



RECURSO CASACION núm.: 3399/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 514/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3399/2019 interpuesto por la acusación particular representada por el procurador Sr. D. Ignacic bajo la dirección letrada de D.

contra la Sentencia de fecha 10 de junio de 2019 dictada por la sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga recaída en el PA 69/2017 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Málaga en causa seguida contra y otros por un delito de estafa. Ha sido parte recurrida representado por la procuradora Sra. D^a. y bajo la dirección letrada de D.^a

Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Málaga instruyó PA nº 69/2017, contra .

. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Novena) que con fecha 10 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

«De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

. de nacionalidad | era propietaria de la vivienda sita en la calle le la cual había adquirido en el año 1999 usando los servicios de una agencia inmobiliaria denominada cuyo representante era el acusado mayor de edad y con antecedentes penales.

Dicho acusado, desde la compra del inmueble tuvo encomendada la gestión de asuntos relativos a la administración del mismo, que estuvo dedicado a alquiler.

En fecha 23 de abril de 2007, la Sra. | siguiendo las indicaciones del acusado, otorgó una amplísima escritura de poder en favor de dicho acusado y de la colaboradora de éste,

Esta escritura de poder fue utilizada por para obtener un beneficio ilícito, sin conocimiento ni autorización de la Sra. en la forma que seguidamente se dirá:

El día 17 de marzo de 2008, dicho acusado y otorgaron escritura de hipoteca cambiaría en la que manifestaban que Imelda Hanly le debía al acusado "por razón de sus relaciones de negocios" e instrumentalizaban la supuesta deuda mediante la emisión de una letra de cambio con vencimiento el 17 de septiembre de 2008, constituyendo hipoteca sobre el inmueble propiedad de la Sra. en garantía del pago de la misma. En la letra de cambio se fijó como domicilio de pago la cuenta del Banco de la que son titulares el Sr. | / otra persona.

El día 15 de septiembre de 2008 (dos días antes del vencimiento de la letra), el Sr. | haciendo nuevamente uso del poder arriba expresado, otorgó escritura de sustitución de poder, sustituyendo éste, con todas sus facultades, en favor de

Al día siguiente y su marido (contra quienes no se dirige en este momento el presente procedimiento pues no han podido ser localizados), otorgaron escritura de compraventa del inmueble propiedad de la señora por la cual

endió dicho inmueble a (representado por
, persona que no ha podido ser localizada, y cuya escritura de poder en favor
de también era una sustitución de poder general. El precio que se decía en la
escritura como recibido era de 75.000 euros. En dicha escritura intervino también la acusada
en calidad de intérprete.

Para el pago del precio se constituyó simultáneamente hipoteca sobre el inmueble a
favor del Banco I por un principal de 75.000 euros, más intereses y costas,
en cuya escritura intervino nuevamente la acusada en calidad
de intérprete, fijándose para los pagos correspondientes a la hipoteca la cuenta
38 (sucursal del español de), abierta a nombre de
y en la que figuraba como apoderado el acusado

Simultáneamente se otorgó por (en virtud de la escritura de
sustitución de poder), actuando la acusada en calidad de intérprete, acta
de pago de la letra y cancelación de la hipoteca que se constituyó en favor del acusado
, exhibiéndole al notario la letra de cambio que se otorgara en su día, que se
procedió a inutilizar mediante el estampillado de la palabra "pagada", y se constituyó una
segunda hipoteca cambiaría sobre la finca en favor del acusado

compareciendo en esta escritura (en representación de I
por sustitución de poder) y exponiendo que el Sr. reconocía adeudar
al acusado Sr. doce mil euros por razón de sus relaciones de negocios,
emitiéndose una letra de cambio por dicho importe con un plazo de vencimiento de tres
meses cuyo domicilio de pago era también la cuenta arriba referida, en la que
estaba apoderado

La acusada siguiendo instrucciones del Sr. retiró
62.000 euros de la cuenta "con poder otorgado por el sr.

Las gestiones para la concesión del préstamo hipotecario por el Banco en
favor del Sr. fueron efectuadas por el acusado Sr. quien además
era agente comercial del Banco».

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

«PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos a
como autor criminalmente responsable de los delitos antes definidos, sin que
concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS (2)
AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el
tiempo de duración de la condena y MULTA DE DOCE (12) MESES CON CUOTA DIARIA
DE QUINCE (15) €, condenándole igualmente al pago de una cuarta parte de las costas
procesales causadas, incluidas en esa proporción las correspondientes a la acusación
particular personada, debiendo indemnizar a en el valor del inmueble de su
propiedad a fecha 17 de marzo de 2008, el cual se determinará en ejecución de sentencia,

viéndose incrementado el mismo conforme al IPC correspondiente a los años transcurridos desde entonces.

SEGUNDO.- Que debemos absolver y absolvemos a /

Banco

de las pretensiones deducidas

en su contra.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por la recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 120.4 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba basado en documentos.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando sus dos motivos; la representación legal de

evacuó el trámite de instrucción conferido. El resto de partes recurridas no se han personado pese a ser emplazadas. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de junio de 2021.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acusación articula dos motivos que, con formato diferente, comparten objetivo: la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad ' (responsabilidad que quedaría trasladada al).

El segundo de esos motivos -art. 849.2º LECrim- pretende una modificación del relato de hechos probados: añadir determinados datos atinentes a la relación que el acusado mantenía con el La sentencia proclama que era agente comercial, pero no especifica más acerca de sus funciones. La fundamentación jurídica parece insinuar que era un acuerdo meramente verbal, lo que estaría contradicho por documentos que designa la acusación.

Aunque en determinados aspectos podría discutirse si falla alguno de los exigentes requisitos del art. 849.2º -lo apunta en su dictamen el Fiscal-; y la designación genérica realizada en el escrito de preparación es francamente deficitaria, el motivo va a ser desestimado por una razón previa a esas comprobaciones. Las adiciones que se intentan introducir en el hecho probado carecen de relevancia jurídico penal, como se deriva del motivo primero. Un motivo por *error facti* no puede prosperar si la incidencia en el *factum* no comporta a su vez una transformación, mayor o menor, de la parte dispositiva. Aunque enriqueciésemos el hecho probado con las cláusulas del acuerdo que la recurrente designa (no, sin embargo, con aquellas manifestaciones personales que se señalan en tanto constituyen no prueba documental, sino personal), la decisión que pretende variarse (absolución de la entidad bancaria) no sufriría alteración alguna. Seguirían sin poder afirmarse los presupuestos necesarios para que surja responsabilidad civil subsidiaria.

Veamos por qué. Con ello entramos ya en el análisis del motivo primero.

SEGUNDO.- Ciertamente el razonamiento de la sentencia de instancia es lacónico y poco atinado. La inexistencia de una relación laboral no excluye *per se* una responsabilidad ex art. 120.4. CP.

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

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

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

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



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

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

entidad bancaria. La intervención a través de la entidad bancaria aparece en un momento de la dinámica total defraudatoria, pero no es parte de la misma. Es elemento accesorio. No puede hablarse de delito cometido con ocasión del desempeño de esas funciones.

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

"Y el Fiscal entiende que en la dinámica de los hechos, tal y como quedan fijados como probados, en modo alguno actúa el acusado como agente comercial del

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

Y es al describir la declaración de hechos probados la entrega de dinero por parte del [redacted] previa constitución de una hipoteca, cuyo deudor, dicho sea de paso, aparece identificado en el *factum* como un no localizado [redacted] aunque, eso sí, representado por [redacted], es cuando determina que "las gestiones para la concesión del préstamo hipotecario por el [redacted] en favor del Sr. [redacted] fueron efectuadas por el acusado Sr. [redacted] quien además era agente comercial". Entiéndase este apunte, como explicita el referido FD, si acaso, como preparación de la falaz documentación a presentar para la constitución de la hipoteca pues la viabilidad de la operación y concesión del préstamo en absoluto corresponde al acusado ni consta que hubiere mediado para la misma.

En definitiva, con independencia de que el Tribunal enjuiciador, con base en la declaración testifical que cita, antes transcrita, no da por acreditada una relación de dependencia del acusado con la entidad bancaria, en la venta que logra el acusado que se realice de un bien inmueble en modo alguno actuó como agente comercial del banco ni consta en el relato fáctico que utilizara semejante condición como añagaza para mover la voluntad de la propietaria del mismo. Nótese que, según el *factum*, de igual manera a como sucede en el otorgamiento de poder por la ahora recurrente, en el contrato de compraventa tampoco aparece el acusado actuando como agente comercial del Banco, aunque es cierto, como ahora reseña el escrito de recurso, que el [redacted] también fue engañado aunque ese hecho no ha sido juzgado como tal".

El recurso de la acusación particular ha de desestimarse sin perjuicio de las causas de oposición que pueda hacer valer frente a la entidad bancaria en un hipotético procedimiento civil.

TERCERO.- El apuntado pronunciamiento arrastra a la condena al pago de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por [redacted] contra la Sentencia de fecha 10 de junio de 2019 dictada por la sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga recaída en el PA 69/2017 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Málaga en causa seguida contra [redacted] y otros por un delito de estafa.

2.- Imponer a [redacted] el pago de las costas ocasionadas en este recurso y a la pérdida del importe del depósito si este se hubiese constituido.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO NUM. 1 / 3399 / 2019

Lo anteriormente inserto, se corresponde bien y fielmente con su original, al que me remito, y para que sirva de testimonio en forma expido el presente en Madrid a veintiuno de junio de dos mil veintiuno

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

