

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064654

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 49/2020, de 12 de febrero de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10169/2019

SUMARIO:**Delito de estafa. Fraude informático. Continuidad delictiva. Transferencias efectuadas con claves obtenidas fraudulentamente.**

Estafa ofreciendo un coche a cambio de una señal por un precio muy inferior al de mercado y posteriormente consiguiendo mediante engaño entrar al domicilio de la víctima, y así hacerse con sus claves y coordenadas de acceso a la cuenta corriente personal y transferir a su cuenta una cantidad de dinero.

El delito de estafa requiere la existencia de un engaño bastante con objetiva potencialidad de inducir el error en la víctima y una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial. Se acepta excepcionalmente en algunos casos la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo sin que se pueda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño

La entidad bancaria resultó condenada como responsable civil subsidiaria, que corresponde al ejercicio de una acción civil que se ejerce acumulada a la penal, pero que no por ello pierde los rasgos que le son propios. Una responsabilidad que ha sufrido un proceso de progresiva objetivación, basada especialmente en la teoría de la creación del riesgo, conforme a la que, quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros, debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados, salvo actuación fraudulenta o gravemente imprudente por parte de éstos. Se trata de un supuesto cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento. Imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por una infracción reglamentaria

Responsabilidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, a cargo del proveedor de servicios de pago, que le obliga a devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada. No basta con que proporcionara a la titular de la cuenta unas claves y una tarjeta de coordenadas, cuando ello no permitió neutralizar una operación realizada a partir de una apropiación fraudulenta de las mismas.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 120.3 y 248.

Constitución Española, arts. 14 y 24.

Ley 16/2009 (servicios de pago), arts. 27 y 30.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 art. 14 5.º.

PONENTE:*Doña Ana María Ferrer García.***TRIBUNAL SUPREMO**



Sala de lo Penal

Sentencia núm. 49/2020

Fecha de sentencia: 12/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10169/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/01/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10169/2019 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D.^a Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10169/19 interpuesto por D. Sixto representado por la procuradora D.^a M.^a de los Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de D.^a Raquel Segovia Sañudo y por CAIXABANK S.A. representado por el procurador D. Julio Cabellos Albertos bajo la dirección letrada de D.^a Cristina Lledó Burdiel contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sec. 4.^a PA 10/2016). Han sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.



Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado Mixto num. 4 del Puerto de Santa María incoó Diligencias Previas num. 89/12 y una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz que con fecha 4 de febrero de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "UNICO.- En fecha 01/05/12, Almudena conoció a Sixto, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delito de estafa en Sentencia de 13/04/16 por hechos cometidos en Diciembre de 2015, por Sentencia de 11/10/16 por hechos cometidos en Abril de 2016, en Sentencia de 10/04/17 por hechos cometidos en Noviembre de 2008 y por apropiación indebida en Sentencia de 27/09/17 por hechos cometidos en Octubre de 2007.

El origen de tal conocimiento fue por alquilar el acusado un apartamento que Almudena había puesto para arrendar en Internet, apartamento contiguo al domicilio de Almudena sito en AVENIDA000 n° NUM000 del Puerto de Santa María.

El acusado además de su condición de arrendatario entabló rápidamente una relación de amistad íntima con Almudena y le hizo creer enseñándole un papel que parecía un contrato de relación laboral de escolta con el Grupo Z, de que tenía la posibilidad de obtener un vehículo Audi Q3 tan solo por una cuantía aproximada a los 5.600 euros. Con el fin de obtener la disposición de dinero por parte de Almudena le exhibió igualmente un resguardo de haber entregado como señal de dicho vehículo el importe de 2.100 euros, consiguiendo así que, Almudena realizara una transferencia por tal suma a favor del acusado el día 07/05/12.

Con el mismo propósito de persistir en el engaño respecto de la adquisición del vehículo, llevó a Almudena a un concesionario de Córdoba y al Concesionario de Atalaya Motor, sito en Zona Franca de Cádiz, donde el acusado contactó con el comercial Agapito, sin permitir que Almudena estuviera presente en las conversaciones, ya que el propósito expuesto al citado comercial era el de adquirir dos vehículos, uno de ocasión por valor aproximado de unos 20.000 euros, y otro nuevo por valor aproximado de 30.000 euros, adquiriendo el vehículo de ocasión como un regalo sorpresa para su novia, por lo que la última vez que de nuevo compareció el acusado en el Concesionario entrando ya con Almudena el comercial no concretó las operaciones que previamente había gestionado con el acusado acerca del precio, continuando Almudena en la creencia de que ya se había consignado los 2.100 euros de señal y estaban a la espera de recepcionar el vehículo cuando nada se había consignado por el acusado.

Posteriormente, entre los días 23 y 29 de Junio de 2012 aprovechando que Almudena se encontraba de viaje en un crucero y sin cobertura telefónica, el acusado llamó sobre las 21,30 horas a la compañera de piso de Almudena, María Angeles manifestándole que había extraviado las llaves del apartamento alquilado y que como sabía que había una copia en el piso de Almudena le entregara las llaves de ésta, a lo que, María Angeles accedió, no recuperando éste juego de llaves sino hasta la mañana siguiente.

De tal forma, el acusado consiguió acceder a la casa de Almudena y se hizo con las claves y contraseñas tanto de la tarjeta de crédito, incluida la clave de coordenadas, como las claves del router y así realizó el 29/06/12 una transferencia desde la cuenta de Almudena NUM001 de La Caixa, a su favor, por importe de 598 euros, dejando un saldo de 0,09 euros, y otra transferencia a su favor el día 7 de julio de 2012 por importe de 2.300 euros dejando un saldo de 454,12 euros, cantidades que el acusado simuló devolver mediante ingreso por cajero el día 10 de Julio de 2012 por importe de 3.000 euros, si bien, el día 11 de Julio la entidad bancaria canceló tal ingreso al encontrarse vacío el sobre de tal forma ingresado, no recuperando Almudena el dinero antes descrito, que reclama".

Segundo.

La audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Condenamos a Sixto como autor de un delito continuado de estafa a la pena de 2 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, indemnización a Almudena en 4.998 euros, con intereses legales, con la Responsabilidad Civil Subsidiaria de La CAIXA en 2.898 euros, así como las costas, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.



Se acuerda prorrogar la situación de prisión preventiva hasta la mitad de la pena impuesta, esto es, 25 de febrero de 2020".

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Sixto y por CAIXABANK S.A., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación de D. Sixto, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM denuncia infringido el art. 24 de la CE, en tanto vulnerado el derecho a un proceso debido y la defensa.

2º.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECRIM denuncia infringido el artículo 248 CP.

El recurso interpuesto por la representación de CAIXABANK S.A. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º y 2º.- Al amparo del artículo 849.1º denuncia indebida aplicación del art. 120.3 CP.

3º.- Al amparo del artículo 849.1º LECRIM denuncia vulnerado el art. 120. 3 CP.

4º.- Se ha renunciado

5º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM denuncia vulnerado el art. 24.2 CE, derecho al principio de presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

6º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM denuncia infringido el derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa.

7º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM denuncia vulnerado el artículo 24. 2 y el artículo 14 ambos de la CE, por haber infringido la sentencia el principio de presunción de inocencia y el derecho a la igualdad.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 14 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Sixto

Primero.

El recurso interpuesto por D Sixto, condenado como autor de un delito de estafa, en su primer motivo denuncia infracción de la presunción de inocencia.

Comienza el recurso admitiendo que el acusado trabó amistad íntima con la denunciante a raíz de alquilarle un piso; que, en ese contexto, le ofreció la ventajosa compra de un vehículo de alta gama al que él tendría acceso por razón de su trabajo; e incluso que ella efectuó a su favor una transferencia de 2.100 euros. Sin embargo, sostiene que la prueba practicada fue insuficiente para acreditar el engaño que como elemento típico

requiere la estafa, y que tampoco el Tribunal de instancia ha motivado su convicción de manera que permita excluir la arbitrariedad de su razonamiento.

Denuncia el que se haya tomado en consideración la declaración de la denunciante prescindiendo de los documentos que se dice le fueron exhibidos por el acusado; que el precio por el que le ofreció el vehículo era lo suficientemente bajo como para que ella hubiera desconfiado, y concluye que fue temeraria al aceptar el riesgo que implicaba la operación.

Respecto a los otros dos episodios que conforman la continuidad delictiva que se apreció, admite el recurso que se practicaron pruebas acerca de cómo el acusado habría accedido a la vivienda, descubierto las claves para operar por internet, y ejecutado las transferencias por importe de 598 y 2.300 euros sin el consentimiento de ella. Pero insiste en que la versión de la perjudicada careció de la suficiente lógica al explicar porque como pudieron pasarle desapercibidos tales movimientos, o porque no cambió las claves de acceso a internet, lo que entiende que abre espacio para la duda respecto a la posibilidad de que ella misma consintiera que las transferencias y el acceso a sus claves.

1. De manera reiterada hemos señalado que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración que hizo el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

2. Del mismo desarrollo del motivo resulta la existencia de prueba que acredita los hechos objeto de condena. Pues, como hemos señalado, él propio acusado reconoció haber ofrecido la adquisición de un vehículo a la acusada al poco de conocerla y de intimar con ella. Le dijo que trabajaba para un grupo empresarial, y a razón de ello tenía la posibilidad de conseguir buenas condiciones, lo que no era cierto. Finalmente, ella le transfirió el dinero que él le pidió para comprar el coche.

El Tribunal de instancia forjó su convicción al respecto en la versión de la perjudicada, que consideró más creíble que la del acusado, y que estuvo respaldada por la declaración testimonial del encargado del concesionario de vehículos de Cádiz, que ambos dos visitaron. Este testigo, no solo refrendó la versión de ella, sino que dejó patente la falsedad de la versión de descargo de quien ahora recurre.

Extractamos el apartado que la sentencia recurrida dedica a la valoración de la prueba respecto al primer episodio defraudatorio, porque da cumplida respuesta a cuestiones que el recurso esgrime. Y así explicó el Tribunal sentenciador, tras tachar de inverosímil la versión del acusado y decantarse por la de la víctima como más creíble " Almudena sostiene de forma coherente que, como él la exhibió un papel que parecía un contrato de escolta con el grupo Z (extremo éste que no niega el acusado), y que los coches por ellos usados en leasing luego se les ofrecía en condiciones muy ventajosas , y como también le exhibe un papel que parecía una transferencia de que él ya había señalado el coche, ella realiza la disposición patrimonial a favor del acusado mediante una transferencia de 2.100 euros, y que, el resto lo iba a detraer de las rentas, de tal forma que nunca llegó a pagarle un alquiler., Lo cierto es, que nunca se ha aportado ese contrato como real por parte del acusado, ni vida laboral



de la que se desprenda esa relación laboral, ni transferencia real para señalar un Audi A3, manifestando , como ya expondremos, el comercial del Concesionario visitado por el acusado a tales efectos , la ausencia de cualquier tipo de señal.

La mecánica engañosa del acusado continua cuando según describe Almudena la lleva a un Concesionario de Córdoba para enseñarle el coche, no la deja hablar con el comercial y le dice que el coche lo han llevado a Cádiz, y he aquí que aun cuando el acusado sostiene que al Concesionario de Cádiz tan solo fue con Almudena para que comprobara la diferencia de precio entre los coches de allí y el que le ofrecían a él por sus contactos por el trabajo en el grupo "Z", resulta que, el comercial de Atalaya Motor de Cádiz, Agapito, en su declaración en el acto del plenario no viene en absoluto a corroborar la versión del acusado. Contrariamente, manifestó que el acusado se presentó solo en el concesionario y, tan solo la última vez junto con Almudena a la que presentó como novia recordando que era la misma que había visto otra vez fuera, esperando. Y éste testigo nada confirma de que hubieran ido allí simplemente a ver precios sino que había negociado con el acusado la adquisición de dos vehículos, uno nuevo, de unos 30.000 euros, y otro de ocasión de unos 20.000 euros, que iba a ser destinado a regalo para su novia (Almudena), que la forma de pago, según el acusado iba a ser con el rescate de un fondo de inversión o mediante transferencia por adquirir una herencia, que para eso lo llamó unas 5 o 6 veces pero al final nada, puntualizando Agapito que, el acusado nunca dió señal alguna y que, el día que apareció con Almudena, como le había dicho que el coche-regalo era una sorpresa ya le había el acusado dado instrucciones de que no hablara de precios ni de entregas de coche delante de ella.

Igualmente, este testigo corrobora la versión de Almudena en cuanto que ella lo llamó un día para preguntarle que cuando iba a tener listo el coche y le contestó que, no había ni tan siquiera señal para el vehículo, siendo la reacción de Almudena la de ponerse a llorar y que lo iba a denunciar en Comisaría.

Es evidente pues que, el acusado nunca tuvo intención de adquirir un vehículo Audi A-3 por aproximadamente 5.900 euros para Almudena, ni nunca estuvo gestionando su adquisición como aparentó frente a Almudena, incurriendo así en la estafa del artículo 248 CP".

La argumentación es lo suficientemente expresiva para descartar cualquier atisbo de arbitrariedad. Que ella depositara muy pronto la confianza en él, tal y como sostiene el recurso, en nada afecta a la presunción de inocencia cuando consta la estrategia falaz que la abocó a ello. Resulta del mismo modo irrelevante, como también se opondrá, que el precio fijado para el vehículo fuera bajo, no solo por lo fluctuante del mercado automovilístico de segunda mano, sino también porque, como señaló la Fiscal al impugnar el recurso, ofrecer bajo coste es precisamente uno de los recursos utilizados en este tipo de delitos. La oferta de adquisición de un bien a un precio claramente inferior al de mercado, mueve la voluntad de posible adquirente, que debe resolver en un plazo perentorio si le interesa, lo que empuja a una decisión precipitada para aprovechar la oportunidad. Las dotes de convicción del autor de la oferta se conjugan con estas otras circunstancias, sin que ello suponga la exclusión del engaño o conduzca a una especie de compensación de culpas.

Además, esta fue tan solo la primera fase que el acusado diseñó. Pues posteriormente consiguió mediante engaño entrar al domicilio de la víctima, y así hacerse con sus claves y coordenadas de acceso a la cuenta corriente personal, y a su rúter. De esta manera obtuvo los medios que le permitieron disponer a su favor de los fondos existentes en la cuenta de ella. Así lo dedujo el Tribunal a partir de la declaración de la víctima, de la de su amiga a quien el Sr. Sixto pidió las llaves cuando aquella estaba de viaje, y del dato incontrovertido de que fue él el beneficiario de las transferencias. Inferencia inobjetable, que además se completa con el ulterior engaño tendente a justificar una devolución del dinero que no se produjo. Frente a ello, argumentar que la falta de comprobación del saldo por la perjudicada, a pesar de haberse quedado incluso sin activo, desplazaría la responsabilidad hacia ella, como apuntó la Fiscal, genera cierta perplejidad. La titular hizo el uso de sus fondos de acuerdo con la cuantía de estos, e igualmente realizó ingresos, ajena al fraude del que estaba siendo objeto, con disposiciones importantes atendida la cantidad depositada, sin que quepa reproche alguno a su conducta.

A partir de todo ello hemos de concluir que la sentencia recurrida ha conformado el relato de hechos probados que la sustenta y sus conclusiones acerca de la culpabilidad del recurrente en prueba válidamente obtenida e incorporada en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, y razonablemente valorada con arreglo a máximas de experiencia comúnmente aceptadas, expuestas de manera lo bastante motivada para excluir arbitrariedad.

El motivo se desestima.

Segundo.

El segundo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar infracción del artículo 248 CP, en orden a considerar que no se ha producido el engaño típico del delito de estafa. Realmente insiste el motivo en lo ya apuntado en el anterior, en torno a considerar, de un lado, que el primer desembolso patrimonial que la víctima efectuó el 7 de mayo de 2012, cuando el acusado y ella acababan de conocerse, no puede considerarse consecuencia de un engaño bastante, que se conformó esencialmente a través de actos posteriores, lo que le lleva a hablar de engaño subsecuens. A ello añade que la víctima incumplió el principio de autoprotección.

No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada. Y en este caso, respecto a la primera de las cuestiones planteadas, el factum que nos vincula, tras relatar que acusado y víctima se conocieron con ocasión de alquilarle a él el apartamento que anunciaba por internet, colindante con el que ella ocupaba, explicó que "el acusado además de su condición de arrendatario entabló rápidamente una relación de amistad íntima con Almudena y le hizo creer enseñándole un papel que parecía un contrato de relación laboral de escolta con el Grupo Z, de que tenía la posibilidad de obtener un vehículo Audi Q3 tan solo por una cuantía aproximada a los 5.600 euros. Con el fin de obtener la disposición de dinero por parte de Almudena le exhibió igualmente un resguardo de haber entregado como señal de dicho vehículo el importe de 2.100 euros, consiguiendo así que, Almudena realizara una transferencia por tal suma a favor del acusado el día 07/05/12". Es decir, el desplazamiento patrimonial que se materializó a través de la indicada transferencia, fue consecuencia del error provocado en ella por efecto de la estrategia engañosa que él desplegó, suficiente para colmar la tipicidad. Todo ello con independencia de que, como continua relatando la secuencia fáctica de la sentencia recurrida, "con el mismo propósito de persistir en el engaño" la mentira inicial se completara con toda una red de falsedades, tejida a lo largo de los dos meses posteriores, que debilitaron aun más la posición de la víctima y le permitieron allanar el camino de cara a perfeccionar los ulteriores actos de apropiación.

1. El delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo, que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 CP exige que el engaño sea bastante, en referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que provoque el error origen del desplazamiento patrimonial. Es decir, aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La jurisprudencia ha resaltado dos aspectos respecto al engaño. En primer lugar, ha de ser idóneo, lo que exige tomar en consideración, por una parte, su objetiva potencialidad para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, es decir, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

En lo relativo a las obligaciones de autoprotección que serían exigibles a la víctima, la jurisprudencia ha aceptado excepcionalmente en algunos casos la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva, o, al menos, por un sujeto pasivo cualificado obligado a ciertas cautelas.

Ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, y se le exija un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Dijimos en la STS 660/2014 de 14 de octubre, con cita de las anteriores 482/2008 de 28 de junio y 162/2012 de 15 de marzo, que el principio de confianza o de la buena fe negocial que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, ni obliga al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección. Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con



específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto.

Doctrina que aplicada al presente caso obliga a rechazar la tesis que el recurso defiende, pues en atención a las circunstancias expuestas al resolver el motivo anterior, la maniobra engañosa desplegada por el acusado, a quien acababa de conocer como arrendadora y de intimar con ella, objetivamente valorada ex ante, fue es idónea para causar el error. Esto es, para provocar en la víctima una percepción equivocada de la realidad. Y lo afirmamos así, aun cuando pudiera entenderse que los sistemas de autoprotección disponibles pudieran hipotéticamente haberlo evitado mediante una actuación especialmente cautelosa, lo que resulta más que dudoso cuando el acusado, aprovechando la intimidad trabada con la víctima, reforzó una estrategia, que por su diseño resultaba creíble, con la exhibición de documentación que la reforzaba. Pues de lo que se trata es de establecer la idoneidad del engaño en el caso concreto, y no tanto de especular acerca de si era o no evitable.

En este caso, tal y como ya hemos expuesto, y a partir del relato de hechos de la sentencia impugnada cuyo respeto es obligado, la maniobra desarrollada fue idónea para inducir a error a la víctima. Error que, a su vez, determinó el primer acto de disposición por su parte.

2. Los ulteriores episodios que permitieron al acusado apoderarse de hasta 3000 euros en dos transferencias realizadas en diferentes fechas por él mismo, mediante la utilización de unas claves a las que tuvo acceso a través del engaño, han sido calificadas por la Sala de instancia, dentro de la continuidad delictiva que aprecia, como estafa informática del artículo 248.2 CP.

El conocido como fraude informático está previsto como una modalidad de estafa con configuración propia, que no responde a la estructura tradicional aquella. Es un tipo a través del que se pretende proteger el patrimonio de los ataques que propician las nuevas tecnologías y cuyo eje lo constituye lo que el Código describe como "manipulación informática o artificio semejante". Son éstos los que han de ser idóneos para conseguir esa transferencia inconsentida de un activo patrimonial, que integra el acto de disposición que provoca el enriquecimiento que el autor persigue. A diferencia de lo que ocurre respecto a la estafa prevista en el nº 1 del artículo 248 del CP, el engaño ya no es un elemento básico ni es de imprescindible presencia. Se ha visto sustituido en esa función por los artificios prohibidos. En palabras de la STS 533/2007 de 12 de junio, no es precisa la concurrencia de engaño alguno por el estafador, porque el acecho a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal.

En este caso hubo engaño personal para conseguir las llaves que permitieron al acusado el acceso a las claves informáticas. Estas operaron como artilugio idóneo para conseguir el desplazamiento del dinero depositado en la cuenta de la víctima a otra titularidad del acusado, es decir, las que le facultaron a transferir el dinero inconsentidamente, como exige el tipo.

El motivo se desestima, y con él la totalidad del recurso.

Recurso de Caixabank:

Tercero.

El primer motivo del recurso interpuesto por la entidad que resultó condenada como responsable civil subsidiaria, invoca el artículo 8491 LECRM para denunciar infracción del artículo 120.3 CP.

Sostiene la recurrente, a quien la sentencia de instancia condenó como responsable civil subsidiaria, que ni el relato fáctico de aquella ni tampoco su fundamentación jurídica concretan la infracción reglamentaria llevada a cabo por Caixabank que justifique la atribución de responsabilidad civil ex artículo 120.3 del C.P., habiéndose objetivado su responsabilidad.

1. Como bien explica el recurso, Caixabank fue condenada con apoyo en el artículo 120.3 del CP.

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

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

Esta Sala ha reconducido los contornos del término "reglamentos" a los de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16 de julio o 212/2015 de 11 de junio).

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

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

El hecho de que la responsabilidad que se examina en el recurso sea de índole civil tiene notable relevancia. En primer lugar, porque esta Sala tiene establecido de forma reiterada, con ocasión de aplicar el artículo 120.3 del C. Penal, que no nos movemos aquí en el marco específico del derecho penal, sino precisamente en el del derecho civil resarcitorio de los perjuicios derivados de la infracción penal cometida. Se ejercita así una acción distinta, aunque acumulada al proceso penal por razones de utilidad y economía procesales, con la finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas; de modo que las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal. Y ello hasta el punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de la actividad que lo genera (cuius commoda eius incommoda). Y también nos hemos referido en otras ocasiones a que la evolución progresiva que ensancha este tipo de responsabilidad civil mediante la aplicación de la teoría del riesgo, aunque no permita hablar en sentido estricto de que en esta esfera impere un criterio de absoluta responsabilidad objetiva, sí puede decirse que prima o prevalece un criterio de "ponderado objetivismo" (SSTS 108/2010, de 4 de abril; 357/2013, de 29 de abril; 64/2014, de 11 de febrero o 778/2015, de 18 de noviembre).

En definitiva, no nos movemos en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. De modo que las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal. Ello da entrada a la analogía como criterio de interpretación, que si bien está vedado cuando de normas penales se trata, no ocurre lo mismo en relación a las de naturaleza civil.

2. El que nos encontremos ante el ejercicio de una acción civil también proyecta sus efectos respecto al detalle o especificidad de los extremos que sobre la misma deben constar en los hechos probados, exigencia que queda satisfecha con la de los elementos de los que surge tal responsabilidad. Y en este caso queda colmada en cuanto el factum, que en atención al cauce casacional por el que el recurrente ha dirigido su primer motivo nos vincula, recoge los datos de los que surge la responsabilidad que ahora se discute. En concreto, la realización vía telemática de transferencias con cargo a la cuenta bancaria que la perjudicada, mediante el uso de las claves facilitadas por la entidad, por persona distinta y no autorizada por su titular, sin que se accionaran las alarmas que permitieran detectar tal extremo. Fisuras en un sistema de seguridad aun más patentes cuando el Banco no detectó hasta transcurridas 24h, que el ingreso que el acusado simuló realizar en un cajero no contenía el dinero que inicialmente si se había contabilizado como tal. Extremos todos ellos que se condensan en el último párrafo del relato de hechos que explicó "de tal forma, el acusado consiguió acceder a la casa de Almudena y se hizo con las claves y contraseñas tanto de la tarjeta de crédito, incluida la clave de coordenadas, como las claves del router y así realizó el 29/06/12 una transferencia desde la cuenta de Almudena NUM001 de La Caixa, a su favor, por importe de 598 euros, dejando un saldo de 0,09 euros, y otra transferencia a su favor el día 7 de julio de 2012 por

importe de 2.300 euros dejando un saldo de 454,12 euros, cantidades que el acusado simuló devolver mediante ingreso por cajero el día 10 de Julio de 2012 por importe de 3.000 euros, si bien, el día 11 de Julio la entidad bancaria canceló tal ingreso al encontrarse vacío el sobre de tal forma ingresado, no recuperando Almudena el dinero antes descrito, que reclama". De ahí que la primera de las quejas formuladas deba rechazarse.

3. Denuncia también el recurso que la sentencia recurrida omitió en la fundamentación jurídica cualquier referencia a las razones de las que surgió la responsabilidad que se le impone, lo que considera un inaceptable ejercicio de objetivación. Sin embargo, tal alegación se desvanece a la vista del contenido del fundamento de derecho que aquella dedicó a la cuestión, en el que, tras exponer la doctrina de esta Sala sobre la materia y excluir un comportamiento doloso o imprudente por parte de la titular de la cuenta, concluyó la infracción de un deber de cuidado por parte de la entidad bancaria, precisamente porque no consiguió enervar los fallos de seguridad expuestos.

Decíamos en la sentencia 327/2016 de 20 de abril, la misma que la Sala de instancia cita, y que resuelve un supuesto con claras similitudes al que ahora nos ocupa, en cuanto que se trató también de una transferencia on line realizada mediante el uso de unas claves obtenidas fraudulentamente, "Aunque la jurisprudencia ha tendido a la objetivación, la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 120.3 del Código Penal no tiene un carácter absolutamente objetivo. Pues es preciso que se cumplan algunos requisitos, y entre ellos es exigible que haya tenido lugar una infracción de normas, aunque en ellas se incluya, incluso, el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para evitar daños a terceros. Es cierto que es posible que determinados hechos tengan lugar aunque la entidad bancaria haya adoptado medidas de seguridad adecuadas. Pero para que sea posible un análisis de las mismas habrá de acreditar su existencia y su adecuado cumplimiento, lo cual no ha tenido lugar en el caso.

Y, además, ha de existir una relación entre tal infracción y el daño, que no llega a ser una propia relación de causalidad, pues basta (STS nº 413/2015, de 30 de junio), una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella.

En casos como el presente, es claro que la actividad propuesta por la entidad bancaria a sus clientes mediante la operativa on line presenta algunos riesgos derivados de la posibilidad de suplantación de la identidad de quien contrata con la entidad para la realización de operaciones sin la autorización del auténtico contratante. Es claro también que, excluyendo actuaciones dolosas o gravemente negligentes por parte de los clientes, la entidad bancaria es responsable de ofrecer y poner en práctica un sistema seguro, de manera que las consecuencias negativas de los fallos en el mismo no deberán ser trasladados al cliente. Todo ello con independencia de la determinación de quien sea el auténtico perjudicado en estos casos, en atención a la correcta interpretación de los preceptos que regulan esta clase de depósitos".

Doctrina plenamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa. Los deberes de seguridad que los bancos deben observar para llegar a consolidar un espacio seguro de actuación, han tenido su reflejo legal armonizando nuestro ordenamiento interno con la normativa europea sobre la materia. Y así, a fecha de los hechos estaba vigente la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior, que fue aprobada como Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y por la que se derogó la Directiva 97/5/CE. Esta Ley 16/2009 introdujo en un capítulo que reguló los riesgos operativos y de seguridad de los proveedores de servicios de pago. Todo ello en la idea, resaltada en el Preámbulo de la Ley, de que la regulación de los servicios de pago ha de promover, en particular, un entorno que propicie el desarrollo ágil de las transacciones de pago, unas reglas comunes respecto a su operatividad, un abanico suficientemente amplio de opciones de pago para los usuarios y unas normas de protección efectiva para los mismos. Pues bien, en los artículos 27 y ss se establece un régimen de responsabilidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, a cargo del proveedor de servicios de pago, que le obliga a devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecer en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada. Responsabilidad que solo cede en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, del titular de la cuenta en cuestión, respecto a la obligación que asume de adoptar "las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados" que se le hayan facilitado.

En esa misma línea, Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, derogó la Ley 16/2009, e incorporó parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico el



marco europeo creado por la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, en sustitución de la del 2007, que junto al Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015. Esta nueva norma, actualmente en vigor, asumió como principales objetivos facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet. En la misma línea de proteger al consumidor del servicio, exige ahora sistemas de autenticación reforzada, y reproduce un sistema similar de responsabilidad a cargo del proveedor del servicio, que solo cede, como en el supuesto anterior, en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave; que lo será solo en caso de actuación fraudulenta, cuando el proveedor no ha establecido el sistema de autenticación reforzada.

Quiere esto decir que la secuencia histórica que reproduce el relato de hechos probados fija las bases suficientes para concluir la responsabilidad civil que en este caso incumbe a Caixabank, a partir del deber objetivo de cuidado que la normativa específica impone a las entidades bancarias, como proveedoras de servicios de pago, descartando causas de exclusión de su responsabilidad. Porque, no se dan méritos que permitan plantear un comportamiento, no ya fraudulento, sino incluso gravemente negligente por parte de la titular de la cuenta bancaria que resultó saqueada.

El motivo se desestima.

Cuarto.

El segundo motivo de recurso, también por el cauce que habilita el artículo 849.1 LECRIM, denuncia infracción del artículo 120.3 CP.

Se sostiene que en el relato de hechos probados se explica que el condenado se hizo con las claves y contraseñas, tanto de la tarjeta de crédito como del rúter, mediante una maniobra torticera, y así realizó dos transferencias bancarias a su favor. Pero en ningún momento se establece que la ejecución de dichas transferencias se produjese en la sede física de la entidad bancaria ni que se produjese algún tipo de fallo o error en el sistema de banca electrónica facilitado por el banco a sus clientes.

Por lo que hace al elemento locativo, ya hemos dicho que nos movemos en el ámbito del derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada a la penal. Ello, entre otros extremos, da entrada a la analogía como criterio de interpretación, que si bien está vedado cuando de normas penales se trata, no ocurre lo mismo en relación a las de naturaleza civil. De esta manera el entorno digital que el banco crea como plataforma y medio de prestación de los servicios esenciales que suministra, y de los que obtiene su lógico beneficio, colman los presupuestos de lugar a los que se refiere el artículo 120.3 CP cuando habla a delitos cometidos "en los establecimientos de que fueran titulares".

Por lo demás, ya hemos aludido a los supuestos de exclusión de la responsabilidad que incumbe a las entidades bancarias, como proveedoras de servicios de pago en entornos digitales. Y en línea con ello, el artículo 30 de la Ley 16/2009 y en términos similares el 44 de la norma actualmente en vigor, imponen al proveedor de servicios la carga de demostrar "que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia". A tal fin, no basta con que proporcionara a la titular de la cuenta unas claves y una tarjeta de coordenadas, cuando ello no permitió neutralizar una operación realizada a partir de una apropiación fraudulenta de las mismas.

En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, las fisuras de seguridad del sistema en el momento de los hechos, quedaron patentes cuando no fue capaz de detectar de inmediato que el ingreso que el acusado simuló realizar en un cajero automático a través de un sobre vacío.

El motivo se desestima.

Quinto.

En tercer motivo de recurso, por la misma vía que los anteriores, argumenta que se ha omitido en el relato de hechos probados toda referencia a la forma de actuar de la denunciante. Y a tal fin esgrime la jurisprudencia de esta Sala que limita el complemento de los hechos probados con las afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica. Se trata de un planteamiento que distorsiona la realidad, porque el relato de hechos probados de la sentencia recurrida incorpora todos los presupuestos que permiten descartar la actuación

fraudulenta o la negligencia grave de la víctima, únicas con virtualidad para enervar la responsabilidad que se debate. En ellos se recoge que aquella tenía guardadas las claves y tarjetas de coordenadas en su domicilio, del que el acusado, pese a la intensidad alcanzada en la relación entablada entre ambos, no tenía llaves. Aprovechó que ella estaba de viaje, y solo utilizando una mentira, consiguió hacerse con aquellas y acceder a la vivienda, donde obtuvo la información que necesitaba para su fraudulenta actuación. No puede hablarse de negligencia de la perjudicada, cuando hubo de profanarse la intimidad de su domicilio para acceder a los datos, superando las barreras que habitualmente protegen las viviendas. Desde luego no le era previsible un actuar como el desarrollado por el acusado. Opinión esta que se conforma a partir de los datos que el factum consigna, suficientes para el juicio de subsunción, y que se completan con lo argumentado en la fundamentación jurídica "ninguna negligencia se observa en Almudena cuando lo que se considera acreditado es, que el acusado teniendo en su poder, mediante una maniobra torticera, las llaves de la casa de Almudena, durante toda una noche, consiguió las claves y contraseñas que Almudena tenía diligentemente guardadas dentro de una agenda que a su vez tenía oculta en el fondo de un armario debajo de la ropa, no siendo exigible desde luego que, todo el mundo tenga en su domicilio una caja fuerte".

El motivo se desestima.

Sexto.

Los dos siguientes motivos formalizados, el quinto y el sexto (al cuarto se renunció) por el cauce que habilita el artículo 852 LECRIM, denuncian infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, porque sostienen que el Tribunal de instancia valoró indebidamente las declaraciones de los testigos Sras. Almudena (la víctima) y María Angeles. Arguye que cada una de ellas, en el ámbito de su respectiva actuación, la primera al no proteger adecuadamente las claves y no advertir como anómala la primera de las transferencias que el acusado realizó, y la segunda al facilitar a éste las llaves que le flanquearon el acceso a la vivienda de aquella, obraron negligentemente, de manera que quedó roto el nexo causal del que derivaría la responsabilidad subsidiaria.

En lo que atañe al capítulo probatorio, de manera reiterada ha señalado esta Sala que la garantía de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo son propios de la aplicación de normas sancionadoras, por lo que sus estándares no son trasladables a las cuestiones de índole civil, que se rigen por reglas más flexibles que las que surgen de aquellos (SSTS 51/2008 de 6 de febrero; 213/2013 de 14 de marzo; 348/2014 de 1 de abril; y 532/2014 de 28 de mayo, 778/2015 de 3 de noviembre o 333/2018 de 4 de julio).

En cualquier caso, al resolver el recurso anterior, hemos validado el proceso de valoración probatoria que ha sustentado la sentencia de instancia como ajustado a parámetros de motivación y racionalidad plenamente homologables. Incluso en algunos aspectos que ahora se reproducen, como el hecho de que la perjudicada no advirtiera que la primera de las transferencias que, suplantándola, realizó el acusado, no había sido ordenada por ella, confundiéndola con los cargos habituales en su cuenta. A lo allí señalado nos remitimos. Y por lo que ahora nos interesa, de tal comportamiento no puede deducirse la negligencia grave que haría decaer la responsabilidad del Banco. Y lo que no consta, y el recurso guarda silencio al respecto, es que éste contara con alguna herramienta que reforzara la seguridad, como ocurre ahora, por ejemplo, haciendo llegar al usuario algún específico aviso que ella hubiera despreciado. En definitiva, carecemos de base fáctica que permita atribuirle el incumplimiento por su parte de la obligación de comunicar a la entidad ninguna irregularidad ex artículo 27 de la Ley 16/2009.

Y aun menos se puede otorgar eficacia enervadora de la responsabilidad civil que se discute a la actuación de la otra testigo, ajena a cualquier operativa bancaria, que simplemente resultó engañada por el acusado para que le dejara las llaves que daban acceso a la vivienda de la perjudicada.

En definitiva, el Banco era el depositario del dinero, a él incumbía su adecuada custodia. El fue el receptor de un engaño, y el sistema de seguridad que amparaba su operativa no fue capaz de detectar el mismo. Ni en relación a las dos transferencias realizadas a finales de junio y principios de julio, ni tampoco del montaje ideado para aparentar la devolución, sino hasta después de transcurridas 24h.

Ya hemos dicho que la responsabilidad civil subsidiaria que se combate responde al ejercicio de una acción civil que se ejerce acumulada a la penal, pero que no por ello pierde los rasgos que le son propios. Una responsabilidad que ha sufrido un proceso de progresiva objetivación, basada especialmente en la teoría de la creación del riesgo, conforme a la que, quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros, debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.



El motivo se desestima.

Séptimo.

El séptimo y último motivo de recurso, también por el cauce que habilita el artículo 852 LECRIM, denuncia infracción de los artículos 24 CE en relación con el 14 CE, porque sostiene que la condena que se recurre ha dispensado un tratamiento de la responsabilidad civil subsidiaria diferente respecto al de otros casos resueltos por esta Sala.

De manera reiterada ha señalado este Tribunal, en la misma línea que el Tribunal Constitucional (entre otras SSTs 636/2006 de 8 de junio, 483/2007 de 4. de junio, 239/2010 de 24 de marzo, 323/2017 de 4 de mayo, 49/2018 de 30 de enero o 228/2018 de 17 de mayo, y SSTC 23/81/ 19/82/200/90, 106/94 entre otras) que sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico, puede determinar una violación del artículo 14 CE. El principio de igualdad protege frente a divergencias injustificadas de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. No excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable. No implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos el tratamiento legal debe ser el mismo para todos.

Lo dicho es aplicable a los pronunciamientos de índole civil. La tesis que esgrime el recurrente solo podría prosperar si se dispensara un trato diferente a supuestos idénticos, que nos es nuestro caso. Tal que como hemos expuesto, el alcance de la responsabilidad que incumbe al recurrente se ha resuelto con estricta aplicación de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de esta Sala. Ninguno de los precedentes que invoca el recurso se sustenta en presupuestos de identidad que la vulneración alegada requiere.

El motivo se desestima, y, con él, la totalidad del recurso.

Octavo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, los recurrentes soportarán las costas derivadas de sus respectivos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por D. Sixto y por CAIXABANK S.A. contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sec. 4ª PA 10/2016). Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Condenar a los citados recurrentes al pago de las costas de esta instancia

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,



traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.