las facturas aportadas, que no han sido impugnadas por las partes, y fueron ignoradas por la Sala a quo, a cuya cuantía ha de atenderse para reducir el importe de la responsabilidad civil a que ha sido condenada Caixabank.

Se recoge a este respecto en la sentencia que *"Asimismo se ha acreditado que la acusada ha restituido parte de lo defraudado. Para ello ha entregado 14 relojes de diferentes marcas y estilos así como joyas que se valoraron en 56.909 €. conforme al informe pericial aportado en el plenario por la Acusación particular que fue ratificado por D. Luis María, diplomado en gemología, especialista en diamantes y tasador de joyas"*.

Estamos en el mismo supuesto que en el caso anterior en orden a una disparidad en cuanto a la valoración de las joyas entregadas para aminorar la deuda suponiendo la de la recurrente una tasación no aceptada por el tribunal a favor de la expuesta en la sentencia.

Así, expuesto el motivo ex art. 849.2 LECRIM hay que recordar que para que prospere el motivo de casación centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS 1653/2002, de 14 de octubre; 892/2008, de 26 de diciembre; 89/2009, de 5 de febrero; 109/2011, de 22 de septiembre; 207/2012, de 12 de marzo; 474/2016, de 2 de junio; y 883/2016, de 23 de noviembre, entre otras). El motivo no puede ser atendido pues las facturas aludidas no son documento literosuficiente; máxime cuando hay un dictamen pericial, que es el modo previsto en la ley de determinar "el valor de la cosa que hubiere sido objeto del delito o el importe del perjuicio causado", conforme al art. 365 LECrim, efectuado por un perito diplomado en gemología, especialista en diamantes y tasador de joyas, al que se ha atendido el Tribunal sentenciador, valorándolo según las reglas de la sana crítica.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- 10.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por violación de los derechos a la igualdad y defensa de los arts. 14 y 24 CE.

Señala el recurrente que existe arbitrariedad y tratamiento diferenciado para admitir unas pruebas periciales y denegar otras, puesto que no se han admitido las de la defensa y sí, en cambio, las de la acusación particular, utilizando reglas de valoración que resultan contradictorias e incompatibles entre sí, y siempre han sido beneficiosas para la acusación particular.

Este tema ya ha sido desarrollado, expuesto y analizado anteriormente y al que se le ha dado debida respuesta en los fundamentos precedentes. No existe una arbitraria valoración de la prueba, sino que el tribunal pondera el material probatorio en su conjunto y la posición de reconocimiento de la primera recurrente, pero que ha sido debidamente corroborado. La recurrente discrepa de la valoración que le perjudica, pero ello no supone vulneración del art. 14 y 24 CE, sino disparidad de la recurrente en cuanto a la valoración de la prueba. Se ha expuesto y dado respuesta de forma detallada en esta resolución a los aspectos expuestos por el recurrente,



porque que el tribunal admite en su valoración probatoria las pruebas que aporta la acusación y desestime la valoración que propone la defensa no supone merma de derechos constitucionales, sino que esta es la función del tribunal al que se exige la motivación mínima y suficiente explicativa que consta en la sentencia, como se ha expuesto. Se incide de nuevo en lo que ya se ha resuelto.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- Estimando parcialmente el recurso de Patricia se declaran las costas de oficio y se imponen a Caixabank SA por la desestimación de su recurso.

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 AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la acusada **Patricia**, con estimación de sus motivos segundo, tercero, quinto y séptimo, desestimando el resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, de fecha 25 de julio de 2019, en causa seguida contra la misma por delito de estafa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de la Responsable Civil Subsidiaria Caixabank, S.A., contra indicada sentencia. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia 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 Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 5689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 24 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado nº 21/2018 dimanante del Juzgado Mixto nº 2 de El Puerto de Santa María, seguido por delito de estafa contra Patricia, con DNI no NUM000, hija de Abelardo y de Ángeles, nacida en Barcelona el NUM005 de 1967, sin antecedentes penales; y, en cuya causa se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, de fecha 25 de julio de 2019, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, 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.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a Patricia como autora responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.1 5º y 74 CP a la pena de 9 meses de prisión y multa de cuatro meses con una cuota diaria de tres euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de condena; manteniendo la penalidad por el delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390 1º y 3º del Código Penal, concurriendo las circunstancias atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión a la pena de prisión de 15 meses y multa de seis meses con una cuota de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con la responsabilidad civil fijada en la sentencia, así como la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria ya fijada también en la sentencia con costas de oficio en esta sede para Patricia y con imposición de costas a Caixabank SA incluidas las de la acusación particular.

FALLO

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

Que debemos condenar a Patricia como autora responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.1 5º y 74 CP a la pena de 9 meses de prisión y multa de cuatro meses con una cuota diaria de tres euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de condena; manteniendo la penalidad por el delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390 1º y 3º del Código Penal, concurriendo las circunstancias atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión a la pena de prisión de 15 meses y multa de seis meses con una cuota de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con la responsabilidad civil fijada en la sentencia, así como la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria ya fijada también en la sentencia con costas de oficio en esta sede para Patricia y con imposición de costas a Caixabank SA incluidas las de la acusación particular.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura