

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª, Sentencia de 10 Abr. 2000, rec. 332/1997

Ponente: Serrano Gassent, Francisco Jesús.
Nº de Sentencia: 147/2000
Nº de Recurso: 332/1997
Jurisdicción: PENAL

DELITO CONTINUADO DE APROPIACION INDEBIDA. Apropiación de dinero recibido en depósito por el director de una sucursal bancaria, en base a la relación de confianza con los clientes. Validez de las declaraciones de los perjudicados y de los documentos aportados. DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. Imitación en varios talones de la letra y firma de un cliente, y presentación al cobro. Ante la falta de prueba directa, la autoría del acusado se deduce de la prueba pericial y testifical practicadas.

Normativa aplicada

TEXTO

En Madrid, a 10 Abr. 2000.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Madrid, el P. abreviado núm. 4473/93, por delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, contra FRANCISCO Q. C., de 54 años de edad, nacido el día 13 Ene. 1946, hijo de Francisco y Mercedes, natural y vecino de Madrid, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente parcial y en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo privado los días 14 y 15 Feb. 1994 y del 26 al 31 Jul. 1996, salvo ulterior comprobación; teniendo lugar el juicio los días 28, 29 y 30 Mar. y 7 Abr. 2000, y en el que han sido partes:

A) El Ministerio Fiscal.

B) Las siguientes Acusaciones particulares: 1ª) D. Juan P. de La C., representado por el Procurador D. Antonio García Díaz y defendido por el Letrado D. Julio Ferrer-Sama Zabala, 2ª) D.ª María Luisa V. R., D. Manuel G. M., D. Manuel G. V. y D. María Luisa G. V., representados por el Procurador D. Antonio García Díaz y defendidos por el Letrado D. Julio Ferrer-Sama Zabaia, 3ª) D.ª Laura P. P., D. María Isabel O. R. y D. Francisco José O. R., representados por la Procuradora D. Paloma Ortiz Cañabate Levenfeld y defendido por el Letrado D. Ramón Ariño Oporto, 4ª) D. Tomás David de P. F., D. Trinidad de P. F. y D. Celia de P. F., representados por el Procurador D. Raúl Martínez Ostenero y defendidos por el Letrado D. José Simón Pastor, y 5ª) D. Miguel G. P., D. Tomás G. I. y D. Enrique M. C., representados por la Procuradora D.ª María Salud Jiménez Muñoz y defendidos por el Letrado D. José Ignacio González Navarro.

C) Citibank España, S.A., en su doble condición de Acusador Particular y Responsable Civil Subsidiario, representado por el Procurador D. Antonio Barreiro Meiro y defendido por el Letrado D. Carlos Rey González.

D) El acusado D. Francisco Q. C., representado por la Procuradora D.ª Macarena Rodríguez Ruiz y defendido por el Letrado D. Julio Sánchez-Majano Suárez-Llanos.

Siendo Ponente de esta causa el Magistrado de la Sección, Ilmo. Sr. D. Francisco Jesús Serrano Gassent, quién expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, modificó las provisionales y calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida comprendido en los Art. 535, 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis del Código Penal de 1973, y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-1º, 2º y 9º y 69 bis del mismo cuerpo legal, en concurso del Art. 71, por considerarlo más favorable para el acusado el Código Penal de 1973 que el vigente Código Penal, de los que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena única de seis años de prisión menor, accesorias y costas. Y como responsabilidad civil el acusado, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank, indemnizará a Juan P. de La C. en veinticuatro millones de pesetas (24.000.000 ptas.), a María Luisa V. e hijo en la cantidad de treinta y dos millones de pesetas (32.000.000 ptas.), a los hermanos P. F. en veinte millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas (20.365.015 ptas.), a Laura P. en nueve millones quinientas mil pesetas (9.500.000 ptas.), a Isabel y Francisco O. R. en cuatro millones trescientas veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco pesetas (4.329.645 ptas.), a Angel L. B. en siete millones de pesetas (7.000.000 ptas.), a Tomás G. en tres millones de pesetas (3.000.000 ptas.), a Miguel G. en dos millones de pesetas (2.000.000 ptas.) y a Enrique M. en un millón quinientas mil pesetas (1.500.000 ptas.). También solicitó que las cantidades depositadas en poder de los perjudicados queden definitivamente en poder de sus verdaderos propietarios.

SEGUNDO. La Acusación Particular núm. 1 (D. Juan P. de La C.), en sus conclusiones definitivas, modificó las provisionales y calificó los hechos como el M. Fiscal, es decir, como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida comprendido en los Art. 535, 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis del Código Penal de 1973, y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-- 1º, 2º y 9º y 69 bis del mismo cuerpo legal, en concurso del Art. 71, por considerarlo más favorable para el acusado que el vigente Código Penal, del que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena única de seis años de prisión menor, y que indemnice a Juan P. de La C., con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España, S.A., en la cantidad de veinticuatro millones de pesetas, más intereses y costas.

TERCERO. La Acusación Particular núm. 2 (D.ª María Luisa V. R., D. Manuel G. M., D. Manuel G. V. y D.ª María Luisa G. V.), en sus conclusiones también definitivas, modificó las provisionales y se adhirió a la calificación del M. Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida comprendido en los Art. 535, 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis del Código Penal de 1973, y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-- 1º, 2º y 9º y 69 bis del mismo cuerpo legal, en concurso del Art 71, por considerarlo más favorable para el acusado que el vigente Código Penal, de los que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de seis años de prisión menor, y que indemnice, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España, S.A., a D.ª María Luisa V. R., D. Manuel G. M., D. Manuel G. V. y D.ª María Luisa G. V. en la cantidad de treinta y cinco millones de pesetas, correspondientes a la cantidad entregada por D.ª María Luisa V. más los intereses, y pago de costas.

CUARTO. La Acusación Particular núm. 3 (D.ª Laura P. P., D.ª María Isabel O. R. y D. Francisco José O. R.), en sus conclusiones definitivas, modificó las provisionales y se adhirió a la calificación del M. Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida comprendido en los Art. 533, 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis del Código Penal de 1973, y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-1º, 2º y 9º y 69 bis del mismo cuerpo legal, en concurso del Art 71, por considerarlo más favorable para el acusado que el vigente Código Penal, de los que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de seis años de prisión menor, accesorias, y que indemnice, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España, S.A., a D.ª Laura P. P. en la cantidad de nueve millones y

medio de pesetas y a D.^a María Isabel O. e hijo en la cantidad de cuatro millones trescientas veintinueve mil seiscientas cuarenta y cinco pesetas, así como los intereses de dichas sumas desde la fecha de interposición de la querrela, y pago de costas.

QUINTO. La Acusación Particular núm. 4 (D. Tomás David de P. F., D.^a Trinidad de P. F. y D.^a Celia de P. F.), en sus conclusiones definitivas, modificó las provisionales y calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito de estafa comprendido en los Art. 248, 249 y 250-2º del vigente Código Penal, de un delito de apropiación indebida comprendido en el Art. 252 del mismo cuerpo legal y de un delito de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 392 y 390-2º y 4º del mismo cuerpo legal, delitos que están en concurso, aunque en el juicio consideró que resultaba más favorable el Código Penal de 1973, de los que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de seis años de prisión, y que indemnice, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España, S.A., a D. Tomás David de P. F., D.^a Trinidad de P. F. y D.^a Celia de P. F. en la cantidad de ochenta millones de pesetas, y pago de costas.

SEXTO. La Acusación Particular núm. 5 (D. Miguel G. P., D. Tomás G. I. y D. Enrique M. C. j, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito de estafa comprendido en los Art. 248 y 250-- 6º y 7º del vigente Código Penal, de un delito de apropiación indebida comprendido en el Art. 252 del mismo cuerpo legal y de un delito de falsedad en documento mercantil comprendido en el Art. 390 del mismo cuerpo legal, delitos que están en concurso, aunque en el juicio consideró que resultaba más favorable el Código Penal de 1973, de los que resulta responsable en concepto de autor el acusado, con la concurrencia de las agravantes de abuso de confianza y de superioridad, solicitando se le impusiera la pena de seis años de prisión, accesorias, y que indemnice, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España, S.A., a D. Miguel G. P., D. Tomás G. I. y D. Enrique M. C. en la cantidad de doce millones de pesetas, correspondiente a los seis millones quinientas mil pesetas invertidos, más los intereses devengados desde el año 1993 y el daño moral causado, y pago de costas.

SEPTIMO. Citibank España, S.A., en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-- 1º y 2º, en relación con el Art. 69 bis, todos del Código Penal de 1973, del que resulta responsable en concepto de autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de seis años de prisión menor y multa de 500.000 ptas. Como responsable civil subsidiario solicitó la libre absolución.

OCTAVO. La Defensa del acusado, en igual trámite, solicitó la libre absolución del mismo, al mostrar su disconformidad con la calificación del M. Fiscal y de las Acusaciones Particulares.

II. HECHOS PROBADOS

En el período comprendido entre el año 1988 y el verano de 1993, el acusado FRANCISCO Q. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de director de la sucursal núm. 15 del banco Citibank España, S.A., sita en la calle Clara del Rey núm. 31 de esta capital, con más de veinte años de experiencia en el sector bancario, captó entre vecinos y amigos a una extensa clientela, cuya absoluta confianza se granjeó, ofreciéndoles inversiones con una rentabilidad más elevada a la normal de la época, ante lo que los clientes le entregaron importantes cantidades de dinero con el fin de que el acusado realizar tales inversiones.

El acusado procedía a invertir el dinero recibido en obligaciones hipotecarias, adquisición de letras de terceros, depósitos a plazo fijo o pagarés al portador, operaciones que los clientes aceptaban confiados en el buen hacer del acusado y por el respaldo de la entidad bancaria a la que pertenecía Francisco Q. De tales inversiones, las obligaciones hipotecarias y la adquisición de letras de cambio no eran un producto de la entidad bancaria, lo que desconocían los clientes que creían que eran productos del Citibank dado que todas las operaciones y todas las relaciones con los clientes se realizaban en el despacho que el acusado tenía en la

entidad bancaria. Operaciones que no llevaban aparejada su correcta y legal contrapartida documental, pues en muchas ocasiones ni se entregaba al cliente el correspondiente resguardo del dinero entregado. También el acusado llegó a abrir cuentas corrientes a nombres de personas supuestas y documentos de identidad inexistentes, diciéndole a los clientes que firmaran la apertura de dichas cuentas, lo que se hacía con el conocimiento de éstos, al igual que entregaba a los clientes fotocopias de las obligaciones hipotecarias adquiridas, bajo la excusa de que era más seguro guardar los originales en el banco, todo lo cual era aceptado por los clientes dada la confianza que les inspiraba el acusado. Al tener el acusado los originales de las obligaciones, los clientes no pudieron ejecutarlas a su vencimiento, a pesar de que les pertenecían, en caso de impago de las mismas, mientras que el acusado procedió a la ejecución de los originales que tenía en su poder, para lo que utilizó a Juan Manuel A., que se prestó a ello por la amistad que tenía con el acusado.

En tal estado de cosas, y después de haberse desarrollado las operaciones financieras con normalidad y haber abonado los intereses pactados con los clientes, llegó el mes de agosto del año 1993, fecha en que el acusado no hizo frente a las obligaciones contraídas y se dio a la fuga, con una parte considerable del dinero que le habían confiado los clientes, que hizo suyo, con intención de obtener un elevado beneficio económico, hasta que el día 14 Feb. 1994 fue detenido. Como consecuencia de tales hechos fue despedido por la entidad bancaria.

Las operaciones realizadas por el acusado son las siguientes:

1ª) Desde el año 1988 JUAN P. DE LA C. entregó al acusado sus ahorros como comerciante, hasta un total de veinticuatro millones de pesetas (24.000.000 de pts.) para que los invirtiera en un producto rentable, ante lo que el acusado procedió a invertir el dinero recibido en pagarés al portador del Citibank, quedándose con los títulos originales a fin de tramitar su renovación al vencimiento, operaciones que se realizaron con normalidad, abonándole los correspondientes intereses. En el año 1991 el acusado procedió a invertir el dinero recibido en obligaciones hipotecarias que estaban en poder del acusado y continuó abonándole los intereses hasta el mes de agosto del año 1993, fecha en que Juan P. de La C. acudió al banco para recibir sus intereses, donde se le hizo saber que la operación correspondiente a la última renovación de los pagarés no se encontraba registrada. Ante ello Juan P. buscó y localizó al acusado, el cual le manifestó que había invertido el dinero en obligaciones hipotecarias, haciéndole entrega de alguna de ellas, al tiempo que le entregó un talón por importe de cuatro millones de pesetas, como pago parcial de la deuda, que resultó impagado. Juan P. de La C. no ha recuperado el dinero que entregó al acusado, que se quedó con el mismo con intención de lucrarse.

2º) En el mes de mayo de 1993 ELEUTERIO V. R. entregó al acusado la cantidad de veintiséis millones de pesetas (26.000.000 de pts.) con el fin de que lo invirtiera en un producto financiero del banco hasta el mes de septiembre del mismo año en que precisaría el dinero. El acusado procedió a abrir una cuenta a nombre de Diana R., al parecer hija de Eleuterio, diciéndole a éste que firmara la apertura de la cuenta, lo que hizo con conocimiento de que la cuenta no estaba a su nombre, y constituyó un depósito con la cantidad recibida, todo ello en base a la confianza generada por el acusado. Citando a finales del mes de agosto Eleuterio V. reclamó su dinero en el banco, le dijeron que no estaba a su nombre sino al de Diana R. y que no se lo podían entregar. Posteriormente, y una vez abierto el presente procedimiento, por Citibank España, S.A., se procedió a consignar en el juzgado la cantidad de veintiséis millones ciento una mil novecientas sesenta y nueve pesetas (26.101.969 ptas.), y por el juzgado se entregó a Eleuterio V. R., que no ha sufrido perjuicio alguno por estos hechos.

3º) MANUEL G. M. confió la colocación de sus ahorros al acusado en base a la confianza y amistad existente entre ellos. Y así, y por indicación del acusado, Manuel G. M. procedió a abrir tres cuentas a nombre de Manuel La R. G., Manuel M. M. y Francisco L. L., personas supuestas, dándoles un número de documento nacional de identidad también supuesto, que fueron suministrados por el acusado, al igual que los nombres de los titulares. Manuel G. M. firmó en tales cuentas en las que al mismo tiempo aparecía como autorizado, todo ello también por indicación del acusado y siendo consciente de que las cuentas no estaban a su nombre. El acusado recibió la cantidad total de ochenta y siete millones treinta y siete mil ciento setenta y dos pesetas

(87.037.172 ptas.), que procedió a invertir en pagarés y depósitos, resultando que en el mes de agosto del año 1993 las tres cuentas antes indicadas presentaban un saldo de cuarenta y tres millones trescientas sesenta mil trescientas cuarenta y ocho pesetas (43.360.348 ptas.), treinta millones doscientas treinta y cinco mil trescientas catorce pesetas (30.235.314 ptas.) y catorce millones doscientas veinticuatro mil ochocientos dieciocho pesetas (14.224.818 ptas.), respectivamente.

Posteriormente, y una vez abierto el presente procedimiento, por Citibank España, S.A., se procedió a consignar en el Juzgado la cantidad de ochenta y siete millones ochocientos veinte mil cuatrocientas ochenta pesetas (87.820.480 ptas.), cantidad correspondiente a las tres cuentas a que se ha hecho referencia, y por el Juzgado se entregó a Manuel G. M., que ningún perjuicio ha sufrido por estos hechos. Una parte de esta cantidad fue entregada por Manuel G. M. a Marcos B. O., concretamente la cantidad de veintidós millones de pesetas que esta persona invirtió en unión del anterior.

4º) MARIA LUISA V. R., esposa de Manuel G. M., también confió la colocación de sus ahorros al acusado en base a la confianza y amistad existente entre ellos, y así entregó al acusado la cantidad de treinta y dos millones de pesetas (32.000.000 ptas.) con el fin de que los invirtiera, procediendo por indicación del acusado a abrir dos cuentas a nombre de sus hijos María Luisa y Manuel G. V., repartiendo el dinero entre las dos. Aproximadamente la mitad del dinero recibido fue invertido por el acusado en certificados de depósito, que los conservó en su poder, sin entregar justificante alguno debido a la gran amistad y confianza existente entre ellos, procediendo el acusado a quedarse con el dinero invertido con ánimo de beneficiarse. Posteriormente el acusado, del dinero ingresado en la cuenta del hijo, Manuel G. V., dispuso en su propio beneficio mediante cuatro talones, en los que aparentó la letra y firma de Manuel G. V., de las cantidades de tres millones doscientas cincuenta mil pesetas (3.250.000 ptas.), nueve millones quinientas quince pesetas (9.000.515 ptas.), cuatro millones de pesetas (4.000.000 ptas.) y cuatrocientas siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesetas (407.859 ptas.).

María Luisa V. R. no ha recuperado los treinta y dos millones de pesetas entregados al acusado, que éste hizo suyos, con intención de obtener un beneficio económico.

5º) ANGEL L. B. realizó diversas operaciones financieras con el acusado que tuvieron buen fin, recuperando el dinero invertido además de los correspondientes intereses. Pero también entregó al acusado la cantidad de siete millones de pesetas con la finalidad de que realizara otra inversión, procediendo el acusado a invertirlo en obligaciones hipotecarias, entregándole meras fotocopias, mientras que los originales los conservó el acusado, abonando los intereses con regularidad hasta que llegó el verano de 1993, en que el acusado dejó de cumplir con sus obligaciones. Angel L. B. no ha recuperado su dinero (siete millones), que el acusado hizo suyo con intención de obtener un beneficio económico.

6º) En base a la confianza generada por el acusado, LAURA P. P. le entregó la cantidad de nueve millones y medio de pesetas (9.500.000 ptas.) para que realizara una inversión; de dicha cantidad el acusado invirtió ocho millones en obligaciones hipotecarias y el millón y medio restante en la adquisición de dos letras de cambio, una de quinientas mil pesetas y otra de un millón de pesetas, sin dejar constancia documental alguna, quedándose el acusado con los documentos originales al tiempo que entregaba a Laura P. fotocopias de los mismos, cobrando Laura los intereses con normalidad hasta el verano de 1993 en que el acusado dejó de abonar los intereses que le prometió, quedándose con el dinero recibido, que hizo suyo con intención de beneficiarse, sin que Laura P. haya recuperado el dinero que entregó al acusado.

7º) Del mismo modo, ISABEL O. R. y su hijo FRANCISCO JOSE O. R. entregaron al acusado la cantidad de cinco millones trescientas veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco pesetas (5.329.645 ptas.), también con la finalidad de que la invirtiera, con las que el acusado abrió una cuenta corriente. Del dinero recibido se sacó la cantidad de un millón de pesetas, con el que se abrieron dos cuentas de ahorro, una a nombre de Isabel y otra a nombre de Francisco José, con un importe de quinientas mil pesetas cada una. Isabel Ortega recuperó el millón de pesetas que ingresó en las dos cuentas de ahorro citadas, pero los restantes cuatro millones trescientas veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco pesetas (4.329.645 ptas.), no los ha podido recuperar pues el acusado los hizo suyos con ánimo de lucrarse, desapareciendo de la referida cuenta.

8º) Los hermanos TOMAS DAVID, TRINIDAD y CELIA DE P. F., durante varios años anteriores a 1993, venían depositando su dinero en la sucursal dirigida por el acusado, en base a la confianza que tenían con el mismo, y llegaron a entregarle la cantidad de veinte millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas (20.365.015 ptas.) para que realizara una inversión con tal dinero, procediendo el acusado a invertirlo en obligaciones hipotecarias y letras de cambio, cuyos originales guardaba el acusado, entregando a los hermanos De P. simples fotocopias. Llegado el verano del año de 1993, el acusado dejó de abonar los intereses que les prometió, quedándose con el dinero recibido, que hizo suyo con intención de beneficiarse, sin que los hermanos he P. F. hayan recuperado el dinero que entregaron al acusado.

9º) En base a la confianza generada por el acusado que ofrecía inversiones con alta rentabilidad mediante la adquisición de obligaciones hipotecarias, MIGUEL G. P., TOMAS G. I. y ENRIQUE M. C., le entregaron en el año 1989 la cantidad total de seis millones quinientas mil pesetas (6.500.000 ptas.) con el fin de realizar la inversión recomendada por el acusado en obligaciones hipotecarias, siendo las cantidades concretas la de tres millones por Tomás G., dos millones por Miguel G. y un millón y medio por Enrique M., conservando el acusado los originales de las obligaciones al tiempo que les entregaba fotocopias. El acusado cumplió con la obligación de abonar los intereses pactados, hasta que llegado el verano del año 1993 dejó de hacerlo y no entregó cantidad alguna a las tres personas que realizaron la inversión, habiéndose quedado con el dinero que recibió, que hizo suyo con la intención de obtener un beneficio económico. Miguel G., Tomás G. y Enrique M. no han recuperado el dinero entregado al acusado.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede en primer lugar y como cuestión previa hacer referencia a la negativa del Tribunal a suspender el juicio por la incomparecencia del testigo Eleuterio V., lo que generó la protesta de la defensa del Citibank y de la defensa del acusado. Sobre la cuestión planteada debe señalarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 May. 199.5, recogiendo doctrina ya establecida por las sentencias del mismo Tribunal de 24 Abr. 1992 (R. 3200), 25 Sep. 1992 (R. 7261), de 17 Dic. 1992 (R. 10305) y de 29 Mar. 1993 (R. 2570), ha establecido que «si bien la denegación de una prueba --y a la misma equivale la gro suspensión del plenario ante la inasistencia de testigos de cargo o descargo-- marca el punto máximo de inflexión con la indefensión; pero no menos cierto es que el derecho a la prueba no es, conforme a lo establecido en los artículos 24.2 de la Constitución, 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.3.d del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, un derecho incondicional y absoluto, sino modulado por las notas de pertinencia y necesidad; lo que se caracteriza por dos notas: a) la producción de indefensión, entendida como un menoscabo real y electivo del derecho de defensa, y b) derivadamente, que al formularse la impugnación se alegue cual pudo haber sido la trascendencia resolutoria de la omisión en la práctica de tal prueba, es decir si el fallo pudo haber sido de otro signo si la misma se hubiera practicado». Continúa dicha sentencia diciendo que «y partiendo de ello, es obvio que la declaración testifical omitida carecía de trascendencia para alterar el fallo al haber contado el Tribunal sentenciador de instancia con prueba de cargo suficiente, cuales las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales prestadas en las condiciones requeridas por los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y concretamente la sentencia del Tribunal Supremo 722/1994 de 6 Abr., recalca que tal suficiencia es plena en los supuestos en que el tráfico no es una inferencia, sino un suceso o acaecer de presente, como en este caso. Consecuentemente, justificado por prueba directa tal dato como existente, es obvio que procede la desestimación de este motivo al no haberse producido indefensión, por cuanto tal testimonio omitido en su práctica no podía alterar el contenido del fallo, que es lo que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS. 116/1983, 51/1985, 50/1988, 158/1989 y 45/1900, entre otras) y de esta Sala (por todas, la S. TS. 2.120/1994 de 7 Dic.) requieren en estos supuestos de omisión probatoria». En igual sentido se han expresado las sentencias del Tribunal Supremo de 13 Abr. 1993 (R. 3087), 7 Dic. 1994 (R. 9367), 18 Mar. 1996 (R. 1919), 10 Feb. 1997 (R. 720) y 15 Abr. 1997 (R. 2928).

De forma que el derecho al testigo deja de ser absoluto si el desarrollo de la prueba en su día declarada pertinente carece de posibilidad de alterar la resolución final, cuando por las demás pruebas existentes sobre los mismos hechos, el punto concreto de que se trata se encuentra sobradamente acreditado. Lo que sucede en el caso de autos, en el que los hechos sobre los que iba a declarar el testigo Eleuterio V. como cliente del Banco Citibank y del acusado, ya han sido relatados por catorce testigos. De forma que la mecánica de actuación del acusado y las inversiones realizadas por éste con el dinero de los clientes han quedado perfectamente acreditadas por la extensa testifical practicada en el acto del juicio, por lo que la declaración del testigo incomparecido era innecesaria, al estar acreditado el hecho. A lo que debe añadirse que este testigo no resultó perjudicado por la actuación del acusado y nada tiene que reclamar, ya que la cantidad depositada en el banco le ha sido devuelta.

SEGUNDO. También se solicitó por la Defensa del Citibank la suspensión del juicio ante la incomparecencia del testigo Juan Manuel A., petición a la que tampoco accedió el Tribunal dado que éste se encontraba en paradero desconocido.

Sobre el testigo en paradero desconocido es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que establece que si bien la regla general es la realización de las pruebas en el acto del juicio oral, no por ello pueden dejarse de admitir excepciones como pruebas preconstituídas, sobre todo si han sido acompañadas de garantías procesales, o cuando los testigos sumariales no pueden ser oídos en el juicio oral por haber fallecido o no fuera posible traerlos a juicio por cambio de domicilio al tratarse de personas extranjeras o se encontrasen en paradero desconocido, también si su testimonio se hubiera expresado en el sumario concurriendo garantías procesales. Así lo expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 4 Mar., 5 y 16 Jun. 1992 (R.11727, 4857 y 5396) y de 15 Jun. 1993 (R.5019).

Igual doctrina se ha establecido para el supuesto del testigo en paradero desconocido, manifestando la jurisprudencia al respecto que no puede negarse eficacia probatoria a las declaraciones sumariales vertidas con las debidas garantías que constituye la denominada prueba preconstituída que en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado conforme al Art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así lo expresan las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 Feb. y 20 Jun. 1991, y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 Ene. y 16 Jun. 1992 (R.160 y 5396), de 26 Abr. 1993 (R.3213) y de 21 Feb. y de 3 May. 1994 (R. 1088 y 3638). Lo que se ha realizado en el acto del juicio cuando el M. Fiscal solicitó la lectura de las declaraciones del testigo que estaba en paradero desconocido, procediéndose a dicha lectura.

También debe hacerse una breve referencia a la aportación de prueba documental realizada por la Acusación núm. 4 el día anterior a la fecha señalada para su informe final en el juicio. Tal documental no podía ser admitida por este Tribunal al ser un momento totalmente extemporáneo, pues en el procedimiento abreviado se puede aportar prueba documental hasta el inicio del juicio y también al principio del mismo en la fase de alegaciones previas y aportación de nuevas pruebas. La Acusación núm. 4 no aportó la documental en tal momento y la realizada en la fase final del juicio no es admisible.

Por último debe hacerse una breve referencia a la intervención de la entidad Citibank España, pues ha sido objeto de críticas por alguna de las Acusaciones. Sin entrar a valorar la actuación procesal de tal entidad durante la tramitación de la causa, debe destacarse que ha sido la actuación del Citibank, al asumir de forma voluntaria al inicio del juicio su condición de responsable civil subsidiario, lo que ha permitido la celebración del juicio, pues no se olvide que no se abrió el juicio oral contra Citibank como responsable civil subsidiario, cuando todas las Acusaciones lo hablan pedido, lo que hubiera determinado necesariamente la suspensión del juicio y la nulidad de actuaciones para que el juicio se abriera contra Citibank en el concepto indicado y posterior calificación de los hechos como tal, con el consiguiente retraso del juicio. Todo ello se ha evitado con la actuación de la referida entidad bancaria que ha sido voluntaria y colaboradora con la Administración de Justicia.

TERCERO. Los hechos que se declaran probados en los apartados 1, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 son legalmente constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida comprendido en el Art. 535 en relación con los Arts. 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis, todos del Código Penal de 1973, por resultar más favorable al acusado que el Código Penal vigente. Los hechos

comprendidos en los apartados 2 y 3 (Eleuterio V. R. y Manuel G. M.) no constituyen delito alguno pues estamos ante dos supuestos en los que el dinero se ingresó en cuentas del banco, si bien a nombre de personas que no eran las verdaderas titulares del dinero, y allí permaneció hasta que la entidad bancaria hizo entrega del mismo en el Juzgado y éste a su vez se lo entregó a los verdaderos titulares. El acusado no se apropió de ninguna de tales cantidades y ningún perjuicio sufrieron los clientes referidos que recuperaron su dinero.

Tal y como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 Oct. 1995 (RJ 1995\7226) y 8 Jul. 1998 (RJ 1998\5831), la apropiación indebida se caracteriza por la transformación que en el sujeto activo se produce en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del «iter criminis», uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro, subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio de otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión. La fórmula amplia y abierta del artículo 535 del Código permite incluir en el tipo, además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas (ver la sentencia de 2 Nov. 1993 [RJ 1993\8267]). En este sentido distingúense los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellos en los que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado.

En lo que se refiere al dinero hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno que implica un incumplimiento definitivo de la obligación de dar a la cosa el destino pactado como acontece en el caso de gastar o emplear en distinta forma el dinero recibido.

CUARTO. Aplicando lo expuesto al caso de autos resulta que se ha practicado una extensa prueba procesal de cargo, entendiendo por tal la practicada a presencia judicial y con las debidas garantías procesales, prueba que provoca en el caso de autos el decaimiento del principio de la presunción de inocencia, y esta prueba consiste en la declaración de los perjudicados y demás testigos que declararon en el juicio (además de la documental), que es el momento en que las pruebas, practicadas dentro de sus solemnidades y con observación de las garantías procesales de oralidad, publicidad, inmediación, dualidad de partes e igualdad entre ellas y contradicción, tienen valor de acreditamientos, pudiéndose valorar, según la conciencia de los Juzgadores del modo establecido en el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta prueba, fundamentalmente la testifical practicada en el juicio ha sido clara, precisa y contundente, sin que las contradicciones a que han aludido las partes sean relevantes pues en varios supuestos responden al deseo de ocultar el origen «negro» del dinero entregado al acusado, y donde no existen contradicciones es en las cantidades entregadas al acusado (salvo en un supuesto al que posteriormente se hará referencia) y en las relaciones que mantenían con éste como Director de la Sucursal Bancaria.

Por la Defensa del acusado se ha indicado que las declaraciones de los perjudicados se deben tomar con cautela dado que tienen interés en el procedimiento. Sin embargo considera este Tribunal que tales testificales son plenamente fiables y convincentes pues no existían malas relaciones entre las partes que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad o de otra índole que privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre en la que la convicción judicial descansa esencialmente. En este sentido no puede considerarse que existe tal resentimiento o enemistad cuando estos sentimientos deriven o tengan su origen precisamente en el ataque que contra su patrimonio haya podido sufrir la víctima de manos del acusado, y no de situaciones anteriores, en la medida que no resulta exigible de nadie que mantenga relaciones de indiferencia, y menos aún cordiales, respecto de la persona o personas que le han perjudicado, y contra las que, precisamente por tales hechos, ha presentado la denuncia iniciadora del procedimiento penal, como en el presente caso. Tales relaciones eran cordiales, de plena confianza y en muchos casos de amistad. Estos testimonios están rodeados de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, como se deduce

de otros testigos y de la documental obrante en la causa. Y por último tales testimonios se han prolongado en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones.

A esta prueba testifical se debe añadir la abundante documental unida a las actuaciones, y todo ello permite tener acreditado que el acusado en su condición de director de la sucursal núm. 15 del banco Citibank España, S.A., sita en la calle Clara del Rey núm. 31 de esta capital, captó entre vecinos y amigos a una extensa clientela, cuya absoluta confianza se granjeó, ofreciéndoles inversiones con una rentabilidad más elevada de la habitual, consiguiendo de esta manera que los clientes le entregaran elevadas cantidades de dinero con el fin de realizar tales inversiones. La testifical también ha puesto de relieve que el acusado procedía a invertir el dinero recibido en obligaciones hipotecarias, adquisición de letras de terceros, depósitos a plazo fijo o pagarés al portador, operaciones que los clientes aceptaban confiados en el buen hacer del acusado y por el hecho de que éste trabajaba en una entidad bancaria con prestigio. La testifical también permite afirmar que muchas de estas operaciones no llevaban aparejada su correcta y legal contrapartida documental, pues en muchas ocasiones ni se entregaba a los clientes el correspondiente resguardo del dinero entregado, en base a la confianza existente entre las partes, como también entregaba a los clientes fotocopias de las obligaciones hipotecarias adquiridas y no los originales, bajo la excusa de que era más seguro guardar los originales en el banco, todo lo cual era aceptado por los clientes dada la confianza que les inspiraba el acusado.

En base a esta confianza los clientes realizaron importantes desembolsos de dinero, que el acusado recibió con el encargo de invertirlo, lo que inicialmente hizo, pero posteriormente se quedó con el dinero recibido de los clientes y no lo devolvió, haciéndolo suyo con evidente ánimo de lucro. Ninguna explicación coherente y razonada ha proporcionado el acusado sobre el dinero recibido, y que en el día de hoy, tras casi siete años, no ha devuelto.

De las entregas de tales cantidades no existe constancia documental, como se ha indicado, precisamente porque el acusado evitaba la plasmación documental de las operaciones, pero ello no quiere decir que el dinero no hubiese sido entregado al acusado, y no puede ampararse la entidad bancaria en la falta de una clara documental sobre los ingresos, por la sencilla razón de que no existe. Ello obliga a acudir a otras pruebas que acrediten los ingresos, y en este sentido aparece la declaración de los testigos que de forma clara, precisa y constante desde el inicio de las actuaciones han indicado las cantidades que entregaron al acusado para proceder a su inversión, salvo el caso de Tomás de P. F. al que luego se hará referencia, testifical que este Tribunal reputa creíble, verosímil y ajustada a la realidad de los hechos (como ya se ha indicado), y también aparecen determinados soportes documentales que permiten afirmar sin duda alguna las cantidades concretas entregadas al acusado.

Así Juan P. de La C. entregó la cantidad de veinticuatro millones de pesetas, tal y como ha manifestado el testigo, apareciendo además las fotocopias de los pagarés (inversión inicial) y parte de las obligaciones hipotecarias que el acusado le entregó una vez que se descubrieron los hechos.

María Luisa V. R. entregó la cantidad de treinta y dos millones de pesetas tal y como se desprende de sus manifestaciones así como de las de su hijo, a lo que debe añadirse que el acusado reconoció en la causa haber recibido tal cantidad; también aparece la testifical de Juan María I. que manifestó que el acusado reconoció en una reunión que tuvieron con él, que había recibido de María Luisa la cantidad de treinta y dos millones de pesetas, y en igual sentido se expresó Angel L. B. en su declaración sumarial.

Angel L. B. entregó la cantidad de siete millones de pesetas, tal y como se desprende de su declaración y de las fotocopias de las obligaciones hipotecarias aportadas.

Laura P. P. entregó la cantidad de nueve millones y medio de pesetas, tal y como se deduce de su constante declaración en tal sentido y del ingreso de un talón por importe superior a los ocho millones de pesetas. También aparecen las fotocopias de las obligaciones hipotecarias y aparece que los intereses derivados de las inversiones realizadas por el acusado en su nombre se ingresaban en su cuenta corriente, ingresos regulares que solo podían corresponder a los intereses generados.

Isabel O. R. y su hijo Francisco José O. R. entregaron la cantidad de cinco millones trescientas veintinueve mil seiscientas cuarenta y cinco pesetas, de las que recuperaron la cantidad de un millón de pesetas, tal y como se desprende de sus declaraciones así como del inicial ingreso en cuenta de cinco millones doscientas mil pesetas, posterior apertura de dos cuentas de ahorro por importe de quinientas mil pesetas cada una y el ingreso de los intereses en la cuenta del hijo.

Miguel G. P., Tomás G. p. y Enrique M. C. entregaron la cantidad de dos millones de pesetas, tres millones de pesetas y un millón y medio de pesetas, respectivamente, tal y como se deduce de sus declaraciones, de las fotocopias de las obligaciones hipotecarias aportadas y de los ingresos que se realizaron en sus respectivas cuentas corrientes de los intereses obtenidos por su inversión, ingresos regulares que solo podían corresponder a los intereses generados.

Por último y respecto a Tomás David, Trinidad y Celia de P. F. existe cierta confusión pues mientras Tomás manifiesta que entregó al acusado una cantidad superior a los ochenta millones de pesetas, sin poder concretar la cantidad exacta, su representación reclamaba en las conclusiones provisionales la cantidad de cuarenta y ocho millones novecientas treinta mil cien pesetas, cantidad que al elevar las conclusiones a definitivas se ha sustituido por la de ochenta millones de pesetas. Frente a todos los testigos antes referidos que tenían exacto y preciso conocimiento de las cantidades que entregaron al acusado, Tomás David no ha podido precisar la cantidad, por lo que no existe constancia de la misma, salvo la declaración del testigo. Como acertadamente indicó el M. Fiscal, la cantidad acreditada como entregada por los hermanos de Prado es la de veinte millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas, tal y como se deduce de un ingreso en el banco de nueve millones de pesetas, de tres letras de cambio por importe de cuatro millones con el sello del banco, un efecto de un millón de pesetas y otras cinco cambiales por importe de seis millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas (en concreto las letras de cambio son de un importe de dos millones trescientas doce mil quinientas quince pesetas, un millón ochocientas cincuenta y dos mil quinientas pesetas, un millón de pesetas, quinientas mil pesetas y setecientas mil pesetas). Esta es la cantidad que este Tribunal considera que se ha acreditado como entregada por los hermanos de P. El recibo de treinta y tres millones trescientas cincuenta mil pesetas no se puede tomar en consideración, en cuanto que no acredita que esa cantidad fuera entregada por los hermanos De P. al acusado.

En definitiva, los clientes realizaron importantes desembolsos de dinero, que han sido concretados, que el acusado recibió con el encargo de invertirlo, lo que inicialmente hizo, pero posteriormente se quedó con el dinero recibido de los clientes y no lo devolvió, haciéndolo suyo con evidente ánimo de lucro, lo que constituye un delito de apropiación indebida.

QUINTO. El delito de apropiación indebida que se ha examinado es un delito continuado del art. 69 bis del C. Penal de 1973. El delito continuado exige siempre la existencia de un plan preconcebido o idéntica ocasión, lo que supone la ejecución de múltiples actos, con el mismo modus operandi, que se pueden perpetrar en diferentes lugares y en tiempos próximos, y que esas diferentes acciones sean subsumibles en el mismo artículo del C Penal.

Como se ha acreditado el acusado, en un tiempo aproximado, realizó las diversas acciones en que se ha desgajado este delito, y que se han ido describiendo. En base a la confianza de los clientes, desde el año 1988 hasta el año 1993, recibió de éstos elevadas cantidades de dinero con el fin de invertirlo, lo que inicialmente hizo, pero posteriormente se quedó con el dinero y lo integraba en su patrimonio, ocasionando los perjuicios que se han mencionado.

En la comisión del delito de apropiación indebida concurre la circunstancia agravante específica del art. 529 núm. 7 como muy cualificada del C. Penal de 1973. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 1394/1997, de 17 Nov., recoge en su fundamento jurídico quinto: «Para la aplicación del subtipo agravado del núm. 7.º del artículo 529 del Texto Penal derogado (RCL 1973/2255 y NDL 5670) la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha atendido al valor de la moneda a la ocurrencia de los hechos, lo que ha dado lugar a unas sentencias casuísticas. Si bien las Sentencias de 5 Feb. 1991 --dos-- (RJ 1991/758 y RJ 1991/886) con cita de las anteriores de 28 Dic. 1987 (RJ 1987/9889), 3 May. 1988 (RJ 1988/3449) y 8 May. 1989 (RJ 1989/4145), estimaron como especial gravedad cuando la cantidad defraudada superara las quinientas mil pesetas y como muy cualificada la agravación

cuando sobrepasara la cifra de un millón, lo que repitieron las de 11, 14 y 15 Mar. y 16 Dic. 1991 (RJ 1991/1965, RJ 1991/2139, RJ 1991/2148 y RJ 1991/9316), ya la sentencia de 8 May. 1991 (RJ 1991/3604) señala la cifra de tres millones como de notoria importancia, añadiendo la de 16 Dic. 1991 (RJ 1991/9316), las cifras de dos y seis millones, según se refiriese a la agravación simple o cualificada, precisando la Resolución de 25 Mar. 1992 (RJ 1992/2441), las cantidades de dos millones a dos millones y medio para la primera y de cuatro a cinco millones para las segundas, repitiendo la de dos y seis millones la de 16 Jul. 1992 (RJ 1992/6649), pero referidos al año 1987.»

Si los hechos ocurren en 1993, se estima la cantidad de cuatro millones como de simple agravación, señalan las Sentencias 416/1996, de 13 May. (RJ 1996\3990), y 926/1996, de 20 Nov. (RJ 1996\8258).

Aplicando lo expuesto al caso de autos resulta que, al ocurrir los hechos en el año 1993, aparece clara la aplicación de la referida agravante específica como muy cualificada dado que estamos ante una apropiación superior a los cien millones de pesetas.

Respecto a la aplicación del número 5.º del artículo 529 «cuando se coloque a la víctima en grave situación económica», debe señalarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 May. 1994 (RJ 4053/94) indica que la expresión antedicha, según ha entendido esta Sala, no ha de entenderse necesariamente en el sentido de que el perjudicado directo por la acción criminal haya quedado en la penuria o indigencia más absoluta, rayana en la miseria, sino en el de que, tras el quebranto de la relación de confianza y distracción causada por el agente, la víctima se vea abocada en una situación patrimonial difícil, de cierto agobio o inseguridad, fundándose la especial agravación de la causa 5.ª del artículo 529 en el desvalor del resultado, siempre en apreciación relativa a la vista de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo y de las cargas o atenciones económicas a que haya de proveer [cfr. Sentencias de 3 Oct. 1985 (RJ 1985\4616), 9 Oct. 1986 (RJ 1986\5585) y 18 Oct. 1990 (RJ 1990\8174)].

Y en el caso de autos no se ha acreditado esa especial situación económica. Las cantidades de las que se apropió el acusado son importantes y relevantes pero evidentemente los perjudicados no se encuentran en situación de penuria económica o en una difícil situación económica como consecuencia de estos hechos.

Respecto a la aplicación de la actual circunstancia núm. 2 del Art. 250 del vigente Código Penal solicitada por la Acusación Particular núm. 4 «se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal», debe señalarse que no procede su aplicación en cuanto que ya se ha dicho que resulta más favorable el Código Penal de 1973 y se debe aplicar este Código en su integridad, a lo que debe añadirse que resulta evidente que no concurre en el caso de autos pues ninguna simulación de pleito u otro fraude procesal se ha utilizado por el acusado.

También se ha solicitado por la Acusación Particular núm. 5 la aplicación de la agravación específica del Art. 250.7º del vigente Código Penal. Tampoco procede su aplicación en cuanto que ya se ha dicho que resulta más favorable el Código Penal de 1973 y se debe aplicar este Código en su integridad, a lo que debe añadirse que el abuso de superioridad o de confianza --de difícil apreciación en este tipo de delitos-- podría hacer referencia a las particulares circunstancias personales de las víctimas, en cuanto determinantes de una especial facilidad para ser sujetos pasivos de la defraudación o apropiación. Es evidente que del relato de hechos no se desprende esta especial relación pues estamos hablando de personas con cierto nivel económico, unos elevado o muy elevado, otros más reducido, y también con un nivel cultural alto salvo algún caso aislado. Tampoco debe olvidarse que todas las inversiones se realizaron con el consentimiento de los clientes, que dieron el visto bueno a las inversiones que realizaba el acusado. De forma que no se aprecia ningún aprovechamiento especial por parte del acusado.

SEXTO. Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de un delito de estafa tal y como pretenden las acusaciones núm. 4 y 5. Ya es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que establece que el elemento esencial de la estafa es un engaño empleado maliciosamente por el sujeto activo para conseguir un ilícito beneficio en detrimento del sujeto pasivo, que a consecuencia o motivado por el mismo otorga un acto de disposición patrimonial perjudicial para sus intereses, engaño que por tanto ha de ser antecedente, pues en caso contrario no podría tener la exigida consideración causal, pues esa estafa

contractual solo se consuma cuando el agente mediante el engaño empleado con anterioridad o en el momento de la formación y expresión del consentimiento, induzca al sujeto pasivo mediante cualquier engaño, artificio o ardid, a prestar un asentimiento que de otro modo y de haber conocido la realidad de las cosas no hubiera otorgado.

En el caso de autos no se aprecia una actuación engañosa por parte del acusado, engaño que no se puede sustentar en la confianza que todos los perjudicados tenían en el acusado ni el hecho de que éste cumpliera inicialmente sus obligaciones y entregara puntualmente los intereses pactados. No existe engaño en la actuación del acusado porque todos los perjudicados eran concededores del destino que el imputado daba a su dinero; el acusado les ofreció una rentabilidad algo más elevada a la normal del mercado invirtiendo el dinero en diversos productos, lo que fue aceptado por los clientes y el acusado cumplió y abonó dichos intereses durante una época y todos los perjudicados sabían que los intereses ofrecidos por el acusado eran más elevados que los habituales. Tampoco debe olvidarse que los perjudicados eran personas con cierto nivel económico, unos elevado o muy elevado, otros más reducido, y también con un elevado nivel cultural salvo algún caso aislado, y que varios de ellos se dedicaban al mundo de los negocios y conocían perfectamente el mundo bancario y de las inversiones. Lo que evidentemente ignoraban los perjudicados es que el acusado haría suyas las cantidades entregadas, pero este simple hecho no determina la existencia de un delito de estafa.

En definitiva, con tales circunstancias no puede hablarse de un engaño y en consecuencia de un delito de estafa. Lo realmente ocurrido es que los perjudicados realizaron importantes desembolsos de dinero que el acusado recibió con el encargo de invertirlo, lo que inicialmente hizo, pero posteriormente se quedó con el dinero recibido de los clientes y no lo devolvió, haciéndolo suyo con evidente ánimo de lucro, lo que constituye un delito de apropiación indebida.

SEPTIMO. Los hechos que se declaran probados en el apartado núm. 4 también son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en el Art. 303 en relación con los Art. 302-- 1º y 2º y 69 bis, todos del Código Penal de 1973, por resultar más favorable para el acusado que el vigente Código Penal.

Antes de analizar la conducta delictiva del acusado es preciso concretar los hechos que este Tribunal considera punibles. Sólo constituyen el referido delito la disposición por medio de cuatro talones en los que el acusado aparentó la letra y la firma de Manuel G. V. No se considera que exista el delito referido, compartiendo el criterio del M. Fiscal, en los supuestos segundo y tercero de la relación de hechos probados referentes a la apertura de cuentas corrientes a nombres de personas que no eran los verdaderos titulares del dinero que se ingresaba en tales cuentas, en cuanto que tales hechos se realizaron con el conocimiento y consentimiento de éstos. Además lo acaecido era intrascendente, inocuo, de puro régimen interno entre el acusado y los perjudicados, sin ninguna trascendencia externa que pudiera afectar a la autenticidad y seguridad del tráfico mercantil. Y ningún perjuicio se ha derivado para los verdaderos titulares del dinero ingresado en tales cuentas.

Y tampoco se considera que exista el referido delito en relación con el ingreso del talón de Laura P. por importe superior a los ocho millones de pesetas en la cuenta de un tal José Luis A. A., hecho realizado sin el conocimiento y consentimiento de Laura P. Ello es así porque tal hecho no aparece en ninguno de los escritos de las Acusaciones, ya pública ya privadas, tratándose de un hecho introducido por vía de informe.

El derecho a ser informado de la acusación, garantizado por el Art. 24.2 de la Constitución, exige, como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 Nov. 1991 y reiteran las de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 Ene. y 22 Dic. 1993 (R. 175 y 9694), el conocimiento de aquella, facilitado por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante los que el proceso se sustancia, y su función y esencia radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas, proscribiendo, en consecuencia, la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de que se le acusa. Comprende también aquel principio la necesidad de congruencia entre la acusación y condena, de modo que el Tribunal no altere sustancialmente los hechos o relación fáctica objeto de la acusación y sometidos al proceso, ni los califique de forma distinta penando así una infracción diferente a la que fue objeto de acusación --salvo que se

trate de un delito homogéneo y que no sea de mayor gravedad--, ni aprecie subtipos o circunstancias que agraven la pena y no fueren alegadas o imponga una superior a la solicitada, a menos que esa mayor entidad punitiva resulte del juego de la función individualizadora del Tribunal dentro del marco legal de la pena pedida por los acusadores.

Desde el punto de vista de los hechos objeto de acusación lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo legal a aplicar, lo que quiere decir que del hecho de la vida objeto del proceso han de tomarse en cuenta y ser fijados en el momento de la acusación aquellos extremos fácticos que integran el substrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quienes se imputan tales hechos. Son estos los elementos sustanciales que no deberán ser alterados por el Juez, que puede, sin embargo, matizarlos o completarlos incluyendo otros datos colaterales o esclarecedores siempre que no impliquen cambio de calificación resultando, por ello, neutrales para el fallo (sentencia del Tribunal Supremo de 22 Dic. 1993 R. 9694). Y la sentencia del Tribunal Supremo de 2 Abr. 1993 (R. 3015) ha establecido que «los hechos, o relación fáctica, han de estar contenidos en los escritos de la o de las acusaciones porque a ellos, exclusivamente, ha de referirse el proceso, la prueba y, en fin, la sentencia. La identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia ha de ser absoluta, en el sentido de que lo juzgado ha de recaer sobre los datos que se ofrecen para su análisis. Más aún, no puede tolerarse, jurídicamente hablando, una modificación esencial e importante entre el "factum" de la conclusión definitiva y los hechos que son después juzgados por los jueces en su resolución.»

Y en el caso de autos resulta que ni el M. Fiscal ni la Acusación Particular núm. 3 han recogido en sus escritos de conclusiones el ingreso del talón de Laura Palencia por importe superior a los ocho millones de pesetas en la cuenta de un tal José Luis A. A., hecho realizado sin el conocimiento y consentimiento de Laura Palencia, por lo que no es factible la condena por tal hecho (la Acusación núm. 3 hace referencia a este ingreso en un escrito que no es el de conclusiones).

OCTAVO. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 6 Oct. 1993 [RJ 1993\7289], 21 Ene. 1994 [RJ 1994\841 y 26 Abr. 1997 [RJ 1997\3374], así como la de 10 Mar. 1999, entre otras) ha entendido que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil requiere los siguientes elementos:

- a) Uno objetivo o material, consistente en la mutación de la verdad por alguno de los medios descritos antes en el art. 302 del CP/1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670), y actualmente en el art. 390 del CP/1995.
- b) Que la alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento, de modo que repercute en los normales efectos de las relaciones jurídicas reflejadas y plasmadas en el mismo; y
- c) Un elemento subjetivo, consistente en el dolo falsario, que estribará en el conocimiento y voluntad de la alteración de la verdad.

La sentencia del mismo Tribunal de 21 Nov. 1995 (RJ 1995\8317), destacó que, aparte de la tipicidad formal, la falsedad documental comporta antijuridicidad material, consistente en la lesión o al menos puesta en peligro de los bienes jurídicos que subyacen bajo el documento, y según la sentencia de 3 Abr. 1996 (RJ 1996\2871), es preciso que la falsedad conlleva una perturbación de la función probatoria del documento.

No es inherente en cambio a la falsedad de documento público, oficial o de comercio según doctrina de esta Sala, un especial elemento subjetivo del injusto, consistente en ánimo de perjudicar o intención de lucro.

Y en el caso de autos aparece que el acusado procedió en cuatro talones (documento mercantil) a imitar la letra y firma de Manuel G. V., logrando apoderarse de este modo de una cantidad superior a los dieciséis millones de pesetas. No existe prueba directa de tales hechos porque siempre que una persona imita la letra y firma de otro altera su propia escritura, y por ello la prueba pericial ha concluido que la letra y firma de los talones no es la del titular de la cuenta (Manuel G. V.), pero no ha podido

concluir que fuera realizada por el acusado. Pero la autoría del acusado se deduce, además de la prueba pericial indicada, de varios hechos totalmente acreditados por la prueba testifical, así el hecho de que la relación comercial de María Luisa V. y su hijo Manuel G. se mantuvo de forma exclusiva con el acusado, ningún otro empleado se relacionaba con los perjudicados, el hecho de que fue éste el que aconsejó a María Luisa abrir dos cuentas a nombre de sus hijos y repartir el dinero entre las dos, de forma que el acusado sabía el dinero que se ingresaba en la cuenta de Manuel G. así como el número de ésta, y el hecho de que el acusado, en base a la confianza que tenían en el mismo María Luisa y su hijo, manejaba su dinero con libertad para realizar inversiones, teniendo en consecuencia libre acceso a la cuenta de Manuel G. V. Y de todo lo expuesto solo cabe concluir que fue el acusado el que procedió a realizar la mutación de la verdad en los cuatro talones. Esta alteración de la verdad afectó a los elementos esenciales del cheque y se realizó con conciencia y voluntad de mudar la verdad, dolo que se desprende de la misma actuación del acusado, pues es evidente que quien procede a imitar la letra y firma de otra persona con el fin de rellenar cuatro talones, es plenamente consciente de la mutación de la verdad que está realizando y quiere realizar dicha alteración. Concurrió también en las falsedades documentales imputadas al acusado el elemento de antijuridicidad material exigido por la jurisprudencia, en cuanto que con tales documentos se lesionó el tráfico mercantil ordinario.

NOVENO. De tales delitos resulta responsable, en concepto de autor, el acusado Francisco Q. C., al realizar directa y materialmente los hechos que lo constituyen, tal y como se desprende de todo lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos, mientras que procede absolverle del delito de estafa de que le acusaban las Acusaciones Particulares núm. 4 y 5.

DECIMO. En la realización de tales delitos no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Por la Acusación Particular núm. 5 se ha solicitado la aplicación de las agravantes de abuso de confianza y de abuso de superioridad.

No es factible la apreciación de la agravante de abuso de confianza. Esta circunstancia, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 Abr. 1997 (RJ 3260/97), supone la presencia de un plus de perversidad en el agente, lo que acentúa la reprochabilidad de su conducta al quebrantar la lealtad debida y correspondiente a especiales relaciones o vínculos profesionales, laborales, de servicio, dependencia, subordinación, comunidad, convivenciales, de amistad, compañerismo o equivalentes, atentado a deberes sociales, morales o éticos que el sujeto no duda conculcar y hollar en aras de la mejor consecución de su doloso designio criminal. El prevalimiento por el culpable de la confianza que le fue dispensada, propicia y facilita la ejecución del hecho en condiciones de privilegio o ventaja respecto de cualquier otra persona ajena al vínculo constatado o fuera de la especial situación favorecedora. Quien ejecuta el hecho abusando de la confianza de otro, se prevale de una situación de privilegio en virtud de la cual la acción aparece inicialmente facilitada, los riesgos de la defensa de la víctima disminuidos y la seguridad de ejecución incrementada --Sentencias de 31 Ene. 1985 (RJ 1985\386), 20 Jun. y 15 Dic. 1986 (RJ 1986\3181 y RJ 1986\7915), 30 Ene. 1987 (RJ 1987\485) y 28 Jun. 1989 (RJ 1989\6003)- En definitiva, la apreciación de la agravante que nos ocupa supone el quebrantamiento de una lealtad otorgada por parte del depositario de la misma y beneficiario de tal condescendencia.

Si ya se ha apreciado como base de la conducta del acusado la situación de confianza generada por éste, para estimarse la existencia de un delito continuado de apropiación indebida, no puede ahora apreciarse como constitutivo de una genérica agravación punitiva, si el mecanismo de que se valió el recurrente fue principalmente la relación de confianza con sus clientes, y por ello no puede ser apreciada por ser inherente en este caso a la conducta delictiva del acusado. A lo expuesto debe añadirse lo ya indicado anteriormente sobre la agravación específica.

Y respecto a la también alegada agravante de abuso de superioridad debe señalarse lo ya antes referido respecto a la agravante específica. Si se ha considerado que no cabe tal agravación específica, tampoco es factible la apreciación de la genérica.

UNDECIMO. En orden a la fijación de las penas debe señalarse que todas las Acusaciones, tanto Pública como Privadas, han solicitado una pena única de seis años de prisión menor al entender que existía un concurso entre el delito continuado de apropiación indebida o estafa y el delito continuado de falsedad. Sin embargo considera este Tribunal que tal concurso no se

puede establecer de forma general pues la falsedad cometida en los cuatro talones solo sirvió de medio para realizar una de las apropiaciones, mientras que en el resto de las mismas ninguna falsedad se cometió. De ahí que se considere preferible penar por separado ambos delitos, lo que también es factible cuando la pena a imponer exceda del límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos.

En cuanto al delito de apropiación indebida, teniendo en cuenta que se trata de un delito continuado y que al mismo tiempo se ha aplicado la agravación específica del Art. 529.7º del Código Penal de 1973, debe tomarse en consideración la sentencia del Tribunal Supremo de 18 Nov. 1993 que dice: «No tiene razón el recurrente, porque la doctrina de esta Sala, si bien referida a la apropiación indebida y a la estafa, ha estimado que la aplicación de la agravante 7º, art. 529 y el art. 69 bis CP, en su pfo. 1º, inc. final, comportaría la violación del principio "non bis in idem", debiendo rechazarse la agravación expresada si ello procede de la acumulación o suma de cuantías de las diversas acciones que forman el sustrato fáctico del delito continuado --SS. 27 May. 1987, 7 Mar. y 22 Nov. 1990 y 22 Jun. 1992-- Por la misma razón debe aplicarse tal doctrina en los supuestos de hurto cuando entren en juego el art. 69 bis o el art. 516.3º CP, en relación con el art. 515.2º CP. La doctrina de este Tribunal se ha pronunciado por qué precepto debe decidirse el Tribunal --S. 28 Ene. 1991-- con respecto a la agravante 7º, art. 529 CP o del delito continuado del art. 69 bis CP», y la sentencia de 6 de junio de 1994 del mismo Tribunal todavía con mayor claridad indica lo siguiente: «Respecto de la denunciada aplicación indebida del subtipo de estafa agravado del art. 529.7º CP, la parte recurrente sostiene la tesis de que, cuando se estima la existencia de un delito continuado de estafa por darse una pluralidad de acciones, no cabe aplicar los subtipos agravados del art. 529.7º CP, lo cual no es cierto: Lo que sucede en estos casos es que, cuando se aprecie la existencia de un delito continuado, tratándose de infracciones contra el patrimonio - como sucede en el presente caso-- «se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado», como exigencia inherente al «delito continuado» en este tipo de delitos. Ahora bien, esto sentado, para la concreta determinación de la pena a imponer, se ofrecen dos vías: una, aplicar las reglas penológicas del art. 69 bis (imponer la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción mas grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, con la peculiaridad --respecto de las infracciones patrimoniales-- de que en ellas «el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad v hubiere perjudicado a una generalidad de personas»); o bien, aplicar las penas previstas especialmente para el delito de estafa (arts. 528 y 529 CP). Y, en este trance, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que procede aplicar esta última opción, por razón de especialidad, puesto que la norma especial desplaza a la general (vid por todas la S 27 May. 1987). Por consiguiente, dada la cuantía de la defraudación y apreciada la concurrencia de la circunstancia 7º, art. 529 CP como muy cualificada, la pena impuesta por la Sala de instancia (prisión menor en grado mínimo) es ajustada a Derecho. No puede hablarse de aplicación indebida de este precepto.»

Aplicando lo expuesto al caso de autos solo puede concluirse que estando ante un delito continuado de apropiación indebida y dada la cuantía defraudada (agravación muy cualificada), la pena a imponer es la de prisión menor, y concretamente este Tribunal considera procedente la imposición de la pena de tres años de prisión menor, pena que es acorde a la gravedad de los hechos realizados por el acusado y la elevada cantidad de dinero de que se apropió.

Con relación al delito continuado de falsedad y dado que se trata de una conducta de alcance muy inferior al supuesto anterior, se estima procedente la imposición de una pena de un año de prisión menor y multa de doscientas mil pesetas con veinte días de arresto sustitutorio caso de impago.

DUODECIMO. Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que el acusado indemnizará a Juan P. de La C. en veinticuatro millones de pesetas (24.000.000 ptas.), a María Luisa V. R. en la cantidad de treinta y dos millones de pesetas (32.000.000 ptas.), a Tomás D. ,. Trinidad y Celia de P. F. en veinte millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas (20.365.015 ptas.), a Laura P. P. en nueve millones quinientas mil pesetas (9.500.000 ptas.), a Isabel y Francisco O. R. en cuatro millones trescientas veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco pesetas (4.329.645 ptas.),

a Angel L. B. en siete millones de pesetas (7.000.000 ptas.), a Tomás G. I. en tres millones de pesetas (3.000.000 ptas.), a Miguel G. P. en dos millones de pesetas (2.000.000 ptas.) y a Enrique M. C. en un millón quinientas mil pesetas (1.500.000 ptas.).

Algunas Acusaciones Particulares han reclamado el pago de intereses, ya desde la fecha de los hechos ya desde la fecha de la presentación de las querellas, así como una indemnización por perjuicios. Tales alegaciones no pueden prosperar pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 30 Oct. 1990, aunque sean ciertos en líneas generales los aspectos que abarcan los perjuicios a incluir en una responsabilidad civil, lo que también es cierto es que desde el principio ni ha cifrado pormenorizada y con fundamento fáctico y racional esas diversas partidas posibles para que pudieran ser objeto de prueba y de contradicción y consecuentemente de valoración por el Tribunal.

En el caso de autos se ha hablado de cifras siempre estimadas y globalizadas sin que se hayan desglosado por conceptos (lucro cesante, gastos, cálculo de intereses de lo no pagado, porque sobre lo reintegrado no procederían, índices de desvalorización monetaria, etc.). Ni siquiera para la partida más clara, los intereses de las inversiones realizadas, se ha hecho el cálculo cifrado, separado, concreto, ni se ha concretado el interés de las operaciones, pues unos testigos hablaban del 10%, otros del 12%, otros del 13%, ni se ha fijado el plazo de las inversiones y su finalización. Todo eso corresponde concretarlo y acreditarlo al que lo reclama, sin que baste reclamar una cantidad global porque así lo ha estimado. Sólo así, y tras prueba, hubiera podido este Tribunal ponderar las reclamaciones que exceden de la cantidad entregada al acusado. No basta con que sea presumible un perjuicio, hay que probarlo.

Por último procede acordar que todas aquellas cantidades que fueron depositadas por la entidad Citibank España, S.A., y entregadas por el Juzgado a sus verdaderos titulares, sean entregadas de forma definitiva a los mismos, que son Eleuterio V. R. y Manuel G. M. El hecho de que Eleuterio V. no haya comparecido al juicio no impide el cumplimiento de lo anteriormente expuesto, pues consta en la causa que abrió una cuenta a nombre de Diana R., por indicación del acusado, siendo el dinero ingresado en la misma propiedad de Eleuterio, de forma que la entidad bancaria lo depositó en el Juzgado y por éste se entregó a su verdadero titular, que no es otro que Eleuterio V. R. Si en su momento el Juzgado de instrucción consideró que tal dinero pertenecía a Eleuterio y se le entregó como tal, en esta resolución se trata simplemente de ratificar tal resolución y hacer entrega definitiva de lo ya entregado. Y para ello no era necesario que compareciera el testigo al acto del juicio.

DECIMOTERCERO. Procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Citibank España S.A.

La doctrina del Tribunal Supremo (ver entre otras las Sentencias de 22 Ene. 1999 [RJ 1999\4031], de 26 Mar. 1997 [RJ 1997\2512], de 23 Abr. 1996 [RJ 1996\2922], 17 Jul. 1995 [RJ 1995\5606] aun referida a la responsabilidad del Estado, 29 Oct. 1994 [RJ 1994\8330] y 13 Oct. 1993 [RJ 1993\7377]) ha ido perfilando la cuestión a través de una lenta pero evidente evolución jurídica al interpretar el artículo 22 de forma cada vez más abierta y flexible, de modo que personas físicas o jurídicas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes indemnizaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes, siendo posible entonces declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden sin embargo al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada, que no es otro que permitir la condena de una empresa o titular de un negocio o actividad, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad, aun con extralimitaciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse. No se olvide que el artículo 22, aunque incorporado al Código Penal (de 1973), tiene una naturaleza estrictamente civil que permite una aplicación extensiva que en materia criminal en contra dei reo no sería posible por exigencias al principio de legalidad.

Abundando en esos planteamientos ha de señalarse que para que se genere responsabilidad civil subsidiaria son necesarios dos requisitos, a) 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 halla bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente

circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario, y b) que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuaciones (Sentencias de 8 Feb. 1990 [RJ 1990\1929], 29 Jun. 1987 [RJ 1987\5018], 30 Mar. 1983 [RJ 1983\2219], 2 Mar. 1979 [RJ 1979\1028], etc.).

La interpretación de ambos requisitos se efectúa con un criterio amplio, con acentuación del carácter objetivo del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria, tal ha sido más arriba apuntado al menos, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa «in eligiendo» y la culpa «in vigilando sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «qui sentire commodum, debet sentire incomodum»" (ver la citada sentencia de 23 Abr. 1996).

Tales consideraciones necesitan ser adaptadas al supuesto del caso concreto porque el «caballo de batalla», si coloquialmente se permite tal expresión, habrá de consistir en determinar cuándo se estima que la actividad del infractor, aun siendo anormal o con extralimitaciones, se encuentra o no dentro del ámbito del ejercicio, del cometido o de la actividad que le está encomendada.

DECIMOCUARTO. De la prueba practicada se evidencia que en modo alguno el acusado actuaba en un ámbito privado de relaciones personales, sino que su actividad lo era siempre como Director de la Sucursal Bancaria de la entidad Citibank España, es decir, actuaba dentro del ejercicio de las funciones encomendadas por la entidad bancaria, y en tal carácter le entregaban los perjudicados sumas de dinero para que realizara con ellas inversiones financieras del modo más beneficioso para aquéllos, sin extralimitarse en sus funciones, sino siguiendo las instrucciones del Banco, y cosa diferente es que el acusado realizara un ejercicio anormal de sus funciones y ofreciese productos que no eran del banco, lo que ocultaba a los clientes. Sólo aprovechando su condición de director de la sucursal pudo utilizar sus impresos, sellos, estampillas, máquina registradora, y recibir las elevadas cantidades que le entregaban los perjudicados. La situación se prolongó durante varios años. Se da la condición de dependencia y servicio laboral, se aprovecha ese puesto de trabajo y su experiencia en él y todas las operaciones irregulares las realizó cuando estaba prestando sus servicios. La entidad asume obligaciones frente al cliente respecto al funcionamiento y personal a ella subordinado y se lucra de sus servicios, avala su comportamiento, debió controlar eficazmente la labor del acusado. En definitiva, lo que ocurrió es que la entidad bancaria no controló debidamente la actuación de su empleado, lo que permitió la comisión de los delitos por los que se le condena.

No cabe alegarse que la conducta del acusado es ajena a sus cometidos propios, siendo imposible a la entidad bancaria controlar la situación por la falta de registro contable de las operaciones que el acusado realizaba, sustentando dicha afirmación en que la actuación de este último fue unilateral y en todo momento fue un banco paralelo al ofrecer dos productos que no eran del banco. Alegación que no puede prosperar pues no existió relación extrabancaria entre el acusado y los perjudicados, sino que todas las relaciones se mantuvieron en la oficina que el acusado tenía como despacho en la sede de la entidad bancaria para la que trabajaba, el acusado siempre intervino como director de la sucursal de Citibank y todos los clientes pensaron que los productos que les ofrecía eran del banco, pues nada les dijo el acusado. Todos los perjudicados perseguían inversiones financieras, efectuadas y controladas por la entidad bancaria y lo hacían a través del acusado como director de la oficina. Basta, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 21 Nov. 1991, que la actuación del culpable directo esté potencialmente sometida a la intervención del principal para que se estime nacida jurídicamente la responsabilidad civil subsidiaria, pues obviamente, se parte de que este principal ni ha intervenido ni aprobado la actuación ilícita y, menos aún, ilícita penal de su dependiente pues, de ser así, se estaría en presencia de responsabilidades penales conjuntas y con toda obviedad no es el caso. Se trata de servicios que un empleado de Banco, que es Director de una Sucursal, en beneficio de dicho Banco presta a determinados clientes cuyo volumen de operaciones interesa especialmente y de cuyo buen fin ha de responder la persona jurídica.

En definitiva, la actividad del acusado se encontraba dentro del ámbito del ejercicio o actividad que le estaba encomendado, aunque realizó un ejercicio anormal de la misma, pues aún siendo anormal estaba dentro de su actividad, por lo que Citibank España, S.A., debe responder como responsable civil subsidiario.

Por último debe aclararse que el hecho de que Angel L. B. haya declarado que no tiene nada que reclamar al Citibank pues fue «engañado» por el acusado y no por el Banco, no excluye la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria respecto a dicho perjudicado, pues dicha responsabilidad civil subsidiaria no se deriva de la concreta reclamación que pueda realizar un perjudicado, sino que se deriva del delito continuado de apropiación indebida cometido por el acusado, que genera una responsabilidad civil directa a cargo del acusado y una responsabilidad civil subsidiaria de la entidad para la que trabajaba el acusado.

DECIMOQUINTO. Las costas procesales vienen impuestas legalmente a todo responsable de delito, a tenor de lo dispuesto en el Art. 244 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que el acusado abonará dos tercios de las costas de este procedimiento, declarando de oficio el tercio restante, toda vez que ha sido condenado por un delito continuado de apropiación indebida y otro de falsedad, al tiempo que se le absuelve del delito de estafa. En dichas costas se deben incluir la totalidad de las generadas por las Acusaciones Particulares núm. 1, 2 y 3, así como dos tercios de las generadas por las Acusaciones Particulares núm. 4 y 5, ya que estas Acusaciones son las que han sostenido la acusación por un delito de estafa (además de la apropiación indebida y la falsedad) por el que el acusado es absuelto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 Feb. 1994 ha establecido que la doctrina de la Sala Segunda ha prescindido del carácter relevante o no de la actuación de la acusación particular para justificar la imposición al condenado de las costas por ella causada y, conforme a los Art. 109 del derogado Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende que rige la procedencia intrínseca de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas de las mantenidas por el M. Fiscal, de las que se separa cualitativamente y que se evidencien como inviables, inútiles o perturbadoras (sentencias de 7 Mar. 1989 R.2506, y 22 Ene. 1992 R.428).

En el caso de autos procede incluir en las costas las de todas las Acusaciones Particulares en el sentido que se ha indicado anteriormente, pues tales acusaciones son homogéneas cuantitativa y cualitativamente con la del Fiscal, y es la calificación que ha prosperado en el presente juicio, aunque dos de ellas también hayan formulado acusación por un delito de estafa, que no ha prosperado, y de ahí la reducción de sus costas.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales y demás de aplicación,

Fallamos

Que debemos absolver y absolvemos al acusado FRANCISCO Q. C. del delito de estafa de que le acusaban las Acusaciones Particulares núm. 4 y 5.

Que debemos condenar y condenamos al acusado FRANCISCO Q. C., como responsable en concepto de autor un delito continuado de apropiación indebida comprendido en los Art. 535, 528, 529-7º (como muy cualificada) y 69 bis del Código Penal de 1973, y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil comprendido en los Art. 303 y 302-- 1º y 69 bis del mismo cuerpo legal, por considerar más favorable para el acusado el Código Penal de 1973 que el vigente Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las siguientes penas: tres años de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por el primer delito, y un año de prisión menor, con las mismas accesorias y MULTA de DOSCIENTAS MIL PESETAS, con veinte días de arresto sustitutorio caso de impago, por el segundo delito, así como al pago de dos tercios de las costas procesales, declarando de oficio el tercio restante, e incluyendo en el pago de las costas la totalidad de las generadas por las Acusaciones Particulares núm. 1, 2 y 3, así como dos

tercios de las generadas por las Acusaciones Particulares núm. 4 y 5.

El acusado Francisco Q. C. indemnizará a Juan P. de La C. en veinticuatro millones de pesetas (24.000.000 ptas.), a María Luisa V. R. en la cantidad de treinta y dos millones de pesetas (32.000.000 ptas.), a Tomás David, Trinidad y Celia de P. F. en veinte millones trescientas sesenta y cinco mil quince pesetas (20.365.015 ptas.), a Laura P. P. en nueve millones quinientas mil pesetas (9.500.000 ptas.), a Isabel y Francisco O. R. en cuatro millones trescientas veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco pesetas (4.329.645 ptas.), a Angel L. B. en siete millones de pesetas (7.000.000 ptas.), a Tomás G. I. en tres millones de pesetas (3.000.000 ptas.), a Miguel G. P. en dos millones de pesetas (2.000.000 ptas.) y a Enrique M. C. en un millón quinientas mil pesetas (1.500.000 ptas.).

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Citibank España, S.A., respecto a todas las cantidades indicadas.

Firme que sea esta resolución procedáse a hacer entrega definitiva de las cantidades entregadas en concepto de depósito a Eleuterio V. R. y a Manuel G. M.

Se declara la solvencia parcial del acusado, aprobando el auto dictado por el Instructor y para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciado dentro del plazo de cinco días, contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.