



Roj: **STS 2308/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2308**

Id Cendoj: **28079120012019100401**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2019**

Nº de Recurso: **803/2018**

Nº de Resolución: **338/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 338/2019

Fecha de sentencia: 03/07/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 803/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/06/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 803/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 338/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de julio de 2019.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Dña. María Antonieta y D. Donato , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, que les condenó por delitos de falsedad en documento mercantil y de hurto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados respectivamente, por el Procurador Sr. Fernández Martínez y Procuradora Sra. López Barreda y la recurrida Acusación Particular Marino y Ragui, S.A. representada por la Procuradora Sra. Caro Bonilla.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba incoó Procedimiento Abreviado con el nº 754 de 2017 contra Donato y María Antonieta , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, que con fecha 2 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Esta Sala declara **PROBADOS** los siguientes **HECHOS**: 1º.- El acusado Donato , mayor de edad y sin antecedentes penales ha prestado sus servicios, trabajando, en la entidad mercantil RAGUI S.A. (Marino) dedicada a la comercialización, fabricación y distribución de artículos de joyería, desde el día 8 de octubre de 1973 hasta el 11 de marzo de 2015, fecha esta en que fue despedido disciplinariamente, habiéndose declarado procedente el despido en virtud de Sentencia de fecha 7 de octubre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba . De hecho, el acusado prestaba sus servicios como Jefe de Taller, y en tal concepto era el encargado de llevar el control y registro de entradas y salidas de oro y de realizar, entre otras labores, el inventario anual, todo a través del programa informático Gestinjoya, labor esta que tenia encomendado en exclusiva si bien auxiliado por otra empleada. 2º.- El acusado, al menos entre el año 2011 y el 2014, aprovechando la situación de confianza que le otorgaba, primero el fundador de la empresa y posteriormente a su muerte, su hijo, D. Marino , Gerente de tal sociedad, sobre todo desde el puesto que ostentaba como Jefe de Taller, por esa confianza depositada en el mismo, con ánimo de beneficio ilícito, fue apoderándose de diversas cantidades de oro de 18 Kilates que tenia entrada en el taller para la elaboración de joyas, así como de cantidades de oro sobrante (limalla) tras el labrado de las piezas, y que recibía personalmente para su posterior fundición a fin de obtener, limpio ya de impurezas, oro nuevo. 3º.- Posteriormente, y con la finalidad de ocultar esos apoderamientos sucesivos y no ser descubierto, utilizando el sistema de gestión informático de los movimientos de oro del taller, en el programa Gestinjoya, realizó los siguientes movimientos contables: 3.a.- Durante el ejercicio 2014 realizó dos salidas duplicadas de oro, de 263,70 y 43 gramos respectivamente, a la empresa ARGENT GROC OSLY S.L., disminuyendo de esta forma de manera ficticia el stoc final de oro en 306,70 gramos que el acusado hizo suyo. En concreto anotó dos veces la salida de ese oro, en los días 7/01/13 y 7/01/14, cuando en realidad las únicas salidas de oro firmadas por el citado proveedor ARGENT GROC OSLY S.L. se realizaron los días 10/05/13 y 4/07/13. Para dar cobertura al apunte duplicado el acusado utilizó un documento de salida de metal de RAGUI S.L. que registró con el número de recibo NUM000 que contenía los datos de la operación real pero con fecha 24 de junio de 2014. Este documento fue firmado por la también acusada Dª. María Antonieta , amiga del acusado, sin que se haya acreditado el motivo por el que lo hizo y sin que conste que se hubiera apropiado de cantidad alguna de oro. 3.b.- Durante el ejercicio de 2014, el acusado **omitió tres entradas de oro por compras** al proveedor SEMPSA JOYERIA Y PLATERIA S.A. La primera realizada el día 3 de septiembre de 2014 de 500 gramos (equivalente a 665 gramos de oro de 18 Kilates) por importe de 15.886 €; la segunda el día 11 de septiembre de 2014 de 209 gramos (equivalente a 133,61 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 3.281,93 €; y la tercera realizada el día 11 de septiembre de 2014 de 399,23 gramos (equivalente a 530,98 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 12.725,26 gramos. Las facturas fueron debidamente abonadas por la empresa, contabilizadas y declaradas fiscalmente, pero el acusado, como queda dicho no las anotó en el programa Gestinjoya, ocultando un total de 1.329 gramos de oro de 18 kilates de los que se apoderó, incorporándolo a su patrimonio. 3.c.- Por lo que se refiere a las mermas: - En la cuenta de mermas del año 2014 del programa Gestinjoya, el acusado registró como mermas de fundición de limallas un total de 596 gramos de oro de 18 kilates, **si bien la cantidad de limalla registrada y recibida por la empresa de los proveedores-sacadores de fuego durante el ejercicio ascendía a 408,67 gramos** de oro de 18 kilates. Por ello y puesto que se ha acreditado que en las recuperaciones de limalla se produce una merma media de un 15,86%, queda acreditado que la merma ascendería a 64,62 gramos y no la anteriormente reseñada, lo que a su vez pone de manifiesto que el acusado se apoderó de 531,18 gramos de oro de 18 kilates. - En la cuenta de mermas del año 2013, en el citado programa informático se registró como mermas de fundición de limallas un total de 678,10 gramos de oro de 18 kilates, cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 653,03 gramos de oro de 18 kilates, por lo que en base a los mismos cálculos y al porcentaje medio de merma,



resulta que el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates valorado al precio medio de ese año en 14.870,77 €. - En la cuenta de mermas del año 2012, en el programa informático el acusado registró como mermas de fundición de limallas un total de 407,60 gramos de oro de 18 kilates cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 363,42 gramos de oro de 18 kilates, lo que resulta imposible puesto que la merma no puede ser mayor que la cantidad de oro inicialmente entregada. En consecuencia, y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 57,64 gramos, lo que implica un déficit de oro en el almacén en ese ejercicio y por ese concepto de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €. - En la cuenta de mermas del año 2011, el acusado registró como mermas de fundición de limallas un total de 276,96 gramos de oro de 18 kilates, si bien la cantidad registrada y recibida por la empresa de los proveedores sacadores de fuego durante ese ejercicio ascendía a 451,34 gramos, lo que supone un porcentaje de merma superior al 60%. En consecuencia y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 71,58 gramos de oro de 18 kilates y no la cifra fijada en el programa Gestinjoya, lo que implica que se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €. 4º.- En consecuencia, y totalizando: a) En el ejercicio 2014 el acusado se apoderó de 2.167,47 gramos de oro de 18 kilates (suma de 306,70 gramos, más 1.329,59 gramos, más 531,18 gramos), que según el precio medio de ese año (23,52€), arroja un valor de 50.995,15 €. b) En el ejercicio 2013 el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates valorado al precio medio de ese año (25,90€) en 14.870,77 €. c) En el ejercicio 2012 el acusado se apoderó de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €; y d) En el ejercicio 2011 el acusado se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €. 5º.- El acusado D. Donato antes del inicio del juicio oral ingresó, sin que ello supusiera reconocimiento de los hechos, a fin de reparar en parte el daño, la cantidad de 10.000 €".

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

"1º.- Que debemos absolver y absolvemos a D^a. María Antonieta del delito de apropiación indebida por el que venía acusada, declarando de oficio 1/4 parte de las costas. 2º.- Que debemos condenar y condenamos a D^a. María Antonieta, como autora criminalmente responsable del delito de falsedad en documento mercantil, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como la pena de 6 meses de multa a razón de 7 € diarios, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de 1/4 de las costas de este juicio incluidas las de la Acusación Particular. 3º.- Que debemos condenar y condenamos a D. Donato: - Como autor de un delito de hurto ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de abuso de confianza y la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año, 9 meses y 1 día de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y a la pena de 9 meses de multa con una cuota diaria de 12 €, y con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. - D. Donato abonará a la entidad RAGUI S.A. la cantidad de 82.821,06 €, cantidad que devengará el interés que señala el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. - Y así mismo abonará la otra mitad de las costas de este juicio, incluidas las de la Acusación Particular. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma podrá prepararse ante esta Audiencia, en el plazo de CINCO DÍAS, RECURSO DE CASACIÓN para su posterior interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de la acusada D^{ña}. María Antonieta y del acusado D. Donato, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada D^{ña}. **María Antonieta**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim, al haberse producido una vulneración del principio de inocencia recogido en el art. 24.1 de la CE, o en su caso del principio "in dubio pro reo".

Segundo.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim , vulneración del principio de legalidad recogido del art. 25.1 de la CE .

Tercero.- Infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la L.E.Cr , por la aplicación indebida del art. 390.1 en relación con el art. 392 del Código Penal .

Cuarto.- Error en la valoración de la prueba al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECr .

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Donato** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud del art. 852 L.E.Cr ., en relación con el punto 4º del art. 5 de la L.O.P.J ., concretamente por infracción del art. 24.1 C..

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , concretamente por infracción de los arts. 24. 1 y 24.2 de la CE , por falta de prueba suficiente como para enervar el principio de presunción de inocencia, por interpretación extensiva de la norma penal, derecho a un juez imparcial y justo; valoración irracional del resultado probatorio; infracción del deber de motivar la Sentencia (art 120.3 CE).

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24 de la CE con relación a determinados particulares fácticos incluidos en el relato histórico de la Sentencia.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , al considerar infringido el art. 120 de la CE , en relación al derecho a la motivación suficiente de la Sentencia y del art. 24 de la CE , en lo que se refiere al control de la valoración de la prueba.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ . Infracción del artículo 10 de la Constitución Española en lo que se refiere a la proporcionalidad de la pena impuesta.

Sexto.- Por infracción de precepto penal sustantivo, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . Infracción del art. 392.1 en relación con el art. 390.1 C.P .

Séptimo (octavo del recurso).- Por infracción de precepto penal sustantivo, al amparo del art. 849.1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido el art. 66.7 del C.P .

Octavo (novenos del recuso).- Por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos al amparo del art. 849.2 L.E.Cr .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose igualmente por instruidas las representaciones de los recurrentes acusados, que se adhirieron al recurso de contrario y la Acusación Particular, quien impugnó los recursos de los acusados, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 4 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de los acusados María Antonieta y Donato , contra sentencia de fecha 2 de Febrero de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que les condenó por delito de falsedad en documento mercantil y hurto a este último y solo por el primero a la primera recurrente.

RECURSO DE Donato

SEGUNDO.- Primero.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud del art. 852 L.E.Cr ., en relación con el punto 4º del art. 5 de la L.O.P.J ., concretamente por infracción del art. 24.1 C.E .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , concretamente por infracción de los arts. 24. 1 y 24.2 de la CE , por falta de prueba suficiente como para enervar el principio de presunción de inocencia, por interpretación extensiva de la norma penal, derecho a un juez imparcial y justo; valoración irracional del resultado probatorio; infracción del deber de motivar la Sentencia (art 120.3 CE).



Se suscitan en ambos motivos la inexistencia de prueba bastante para el dictado de una sentencia condenatoria, y precisa su tratamiento conjunto.

En consecuencia, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011), la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las



pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

"El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, o de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han



declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediatez veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, (STS 28-12-2005).

El recurrente sostiene que:

- 1.- Toda la prueba de que se sirve el Tribunal de instancia es de carácter indiciario.
- 2.- No era el jefe del taller y para imputar una responsabilidad que no le pertenece y la circunstancia agravante de abuso de confianza, el condenado tenía que efectivamente tener de manera real más responsabilidades que sus compañeros.
- 3.- La falta de una clara organización, es una circunstancia que salió a la luz con fluidez en el juicio, pero tampoco es la base de la defensa, aunque efectivamente se argumentó, pues quedó plenamente acreditado que D^a Montserrat tenía más contacto físico con el oro que el propio acusado y que la puerta de la oficina donde se encontraba la caja fuerte estaba siempre abierta.
- 4.- Se cuestiona que no se dé valor al informe pericial de la defensa.
- 5.- Si el acusado era el responsable del cierre semestral de la contabilidad del Libro de Metales de la entidad que se entregaba al Consejero Delegado, no se explican las manipulaciones a posteriori que se le imputan, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de una segunda clave de acceso al programa informático de la que nada se dijo en el período instructorio.
- 6.- El informe elaborado por el perito Darío no pudo constatar si verdaderamente faltaba oro en la empresa, máxime cuando los listados oficiales de existencia de materias primas presentado al Registro Mercantil no coincide con el libro de entradas y salidas, reconociendo que no había realizado una auditoria completa de la empresa.
- 7.- El perito Damaso en su informe puso de manifiesto la disparidad entre los listados de entradas y salidas de metal en la empresa de joyería en los ejercicios en los que supuestamente se produjeron las apropiaciones y el



apartado de existencias recogido en las cuentas anuales depositados en el Registro Mercantil, demostrando la ausencia de validez de dichos listados como prueba base y fundamento de la apropiación.

8.- El programa informático de la empresa tenía un acceso común con una clave conocida por todos los usuarios y resulta inverosímil que un trabajador con categoría de Oficial de 3ª dispusiera en exclusiva de las llaves de la caja fuerte donde se guardaba el género del oro del taller de joyería y conociera, también en exclusiva, una segunda clave de acceso al programa que le permitiera rectificar apuntes en el programa informático.

Pues bien, frente a la queja del recurrente el Tribunal ha considerado como relevantes hechos probados los siguientes:

1.- El acusado prestaba sus servicios como Jefe de Taller, y en tal concepto era el **encargado de llevar el control y registro de entradas y salidas de oro y de realizar, entre otras labores, el inventario anual, todo a través del programa informático Gestinjoya**, labor esta que tenía encomendada en exclusiva si bien auxiliado por otra empleada.

2.- El acusado, al menos entre el año 2011 y el 2014, **aprovechando la situación de confianza** que le otorgaba, primero el fundador de la empresa y posteriormente a su muerte, su hijo, D. Marino, Gerente de tal sociedad, sobre todo desde el puesto que ostentaba como Jefe de Taller, por esa confianza depositada en el mismo, con ánimo de beneficio ilícito, fue **apoderándose de diversas cantidades de oro de 18 Kilates** que tenía entrada en el taller para la elaboración de joyas, **así como de cantidades de oro sobrante (limalla) tras el labrado de las piezas**, y que recibía personalmente para su posterior fundición a fin de obtener, limpio ya de impurezas, oro nuevo.

3.- Con la **finalidad de ocultar esos apoderamientos** sucesivos y no ser descubierto, **utilizando el sistema de gestión informático de los movimientos de oro del taller, en el programa Gestinjoya, realizó los siguientes movimientos** contables:

3.a.- Durante el ejercicio 2014 **realizó dos salidas duplicadas de oro**, de 263,70 y 43 gramos respectivamente, a la empresa ARGENT GROC OSLY S.L., disminuyendo de esta forma de manera ficticia el stock final de oro en 306,70 gramos que el acusado hizo suyo.

En concreto anotó dos veces la salida de ese oro, en los días 7/01/13 y 7/01/14, cuando en realidad las únicas salidas de oro firmadas por el citado proveedor ARGENT GROC OSLY S.L. se realizaron los días 10/05/13 y 4/07/13. Para dar cobertura al apunte duplicado el acusado utilizó un documento de salida de metal de RAGUI S.L. que registró con el número de recibo NUM000 que contenía los datos de la operación real pero con fecha 24 de junio de 2014. **Este documento fue firmado por la también acusada Dª. María Antonieta**, amiga del acusado, sin que se haya acreditado el motivo por el que lo hizo y sin que conste que se hubiera apropiado de cantidad alguna de oro.

3.b.- Durante el ejercicio de 2014, el acusado **omitió tres entradas de oro** por compras al proveedor SEMPSA JOYERIA Y PLATERIA S.A.

La primera realizada el día 3 de septiembre de 2014 de **500 gramos** (equivalente a 665 gramos de oro de 18 Kilates) por importe de 15.886 €.

La segunda el día 11 de septiembre de 2014 de **209 gramos** (equivalente a 133,61 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 3.281,93 €; y

La tercera realizada el día 11 de septiembre de 2014 de **399,23 gramos** (equivalente a 530,98 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 12.725,26 gramos.

Las facturas fueron debidamente abonadas por la empresa, contabilizadas y declaradas fiscalmente, pero el acusado, como queda dicho **no las anotó en el programa Gestinjoya, ocultando un total de 1.329 gramos de oro de 18 kilates de los que se apoderó, incorporándolo a su patrimonio.**

3.c.- Por lo que se refiere a las mermas:

- En la **cuenta de mermas** del año 2014 del programa Gestinjoya, el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 596 gramos de oro de 18 kilates**, si bien la cantidad de limalla registrada y recibida por la empresa de los proveedores-sacadores de fuego durante el ejercicio ascendía a 408,67 gramos de oro de 18 kilates.

Por ello y puesto que se ha acreditado que en las recuperaciones de limalla se produce una merma media de un 15,86%, queda acreditado que la merma ascendería a 64,62 gramos y no la anteriormente reseñada, lo que a su vez pone de manifiesto que **el acusado se apoderó de 531,18 gramos de oro de 18 kilates.**



- En la cuenta de mermas del año 2013, en el citado programa informático **se registró como mermas de fundición de limallas un total de 678,10 gramos de oro de 18 kilates, cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 653,03 gramos de oro de 18 kilates**, por lo que en base a los mismos cálculos y al porcentaje medio de merma, resulta que **el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates** valorado al precio medio de ese año en 14.870,77 €.

- En la cuenta de mermas del año 2012, en el programa informático el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 407,60 gramos de oro de 18 kilates cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 363,42 gramos de oro de 18 kilates**, lo que resulta imposible puesto que **la merma no puede ser mayor que la cantidad de oro inicialmente entregada**.

En consecuencia, y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 57,64 gramos, lo que implica un déficit de oro en el almacén en ese ejercicio y por ese concepto de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €.

- En la cuenta de mermas del año 2011, el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 276,96 gramos de oro de 18 kilates, si bien la cantidad registrada y recibida por la empresa de los proveedores sacadores de fuego durante ese ejercicio ascendía a 451,34 gramos**, lo que supone un porcentaje de merma superior al 60%.

En consecuencia y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 71,58 gramos de oro de 18 kilates y no la cifra fijada en el programa Gestinjoya, lo que implica que **se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €.**

Así:

a) En el ejercicio 2014 el acusado se apoderó de 2.167,47 gramos de oro de 18 kilates (suma de 306,70 gramos, más 1.329,59 gramos, más 531,18 gramos), que según el precio medio de ese año (23,52€), arroja un valor de 50.995,15 €.

b) En el ejercicio 2013 el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates valorado al precio medio de ese año (25,90€) en 14.870,77 €.

c) En el ejercicio 2012 el acusado se apoderó de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €; y

d) En el ejercicio 2011 el acusado se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €.

El **modus operandi** de la apropiación de oro se constata en la sentencia que se llevó a cabo por tres artificios:

a) Duplicar apuntes contables en el programa de gestión Gestinjoya, en el apartado "salida de metal".

b) No registrar "entradas de metal" adquirido realmente a proveedores; y

c) Incrementar de forma exagerada el tanto por ciento de "mermas" de oro por la fundición de limallas.

De ello podemos concluir que en la actividad de joyería es sabido por los expertos que los talleres implementan sistemas de recuperación y reciclamiento del material cada vez más efectivos, sin embargo siempre existirá la pérdida de material por el solo hecho de trabajarlo. Se entiende por tal la diferencia entre las materias primas incorporadas al proceso productivo y las resultantes posteriormente del mismo proceso dentro del producto terminado. Esta diferencia será el desperdicio o la merma. Las mermas serán aquellas diferencias que no se pueden observar físicamente, por cuanto **representan la desaparición de materiales a lo largo del proceso productivo**. Pero si la merma declarada es mayor que la real, ello puede dar lugar, como en este caso se declara probado, que el autor del reflejo de una merma superior lo lleve a cabo para poder realizar una apropiación de esa cifra de oro que cuantifica y contabiliza como merma, pero de la que se apropia por declararla como merma, cuando la cifra real de este concepto es menor. La diferencia entre la real y la declarada se la apropia el autor de la alteración de la realidad.

Pues bien, esta actividad se concluye ante la siguiente prueba según el Tribunal ante quien se practicó la prueba:

1.- Prueba testifical:

**a.- Montserrat :**

"El acusado sostiene que las labores de inventario se llevaban a cabo por él y por otra empleada con la que trabajaba codo con codo, D^a. Montserrat , y que él era un empleado más; que el oro lo manipulaba D^a. Montserrat , si bien ambos utilizaban el programa Gestinjoya; y que la clave para entrar en el mismo "manolo" era conocida por todos los empleados. Sin embargo, la **declaración de D^a Montserrat** , a nuestro juicio congruente y precisa, puso de manifiesto que **ella simplemente era ayudante del Jefe de Taller, en concreto el acusado** ; que esta, durante todo el tiempo que trabajó en dicho puesto no aprendió nada del **programa informático, que por supuesto no utilizaba, haciéndolo en exclusiva Donato** ; que hacía apuntes a mano, pero que era aquel el que exclusivamente accedía al ordenador; que la limalla nunca la tocaba; y cuenta en concreto, lo que es absolutamente esclarecedor, que, **llevando Donato una libreta con apuntes a mano, tras descubrirse los supuestos errores en la contabilidad de la entrada y salida de metal (Libro de Metales) y pretender el Consejero Delegado, Sr. Marino que se repasase la misma, y debido a que Donato se dio de baja ese mismo día, curiosamente al día siguiente su hijo se llevara esas libretas (supuestamente dos), sin que diese más explicaciones"**.

b.- Zulima :

"Se sostiene por el acusado, como queda dicho, que la clave de acceso al programa Gestinjoya era conocida por todos los empleados, pero lo cierto es que la testifical de D^a. Zulima puso de manifiesto que para cualquier modificación de la contabilidad era necesaria una segunda clave que solo conocía el acusado Sr. Donato ; hasta el punto de que **dada su baja, no pudieron acceder de forma inmediata al programa**. Tal cuestión, la de la **necesidad de la segunda clave fue a su vez ratificada por la declaración del Consejero Delegado Sr. Marino y por D^a Montserrat** , que fue la que le pidió la clave a Donato el cual "tras un primer titubeo, se la dio".

c.- Sr. Fulgencio :

"Y se sostiene por el acusado que la limalla que recibía no era toda la que existía puesto que había un recipiente que igualmente contenida limalla cuya procedencia no explica de forma precisa, y tampoco ha sido acreditado tal hecho por el resto de los testigos, trabajadores del taller, que depusieron. Es más, **los compañeros de trabajo ponen de manifiesto, de forma contundente (testigo Sr. Fulgencio) que el único que manipulaba la limalla era el acusado, que fundía por la tarde de forma particular** ".

2.- Indicios concluyentes:**a.- Cierre de la contabilidad:**

Concluye el Tribunal que "es el acusado el que lleva a cabo el cierre semestral de la contabilidad del denominado Libro de Metales, y curiosamente cuadraba de forma absoluta esa contabilidad, que entregaba al Consejero Delegado.

Entregaba a D. Marino el resumen semestral de entrada y salidas de metales elaborado por Gestinjoya, y que estos resúmenes siempre estaban perfectamente cuadrados, lo que supone que no nos encontramos ante simples errores involuntarios en la llevanza de dicha contabilidad, sino en una manipulación consciente y premeditada, puesto que es evidente (de forma clara y precisa fue puesto de relieve con todo lujo de detalles tanto por el testigo Sr. Julián como por el Perito Sr. Darío que si existe un apunte doble y es introducido de forma casual, el resultado sería la sobra o falta de oro; y por lo que se refiere a las mermas es evidente que no se puede anotar mas mermas que oro real existe.

b.- Solo el acusado tenía el acceso a Gestinjoya.

c.- Era el acusado el único conocedor de la clave segunda cuya función era poder acceder a la corrección de los apuntes contables.

d.- Resulta absolutamente increíble que se dé de baja el mismo día en que habiéndose descubierto las irregularidades contables, se le llama para que aclare lo sucedido, que desde ese día no dé explicaciones satisfactorias en ningún momento, ni siquiera en el acto del Juicio oral, y que a mayor abundamiento, mande al hijo, que también trabajaba en la empresa para que curiosamente, de todas sus pertenencias solo coja uno o dos cuadernos con apuntes a mano, de los que ya no se ha tenido más conocimiento (y que por cierto igualmente se dio de baja médica).

e.- A todo ello hay que sumar, como un indicio más de la actuación dolosa del acusado, que se encuentra en su puesto de trabajo un resumen contable con anotaciones a mano (folio 32), documento que según la testigo D^a. Emilia , cuando le es exhibido al acusado, este "se quedó mudo" sin dar la mas mínima explicación de su procedencia o contenido".

3.- Prueba pericial.

**a.- Testigo- Perito Sr. Julián :**

"Previamente ratificó el informe que lleva a cabo al inicio, tras el **descubrimiento por él mismo de las irregularidades (que obra a los folios 42 a 49)**, dio cumplida cuenta de la forma en que se llevaron a cabo las irregularidades, en el sentido que anteriormente hemos recogido y que se sistematizan tanto en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal como en el de la Acusación Particular; y es más, acredita cómo el descubrimiento de una **contabilidad paralela rudimentaria (folio 32) con apuntes manuales del acusado exterioriza la voluntad de cuadrar**, como al final hacía, la **contabilidad tras previamente haber llevado a cabo la modificación de apuntes que encubrían el oro del que se había apoderado**.

A su vez, como testigo está presente cuando se piden al acusado explicaciones ratificando la actitud del mismo anteriormente descrita, con todo lujo de detalles; y de igual forma relata cómo la contabilidad que presentaba Donato se daba por buena incorporándose a la contabilidad general (lo que es ratificado por el testigo Sr. Marino que señala que tenía en el trabajador la máxima confianza, que ya previamente había tenido su padre).

b.- Pericial de Darío .

"Pero es que el informe pericial de D. Darío , economista, es aún más rotundo, no solo en cuanto a su contenido (folios 308 a 500), sino en cuanto a sus aclaraciones, tras la ratificación del mismo en el acto del Juicio Oral, y del mismo efectivamente se concluye:

1.- Que efectivamente se constata una duplicidad en el registro de salida del oro, a consecuencia de lo cual faltan en el almacén del taller 306,70 gramos de oro de 18 kilates, puesto que en otro caso ese oro debería figurar como excesos de existencia al haber hecho el cierre de inventario de 2014.

2.- Que se ha omitido en el registro de entradas de taller compras a proveedores por lo que faltan 1.329,59 gramos de oro de 18 kilates.

3.- Que se registran mermas excesivas e incluso superiores a la cantidad de material entregado, lo que supone una pérdida no justificada de oro".

Señala el Tribunal que "el informe pericial que comentamos lo consideramos totalmente justificado, teniendo en cuenta que el citado perito de forma convincente acreditó cuales fueron sus fuentes de conocimiento y sobre todo que solo si existe un soporte documental (para lo que tuvo que contactar con los proveedores y clientes de la entidad) tras cada apunte contable da verosimilitud y exactitud al citado apunte".

c.- Pericial del. Sr. Damaso .

"El Perito Sr. Damaso , cuyo contenido quedaba fuera del objeto del proceso, consideramos que iba encaminado a crear una duda sobre la supuesta contabilidad general de la empresa que por supuesto nada tiene que ver con la contabilidad del libro de metales; es más, en el punto 5 se permite, de una forma absolutamente interesada, y por supuesto asumiendo acriticamente la tesis sostenida por la defensa, no solo calificar jurídicamente los documentos, sino hacer una crítica sin base alguna en el sistema de trabajo de la entidad, en la falta de control y en la formación del propio acusado; y todo ello para a continuación pasar a hacer consideraciones sobre la acomodación de las cuentas sociales al plan general de contabilidad y a la normativa mercantil, deduciendo la falta de fiabilidad de las cuentas anuales presentadas por la empresa y hasta la posibilidad de la llevanza de una contabilidad B; para al final, y en las conclusiones, hasta hacer imputación de responsabilidades por la supuesta pérdida del oro a D^a. Montserrat y a D. Fulgencio . Consideramos absolutamente desmedido, y carente del más mínimo interés, el citado informe pericial, que no solo no contradice las conclusiones de los otros dos peritos, sino que casi las sostiene y apuntala".

d.- Informe del representante legal de la entidad RECUPERACIONES Y AFINES AVENIR S.L.

"Simplemente ratificó su informe sobre el porcentaje de merma, si bien lo más importante del informe es la conclusión de que ese porcentaje depende del tratamiento al que sea sometida la limalla, por lo que solo se puede establecer de antemano un porcentaje de merma medio".

Concluye el Tribunal, por ello, que "el acusado D. Donato , con evidente ánimo de lucro, y aprovechando que por la relación de confianza que se le otorgaba por la empresa, era el encargado de recibir el metal y pasarlo a los trabajadores, así como de fundir, normalmente por las tardes, la limalla para su posterior recuperación, se fue apoderando de diversas cantidades de oro, por el importe total que se ha fijado en el relato de hechos, y posteriormente, para ocultar ese apoderamiento, modificó el libro contable en el que se llevaban a cabo esas anotaciones en las formas que igualmente quedan descritas".

Por ello, pese a cuestionarlo el recurrente la intermediación del Tribunal en la práctica de la prueba le lleva a las conclusiones de que:

1.- Responsabilidad real del recurrente.

El recurrente era el jefe del taller, pese a la categoría profesional.

2.- Acceso al programa informático.

Era él quien tenía acceso al programa Gestinjoya y el único conocedor de la segunda clave necesaria para acceder al programa para la corrección de apuntes contables.

3.- Conocimiento exclusivo de la segunda clave de acceso.

Tuvo que revelar esa segunda clave cuando se descubrieron las irregularidades.

4.- Manipulación en exclusiva de la limalla (merma).

Era el recurrente el único que manipulaba la limalla (cantidad sobrante de oro tras el labrado de piezas) era el acusado que fundía por las tardes de forma particular.

5.- Encargado del cierre semestral de la contabilidad.

El recurrente era el encargado del cierre semestral de la contabilidad del denominado Libro de Metales que entregaba al Consejero Delegado, contabilidad que tras las manipulaciones oportunas cuadraba perfectamente, como así declararon el propio Consejero Marino y el jefe del Departamento contable y financiero de la empresa Julián .

6.- Se da de baja con urgencia cuando se detectan estas irregularidades y recogida urgente de dos cuadernos con apuntes.

El recurrente se dio de baja por enfermedad el mismo día que fue llamado para aclarar dichas irregularidades, y un hijo suyo recogió de entre sus pertenencias dos cuadernos con apuntes a mano.

7.- Aparición de resumen contable a mano (contabilidad paralela).

Aparición en su puesto de trabajo de un resumen contable con anotaciones a mano (folio 32), a modo de contabilidad paralela rudimentaria, sin que el recurrente haya sido capaz de ofrecer explicación plausible alguna, ni de las irregularidades contables, ni de la contabilidad paralela, cuya única finalidad era cuadrar la contabilidad para ocultar a los gestores la sustracción del material que estaba haciendo y se ha cuantificado anteriormente.

8.- Actuación dolosa tendencial de apropiación y no errores.

No estamos ante errores involuntarios en la llevanza de la contabilidad, sino ante una manipulación consciente y premeditada. Los peritos antes citados apuntan que si existe un apunte doble y es introducido de forma casual, el resultado sería la sobra o falta de oro, y por lo que se refiere a las mermas es evidente que no se puede anotar más mermas que oro real existe.

Sin embargo, las anotaciones cuadran, dado que ese sobrante se lo apoderó, y ese era el fin.

Hace referencia el recurrente a irregularidades fiscales de la empresa, que era preciso examinar las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil como sugiere el recurrente, o que el informe del perito que es tenido en cuenta por el Tribunal no lleva a cabo una auditoría general de la empresa, pero es que ello no era preciso, sino que el objeto de la pericia era el que tenía que circunscribirse al objeto sobre el que versaba, es decir, la existencia de posibles sustracciones o irregularidades en el control del oro del inventario de la empresa durante los ejercicios 2011-2014, para lo cual el perito examinó -vid folio 311 de la causa-, la contabilidad de la empresa, el listado de entradas y salidas de oro obtenidas del apartado del "Libro de Metales" del programa informático de gestión de la empresa, las facturas de los proveedores y el informe económico del director financiero sobre presunto fraude obrante a los folios 42 y ss de las actuaciones.

Y lo que se concluyó fue:

- a.- Duplicidad en el registro de salidas de oro del almacén del taller.
- b.- La omisión en el registro de entradas del taller de compras a proveedores y
- c.- El registro de mermas excesivas e incluso superiores a la cantidad de material entregado.

El Tribunal descarta el valor del informe pericial de la defensa al compararlo con el resto de prueba practicada, y lo ha explicado de forma suficiente el Tribunal, por cuanto no era la función de la pericia examinar o concluir:

- a.- La deficiencia en la dirección de la empresa.
- b.- El control de las existencias de material.



- c.- La falta de formación del acusado para el manejo del programa informático o
- d.- La responsabilidad de la supuesta pérdida de oro que residencia el perito en dos empleados de la empresa. Ello formaba parte del proceso valorativo del Tribunal y no de la pericial de la defensa.

Se han expuesto anteriormente las conclusiones del testigo perito Sr. Julián y del perito Darío. Y en cuanto a las mermas consta en el informe que se controla el peso de las piezas o materiales sobre los que tienen que trabajar y, posteriormente, se controla el peso de esas mismas piezas que vuelven ya pulidas y, lógicamente, con algo menos de peso. El peritaje consistió en cotejar los cuadros elaborados por la empresa a partir del registro de mermas y los listados de movimientos de metal de proveedores del programa Gestinjoya, comprobando que eran correctos (ver folios 318 y 364 a 375 que contienen los datos del Registro de Mermas). Luego es evidente que el perito ha tenido en cuenta en su informe la totalidad de las mermas de metal y de existencias de la empresa. Por ello, se trata de comparar la pericia de la defensa y la de la acusación y en este caso se ha estimado suficiente la valoración y explicación del Tribunal acerca del rechazo de las conclusiones de la pericial de la defensa, lo que entra en el terreno de la mera valoración de la prueba.

El recurrente lleva a cabo un extenso ejercicio contable general de la empresa, planteando que esa extensión del examen general conlleva diluir los hechos cometidos y que todo quedaba reducido a un problema más amplio que el concreto que se le imputa, pero los hechos y los extremos sobre los que se ha examinado el debate, y lo que consta en los hechos probados se refiere a operaciones muy concretas, y que tienen una clara respuesta en la valoración que lleva a cabo el Tribunal con la prueba practicada, no juzgándose a la empresa, sino esas operaciones concretas que son el objeto de la acusación, y no quedan inmersas en otros hechos u operaciones que postula el recurrente.

Se cuestiona que no tenía la responsabilidad que se le ha otorgado, el conocimiento informático, el acceso a los datos, o la clave de acceso, pero la prueba practicada ya se ha referenciado que lleva a esa conclusión antes expuesta.

Se cuestiona, de igual modo, el proceso de llevanza de las pericias de la acusación, pero ya se ha concluido que el Tribunal ha valorado de forma concreta la practicada en el plenario, de la que difiere el recurrente, pero la motivación del Tribunal se entiende acertada y suficiente.

En consecuencia, se estima que la prueba tenida en cuenta por el Tribunal es suficiente para tener enervada la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24 de la CE con relación a determinados particulares fácticos incluidos en el relato histórico de la Sentencia.

Se reiteran en este motivo extremos ya tratados relativos a que el recurrente no tenía encomendada en exclusiva la función de elaborar el inventario semestral que no tenía encomendado en exclusiva, si bien auxiliado por otra empleada, y en todo caso, estaba sujeto a la supervisión del dueño de la empresa y del jefe de departamento de contabilidad y no existe evidencia física alguna que acredite la falta de oro en la empresa. No obstante, estos extremos ya han sido debidamente analizados anteriormente, y pese al distinto parecer del recurrente está suficientemente explicado y motivado por el Tribunal el alcance de sus competencias, lo que llevó a cabo, la forma en que lo hizo, y el objetivo para el que llevó a cabo esas operaciones.

Se constata la cuantificación del oro aprehendido y el procedimiento por el que en cada caso se llevó a cabo como se ha explicado de forma detallada.

El motivo se desestima.

CUARTO .- Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ , al considerar infringido el art. 120 de la CE , en relación al derecho a la motivación suficiente de la Sentencia y del art. 24 de la CE , en lo que se refiere al control de la valoración de la prueba.

El recurrente vuelve a incidir en la necesidad de que se valorara a su favor la pericia de parte que aporta, pero, como señala la fiscalía en su informe, el Tribunal no ha entendido que dentro de la contabilidad general de la empresa, en el activo corriente vienen reflejadas las existencias que, en una empresa de fabricación de joyería, obviamente, es el oro y las existencias de dicho metal reflejadas en las Cuentas Anuales presentadas en el Registro Mercantil no concuerdan con las existencias de oro aportadas a la causa y en base a las que se ha condenado al acusado, desglosando en el motivo las diferencias detectadas en cada ejercicio y reflejadas en el informe pericial aportado por la defensa. Pero debe entenderse, por ello, que no se está sometiendo a



enjuiciamiento la actividad mercantil de la sociedad, o sus cuentas anuales, sino hechos concretos que han tenido su reflejo en los anteriormente fijados.

El recurrente postula que existe falta de motivación en relación a su pericia, pero ello debe ser descartado, por cuanto se pretende llevar el supuesto de hecho a un terreno más amplio de la contabilidad general que al particular que ha constituido el objeto del debate. Nótese que cuando las irregularidades se detectan no se da explicación alguna al respecto y se da de baja, dándose los episodios de la retirada de apuntes y la aparición de apuntes manuales a modo de una contabilidad paralela, indicios evidentes que, junto con los referidos, conforman la conclusión del Tribunal. El recurrente sostiene que no tenía ese rango de "jefe de taller", pero ello ha sido desvirtuado, que no accedía al programa informático, y no solo se acredita esto, sino que era el recurrente el único que tenía acceso al programa informático donde se lleva a cabo la operación. No se trataba de llevar a cabo el examen global y operaciones de la empresa, sino el objeto del que se estaba tratando, de ahí que la valoración de las pericias por el Tribunal se entienda suficiente y debidamente motivada al objeto que ahora se trata.

Y sobre esta comparación de pericias, esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 436/2018 de 28 Sep. 2018, Rec. 2251/2017 ha señalado que:

"Sobre la prueba pericial, y en casos como el presente donde existen distintas periciales, y ante la impugnación del recurrente, esta Sala del Tribunal Supremo ha expuesto (entre otras, Sentencia 164/2015 de 24 Mar. 2015, Rec. 10922/2014) que solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

- a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario;
- b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras) (STS nº 53/2013).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone, además, de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

Con respecto a la comparación de pericias que es labor que ha realizado en este caso el Tribunal de instancia también, esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 136/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 señala que "la comparación de las pericias por el Tribunal es suficientemente explicativa acerca de las razones por las que el Tribunal se decanta por admitir la pericial anterior frente a la de descargo. No hay arbitrariedad en la toma de decisión de admitir una pericial frente a otra, y ante ello lo que se exige al Tribunal es argumentación de las razones de la asunción de una prueba pericial basada en los conocimientos del técnico que corroboran la percepción del Tribunal de las irregularidades que parten de esa pericial, la documental y la testifical antes expuesta, y sin que esta pericial ni el documento de la escritura de renuncia alteren el proceso deductivo del Tribunal, ya que esa renuncia es injustificada y basada en un apartarse del negocio, cuando se dio cuenta de que se estaban detectando las operaciones realizadas, no teniendo efecto alguno en el orden penal escrituras de renunciaciones del socio respecto de la empresa que había sido perjudicado en el modus operandi antes descrito".

En esta línea, esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que en relación a la prueba pericial, hemos dicho que es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes



periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21 de diciembre).

También, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017 elaboramos una específica valoración de la pericial de parte en el proceso penal, para exponer que en relación a los supuestos en los que el Tribunal se decanta por una pericial frente a la de parte expuesta por la defensa que lo que el juez o Tribunal hace en este caso es examinar el contenido de la pericial practicada, su forma de exponerla, y sus conclusiones, siendo éstas de una relevancia importante a la hora de que el Tribunal lleve a cabo su proceso de convicción. La cuestión no se reconduce, ni mucho menos, a un tema de privilegios de pericias frente a minusvaloraciones de periciales de parte, sino a una estricta aplicación de las reglas de la valoración de la prueba pericial. Suele discutirse en muchos recursos las reglas aplicadas para realizar la valoración de la pericial o las razones por las que el juez llegó a una determinada conclusión en procedimientos que requieren la práctica de una pericia, bien médica, economicista, como es el caso actual, en el campo de la edificación, etc. Pero se olvida en primer lugar que el juez no es un técnico que conoce del objeto de la materia que se somete a discusión, sino que la autoridad judicial es un "experto en valoración", aunque ello no obsta a que el juez se forme en distintas materias.

Los expertos -utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados- aprecian, mediante máximas de experiencia especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. Los jueces no tienen por qué abarcar en su preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano ni, por ello, todas materias que pueden ser sometidas a nuestra valoración; para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, han de acudir a los peritos que, con sus conocimientos, le informan en el marco de sus especialidades; el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECrim) que tienen como destinatario el Juzgador.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, que no puede sustituirse la valoración que el juzgador de instancia hace de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al juez a quo y no a las partes (STS 7 de octubre de 1997), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994). Se insiste, así, por la doctrina jurisprudencial que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25 de enero de 1993) en valoración conjunta (STS 30 de marzo de 1988), y con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia a efectos de cualquier recurso. El juzgador que recibe la prueba pueda valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencias o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Así, ni la LEC ni la LECrim. contienen reglas valorativas, sino referencias o recomendaciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador. Por ello, si el letrado quiere combatir una valoración pericial efectuada por un juez de instancia debe demostrar que ha seguido el juez, al establecer el nexo o relación, un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. Lo que debe demostrar el letrado -y es su carga de prueba- que cuestiona ese



criterio final y adopción y/o asunción de una determinada pericia es que ese proceso deductivo es ilógico e irrazonable.

A veces, se confunde la aportación de pericias y su desestimación por los tribunales, que llegan a una determinada convicción asumiendo unas y desestimando otras, con error valorativo de la prueba, pero hay que recordar al respecto que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los juzgadores (STS 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que hace el Juzgador de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte que cuestiona una determinada valoración de una pericia, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador a quo y no a las partes (STS 7 de octubre de 1997), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994).

Aun así, y pese a este esfuerzo en la mejora de la formación del juez en áreas multidisciplinarias, de lo que sabe y conoce el juez es de la valoración de la pericia, no del objeto de la pericia. Por ello, el juez lo que debe explicitar en la sentencia es que ha llegado a una determinada convicción en razón al contenido de determinado informe pericial; ahora bien, la exigencia de su motivación no debería llegar al extremo de efectuar un examen minucioso de por qué se quedó con una pericia y excluyó las restantes si de varias aportadas se trata, sino que llegó a su convicción concreta en razón de lo que le aportó el informe pericial que le lleva a decantarse por una posición concreta que exige esa pericia.

Con ello, vemos que el juez, a la hora de enfocar el proceso deductivo en el análisis de la pericia en el proceso, en primer lugar debe incluir un proceso global y conjunto del análisis de la prueba. Así, examinará el resultado de la pericia con documentos u otras pruebas practicadas confrontando, por ejemplo, el resultado de la actuación de los peritos en la vista o juicio con documentales, declaración de partes, etc., para luego ir cerrando el círculo del resultado que hayan arrojado los medios de prueba y tener la habilidad de concluir un proceso deductivo en el resultado que es el que forma su convicción final. De todas maneras, gran parte de la doctrina entiende que no es preciso que se haga un examen exhaustivo y/o de fondo de las razones técnicas por las que asume una pericia y desestima otra, sino razones mínimas que con el conjunto de la prueba practicada le hayan llevado al juez a formar su convicción de que le convence más una razón técnica que otra. Nótese que el juez no es técnico, sino que su misión se reconduce al examen y valoración del informe que el perito o peritos emiten sin que se le pueda exigir una motivación plena que acabaría convirtiendo al juez en lo que no es, a saber: un perito".

Con todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM . y del art. 5.4 de la LOPJ . Infracción del artículo 10 de la Constitución Española en lo que se refiere a la proporcionalidad de la pena impuesta.

Señala el recurrente que "la Sentencia no motiva por qué no imponer la pena de prisión de un año, en lugar de un año y seis meses, limitándose a indicar que la circunstancia agravante tiene más relevancia, y mayor reprochabilidad que la circunstancia atenuante, produciéndose a nuestro entender una confusión entre circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y el subtipo agravado del delito por superar los cincuenta mil euros".

Lo mismo señala de la pena por el delito de falsedad apuntando falta de motivación.

Pues bien, debe señalarse que el Tribunal califica los hechos declarados como probados como legalmente constitutivos de un delito de hurto del art. 234 en relación con el 235. 3º (*Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos*) ambos del Código Penal en su redacción anterior a la LO 1/2015. Con ello, se rebaja la tipificación de la apropiación indebida que era objeto de acusación a un delito de hurto, aunque ubicando la agravante que se postulaba de la cuantía superior a 50.000 euros en la del nº 3 del art. 235 del CP en el momento de los hechos, y la 6º del art. 250 CP en el abuso de confianza genérica del art. 22.6 CP .

La cantidad objeto de apropiación probada es de 82.821,06 €, y el pago realizado es de 10.000 euros. Pese a la escasa cantidad pagada, sin embargo, el Tribunal le aprecia la atenuante del art. 21.5 CP sin mayor motivación respecto al esfuerzo o solvencia, pero ello no es objeto de recurso. Nos encontramos, entonces, en el marco de la pena de 1 a 3 años del art. 235 CP por la concurrencia de la agravante del nº 3 en el momento de los hechos relativa a que se trata de una cuantía de 82.821,06 euros, y que solo en el año 2014 arroja una apropiación de 50.995,15 €. La cuantificación de la apropiación es un hecho objetivo, y lo que se cuestiona es que no se ponga la pena en el mínimo de un año, cuando se impone la de un año y seis meses de prisión, siendo el arco de pena de 1 a 2 años de prisión al ser en su mitad inferior.



Pero el Tribunal lo que lleva a cabo es motivar adecuadamente de forma suficiente que:

"Conforme al art. 66.7º del Código Penal , concurriendo una circunstancia agravante y una atenuante, se compensan y en consecuencia se le impone la pena en su mitad inferior, si bien no se impone en su mínima extensión al entenderse que la circunstancia agravante tiene más relevancia, y mayor reprochabilidad, por lo que procede imponer la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2º del Código Penal)".

Debe entenderse que el grado de motivación es suficiente, dado que aprecia de mayor relevancia el abuso de confianza que ha tenido en cuenta el Tribunal que la mera consignación de un porcentaje muy reducido del importe total antes expuesto que fue objeto de sustracción. Y ello, por cuanto se declara hecho probado que el recurrente estuvo trabajando, en la entidad mercantil RAGUI S.A. (Marino) dedicada a la comercialización, fabricación y distribución de artículos de joyería, desde el día 8 de octubre de 1973 hasta el 11 de marzo de 2015, fecha, ésta, en que fue despedido disciplinariamente. Con ello, con casi cuarenta años de trabajo lleva a cabo actos continuados entre los años 2011 y 2014, aprovechándose de esa confianza, lo que se erige en un elemento de mayor reproche que la consignación de 10.000 euros, cuando la suma sustraída es mucho mayor, lo que, aunque la fiscalía cuestiona, incluso, su reconocimiento como atenuante simple, no fue calificada como muy cualificada, lo que podría haber ocurrido si se hubiera devuelto toda la suma apropiada, por lo que la imposición de la pena por encima del mínimo legal en el hurto está motivada y acorde con los hechos probados.

Respecto al delito de falsedad por el que se le ha condenado solo señala que "En relación al delito de falsedad en documento mercantil por el que ha sido condenado el Sr. Donato , la Sentencia tampoco motiva la pena impuesta".

Al respecto el Tribunal señala que: "Respecto del delito continuado de falsedad en documento mercantil.

- No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto de este delito (en estricta aplicación del principio acusatorio no podemos aplicar al mismo la circunstancia agravante de esa responsabilidad de abuso de confianza del art. 22.6º del Código Penal), pero por aplicación del art. 74 párrafo primero que establece que en caso de delito continuado se impondrá la pena correspondiente al delito más grave (en el presente supuesto son todos de idéntica gravedad) en su mitad superior, procede imponer al acusado la pena de 1 año 9 meses y 1 día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.2º del Código Penal); así como la pena de multa de 9 meses a razón de una cuota diaria de 12 €, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (se impone esa cuota diaria de multa habida cuenta su situación económica".

Hay que apreciar que la pena prevista para el tipo penal es de 6 meses a tres años y multa de seis a doce meses y lo ha sido en continuidad delictiva, por lo que la pena mínima, como señala la fiscalía, lo es de 1 año, 9 meses y 1 día, por lo que en estos casos no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre ; 809/2008 de 26 de noviembre ; 854/2013 de 30 de octubre ; 800/2015 de 17 de diciembre o 215/2016 de 23 de febrero). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 689/2014 de 21 Oct. 2014, Rec. 227/2014).

El motivo se desestima.

SEXTO .- Sexto.- Por infracción de precepto penal, sustantivo al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . Infracción del art. 392.1 en relación con el art. 390.1 C.P .

Se considera por el recurrente que los documentos supuestamente alterados no tienen la consideración de documento mercantil porque se trataba de documentos internos, limitando su eficacia al ámbito de la empresa, sin trascendencia, ni repercusión en el tráfico jurídico-mercantil, máxime cuando ha quedado acreditado que las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil que son las que acceden al tráfico jurídico no se vieron afectadas por la supuesta falsificación.

Elabora el recurrente un estudio detallado del concepto de documento mercantil postulando sea desestimada su apreciación.

Señala el Tribunal para atraer la aplicación del art. 392 CP el concepto mercantil de los documentos alterados, y para ello apunta que:

"La jurisprudencia señala que gozan de la naturaleza de documentos mercantiles todos aquellos documentos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos y obligaciones



de tal carácter o sirvan para demostrarlos (ya desde la antigua Sentencia de 10 de junio de 1986), manteniéndose en la actualidad un concepto amplio de documento, que no se reduce a los expresamente establecidos en el Código de Comercio y la Legislación mercantil (Sentencia del T.S. de 4 de febrero de 2010).

Simplemente y a tales efectos, pese a que no ha existido controversia dada la claridad de los mismos, reseñar que:

a) Que por supuesto, tienen esa naturaleza mercantil, y así ha sido declarado de forma pacífica por la doctrina del Tribunal Supremo, los libros de contabilidad y es evidente, y así lo ratificaron los peritos, que el libro manipulado por el acusado, en concreto el programa Gestinjoya no era sino un verdadero libro de contabilidad (libro de metales) esencial en el negocio para acreditar las entradas y salidas de oro, y por tanto parte esencial de la contabilidad de la empresa en su conjunto. Por tanto y descritas las acciones en el tiempo llevadas a cabo por el acusado, resulta claro que nos encontramos ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

b) Y lo mismo cabe decir del reseñado recibo NUM000 que obra al folio 528. Se trata de un documento de salida de oro, y que por tanto se incorpora a la contabilidad del negocio, primero a través de la anotación en el libro de metales, y posteriormente incorporándose definitivamente a la contabilidad general de la empresa.

En definitiva (ver por todas Sentencias del T.S. de 10 de marzo de 1999) tanto el libro de contabilidad contenido en el programa Gestinjoya, como el documento que obra al folio 528 son verdaderos documentos mercantiles".

Recordar que en los hechos probados se desarrolla el iter llevado a cabo por el recurrente en cuanto a la conducta de la sustracción del oro, pero para evitar ser descubierto precisaba la alteración documental, y por ello declara probado que:

"Con la finalidad de ocultar esos apoderamientos sucesivos y no ser descubierto, **utilizando el sistema de gestión informático de los movimientos de oro del taller, en el programa Gestinjoya , realizó los siguientes movimientos contables :**

3.a.- Durante el ejercicio 2014 **realizó dos salidas duplicadas de oro** , de 263,70 y 43 gramos respectivamente, a la empresa ARGENT GROC OSLY S.L., **disminuyendo de esta forma de manera ficticia el stock final de oro** en 306,70 gramos que el acusado hizo suyo.

En concreto **anotó dos veces la salida de ese oro** , en los días 7/01/13 y 7/01/14, cuando en realidad las únicas salidas de oro firmadas por el citado proveedor ARGENT GROC OSLY S.L. se realizaron los días 10/05/13 y 4/07/13. Para dar cobertura al apunte duplicado el acusado utilizó un documento de salida de metal de RAGUI S.L. que registró con el número de recibo NUM000 que contenía los datos de la operación real pero con fecha 24 de junio de 2014. Este documento fue firmado por la también acusada D^a. María Antonieta , amiga del acusado, sin que se haya acreditado el motivo por el que lo hizo y sin que conste que se hubiera apropiado de cantidad alguna de oro.

3.b.- Durante el ejercicio de 2014, el acusado omitió tres entradas de oro por compras al proveedor SEMPSA JOYERIA Y PLATERIA S.A.

La primera realizada el día 3 de septiembre de 2014 de **500 gramos** (equivalente a 665 gramos de oro de 18 Kilates) por importe de 15.886 €.

La segunda el día 11 de septiembre de 2014 de **209 gramos** (equivalente a 133,61 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 3.281,93 €, y

La tercera realizada el día 11 de septiembre de 2014 de **399,23 gramos** (equivalente a 530,98 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 12.725,26 gramos.

Las facturas fueron debidamente abonadas por la empresa, contabilizadas y declaradas fiscalmente, pero el acusado, como queda dicho **no las anotó en el programa Gestinjoya, ocultando un total de 1.329 gramos de oro de 18 kilates de los que se apoderó, incorporándolo a su patrimonio.**

3.c.- Por lo que se refiere a las mermas:

- En la **cuenta de mermas** del año 2014 del programa Gestinjoya, el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 596 gramos de oro de 18 kilates** , si bien la cantidad de limalla registrada y recibida por la empresa de los proveedores-sacadores de fuego durante el ejercicio ascendía a 408,67 gramos de oro de 18 kilates.

Por ello y puesto que se ha acreditado que en las recuperaciones de limalla se produce una merma media de un 15,86%, queda acreditado que la merma ascendería a 64,62 gramos y no la anteriormente reseñada, lo que a su vez pone de manifiesto que **el acusado se apoderó de 531,18 gramos de oro de 18 kilates.**



- En la cuenta de mermas del año 2013, en el citado programa informático **se registró como mermas de fundición de limallas un total de 678,10 gramos de oro de 18 kilates, cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 653,03 gramos de oro de 18 kilates**, por lo que en base a los mismos cálculos y al porcentaje medio de merma, resulta que **el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates** valorado al precio medio de ese año en 14.870,77 €.

- En la cuenta de mermas del año 2012, en el programa informático el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 407,60 gramos de oro de 18 kilates cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 363,42 gramos de oro de 18 kilates**, lo que resulta imposible puesto que **la merma no puede ser mayor que la cantidad de oro inicialmente entregada**.

En consecuencia, y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 57,64 gramos, lo que implica un déficit de oro en el almacén en ese ejercicio y por ese concepto de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €.

- En la cuenta de mermas del año 2011, el acusado **registró como mermas de fundición de limallas un total de 276,96 gramos de oro de 18 kilates, si bien la cantidad registrada y recibida por la empresa de los proveedores sacadores de fuego durante ese ejercicio ascendía a 451,34 gramos**, lo que supone un porcentaje de merma superior al 60%.

En consecuencia y atendiendo al porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 71,58 gramos de oro de 18 kilates y no la cifra fijada en el programa Gestinjoya, lo que implica que **se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €**.

Y ya hemos precisado que:

"El **modus operandi** de la apropiación de oro se constata en la sentencia que se llevó a cabo por tres artificios:

- a) Duplicar apuntes contables en el programa de gestión Gestinjoya, en el apartado "salida de metal".
- b) No registrar "entradas de metal" adquirido realmente a proveedores; y
- c) Incrementar de forma exagerada el tanto por ciento de "mermas" de oro por la fundición de limallas".

Sobre esta cuestión hay que recordar que, como ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 551/2018 de 14 Nov. 2018, Rec. 1866/2017 :

"Se recuerda por la doctrina que la jurisprudencia actual ha mantenido desde 1990 el criterio de considerar documento mercantil no todo aquel que esté mencionado en el Código de comercio o en otras leyes mercantiles, como anteriormente venía declarando, sino sólo aquellos que, cumpliendo ese requisito, tengan potencialidad para tener influencia efectiva en el tráfico de tal carácter, y esto concurre en el presente supuesto, y que en este sentido las sentencias 788/2006 de 22 junio , 35/2010 de 4 febrero , consideran documento mercantil los que expresan y recogen una **operación de comercio, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil, y se extienden a toda incidencia derivada de tales actividades** .

En este contexto se han considerado documentos mercantiles la documentación bancaria por analogía a partir del art. 2 del Código de comercio (STS 720/2000 de 25 de abril), los resguardos de las compras mediante tarjetas de crédito, al no ser meros albaranes sino órdenes de pago (Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª de 18 de julio de 2007 y anteriores SSTS 889/2000 de 27 de mayo y 590/2010 de 2 de junio entre otras), la denominada confort letter en el tráfico bancario (STS 1.018/2013 de 17 de diciembre), las certificaciones de celebración y acuerdos de juntas de sociedades mercantiles (SSTS 156/2011 de 21 de marzo y 691/2014 de 23 de octubre), las declaraciones amistosas de accidentes a las compañías de seguros (STS 370/2017 de 23 de mayo , citando otras anteriores incluyendo como excepción la 592/2007 de 2 de julio , que lo consideró documento privado), así como los requeridos o referidos en fase de contratación o asunción de obligaciones, de ejecución o consumación de relaciones, contratos u operaciones mercantiles tales como **albaranes de entrega, facturas, recibos y documentos contables, cualquiera que sea el soporte o contenido** (SSTS 738/2000 de 3 de mayo , 337 y 2553/2001 de 6 de marzo y 4 de enero de 2002 , 1024/2004 de 24 de septiembre , 552/2012 de 2 de julio y 684/2013 de 3 de septiembre , entre otras muchas).



La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 35/2010 de 4 Feb. 2010, Rec. 1197/2009 insiste, como hemos reflejado, que "es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, ha declarado ya desde la STS. 8.5.97 , seguida por muchas otras, de las que son muestra las SSTs. 1148/2004 , 171/2006 y 111/2009 , que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales "no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos: también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (STS. 788/2006 de 22.6).

En este sentido la STS. 111/2009 de 10.2 , con cita en la STS nº 900/2006, de 22 de septiembre , señala que "son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades".

Indiscutiblemente, si estamos tratando de una alteración contable informática debemos admitir la consideración de falsedad en documento mercantil.

Con respecto a la exigencia que postula el recurrente de que "En el caso de autos falta el requisito de la entrada en el tráfico jurídico" señalar que los documentos citados aunque operen en el ámbito de la empresa son mercantiles, ya que se trata de documentos mercantiles que reflejan la situación de la empresa y que refieren una situación con proyección interior, como es evidente, pero también ello supone que se enraza su naturaleza como documento mercantil, como lo son todos los relacionados con la contabilidad empresarial, ya que así lo son los que se llevan a cabo los que verifican actos que reflejan operaciones mercantiles. Y lo que se refiere en relación al informe pericial de parte y si se constaba, o no, su correspondencia con el estado de cuentas global, o las anotaciones en Cuentas Anuales de la empresa, ello no desnaturaliza su naturaleza de documento mercantil.

La referencia a que tienen la naturaleza de documento mercantil los documentos contables "cualquiera que sea su soporte y contenido admite y avala la consideración de mercantil de las operaciones llevadas a cabo por el recurrente, para que una vez realizado el acto de apropiación que consta en el hecho probado, se acudía al sistema del reflejo contable que se ha descrito para coadyuvar a evitar su descubrimiento, no obstante lo cual las irregularidades fueron detectadas, ante lo cual se da de baja el recurrente con las operaciones posteriores ya acreditadas en relación a sus apuntes contables paralelos.

En la misma línea que la sentencia antes citada, en la también reciente sentencia de esta Sala 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017 apelamos a la necesidad que las empresas tengan programas de cumplimiento normativo internos, como *compliance*, al objeto de evitar la *delincuencia ad intra* que se comete en delitos de apropiación indebida, administración desleal, o, como en este caso, delitos de hurto y falsedad documental cometidos dentro de la empresa tanto por empleados, como aquí ocurrió, o directivos.

En estos supuestos ya expusimos que este tipo de programas de cumplimiento del derecho y de fiscalización de su observancia por directivos y empleados evitan, o dificultan, al menos, que se lleven a cabo estas prácticas que, a la larga, se han realizado en estos casos por la propia confianza que existe en quien lleva largo tiempo trabajando y que, además de constituir una agravación de la responsabilidad supone una deslealtad por el aprovechamiento que lleva a cabo de realizar el acto a sabiendas de la dificultad de su detección si conjuga actos de apoderamiento con actos de falsedad para enmascarar los primeros, una vez estos ya se han realizado. En esta sentencia se trataba de actos "*falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a "otros gastos" datos falsos en relación a los gastos variables. Manipulando datos del ordenador*".

Se añade en esta sentencia que:

"En los hechos probados se describe que: "El acusado, como encargado de la llevanza de la contabilidad de la empresa trabajando en ocasiones en las propias oficinas de la empresa y en ocasiones en su propio



domicilio, realizó alteraciones en la contabilidad de la empresa mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad, que no eran reales, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos, haciendo que coincidiera el diario con los balances; y así, el acusado, utilizaba esta falsa contabilidad introduciendo en las hojas informáticas contables el importe de las cantidades disponiendo de dinero de la empresa, llegando a transferirlo a sus propias cuentas, en su exclusivo beneficio y correlativo perjuicio de la empresa".

Y en el escrito de acusación se hace mención a la actuación del ahora recurrente "Falseando documentos mercantiles (hojas de cálculo de control/liquidaciones) en relación a impagados, bajas y diferencias de recibos, falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a "otros gastos" datos falsos en relación a los gastos variables. o Manipulando datos del ordenador".

Por ello, los datos confeccionados por quien manejaba y tenía el control y la responsabilidad de realizar o poner en marcha los mecanismos magnéticos o informáticos que pueden pasar a un soporte magnético o informático constituyen un documento susceptible de ser falsificado (STS. 885/2007 de 6 de noviembre).

Además, **se trata de documento mercantil, que no privado, relacionado con las operaciones de la empresa alterando documentos mercantiles**, y así consta en la sentencia que "Documentos mercantiles son cualquier escrito o documento elaborado de acuerdo al Código de Comercio o leyes mercantiles que sea expresión de un acto de comercio y sirva para acreditar derechos y obligaciones de naturaleza mercantil. Se pretende proteger así la fe y seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas"..

... los asientos contables de los comerciantes son generalmente considerados documento mercantil y nada obsta a la existencia del delito el que se trate de contabilidad por sistema informático o registro de los documentos mediante listados de ordenador a efectos contables, tal como declararon las SSTS de 19 de abril de 1991 y 33/1999, de 22 de enero ".

Precisamente, es el abuso de la confianza en estos casos y la inexistencia de un control interno por medio de un programa de cumplimiento normativo, - *compliance*-, lo que facilita que el recurrente realice ambas conductas, la de apoderamiento y la de refuerzo de estos actos en la alteración de las operaciones contables en el programa informático, sin que ello justifique sus conductas o anule su ilicitud, obviamente, ya que ello no justifica la aplicación de la tesis de la "autopuesta en peligro" empresarial. El empleado debe llevar a cabo su actividad con profesionalidad y honradez, y si lleva a cabo estas conductas delictivas, con o sin *compliance*, comete una ilicitud penal. Otra cosa es que estos programas aminoren la posibilidad de su comisión.

Integración de la conducta del recurrente en la falsedad del art. 392 CP en relación con el art. 390.1.1.º CP y no en la falsedad ideológica del nº 4 del art. 390.1 CP

La alteración que lleva a cabo el recurrente integra la conducta prevista en el art. 390.1.1º del CP en cuanto a que supone una alteración del documento en alguno de sus elementos o requisitos, o, al menos, una simulación "en parte" del documento que induzca a error sobre su autenticidad, y no una mera falsedad ideológica si se pretendiera llevar esta conducta declarada probada en el nº 4 del art. 390.1 CP sobre "faltar a la verdad en la narración del hecho". Y ello, porque debe entenderse que, como expone la doctrina, la mentira escrita y firmada no es por fuerza un documento falso. Pero esto no se trata de una "mentira documental" cuando se altera un programa informático de contabilidad en sus aspectos esenciales con ánimo falsario y con un fin de enriquecimiento. La conducta declarada probada no es una falsedad ideológica.

Así, la expresión "**faltar a la verdad en la narración del hecho**" no puede ocupar la acción que lleva a cabo el recurrente cuando señala la sentencia que **anotó dos veces la salida de ese oro**, en los días 7/01/13 y 7/01/14, cuando en realidad las únicas salidas de oro firmadas por el citado proveedor ARGENT GROC OSLY S.L. se realizaron los días 10/05/13 y 4/07/13. Para dar cobertura al apunte duplicado **el acusado utilizó un documento de salida de metal de RAGUI S.L. que registró con el número de recibo NUM000 que contenía los datos de la operación real pero con fecha 24 de junio de 2014.**

Durante el ejercicio de 2014, el acusado omitió tres entradas de oro por compras al proveedor SEMPSA JOYERIA Y PLATERIA S.A. . La primera realizada el día 3 de septiembre de 2014 de 500 gramos (equivalente a 665 gramos de oro de 18 Kilates) por importe de 15.886 €; la segunda el día 11 de septiembre de 2014 de 209 gramos (equivalente a 133,61 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 3.281,93 €; y la tercera realizada el día 11 de septiembre de 2014 de 399,23 gramos (equivalente a 530,98 gramos de oro de 18 kilates) por importe de 12.725,26 gramos. Las facturas fueron debidamente abonadas por la empresa, contabilizadas y declaradas fiscalmente, pero el acusado, como queda dicho no las anotó en el programa Gestinjoya, ocultando un total de 1.329 gramos de oro de 18 kilates de los que se apoderó, incorporándolo a su patrimonio.



- En la cuenta de mermas del año 2013, **en el citado programa informático se registró como mermas de fundición de limallas un total de 678,10 gramos de oro de 18 kilates, cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 653,03 gramos de oro de 18 kilates**, por lo que en base a los mismos cálculos y al porcentaje medio de merma, resulta que el acusado se apoderó de 574,05 gramos de oro de 18 kilates valorado al precio medio de ese año en 14.870,77 €

- En la cuenta de mermas del año 2012, **en el programa informático el acusado registró como mermas de fundición de limallas un total de 407,60 gramos de oro de 18 kilates cuando la limalla registrada y recibida ascendía a 363,42 gramos de oro de 18 kilates**, lo que resulta imposible puesto que la merma no puede ser mayor que la cantidad de oro inicialmente entregada. En consecuencia, y atendiendo la porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 57,64 gramos, lo que implica un déficit de oro en el almacén en ese ejercicio y por ese concepto de 349,96 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (32,04€), arroja un valor de 11.212,72 €.

- En la cuenta de mermas del año 2011, **el acusado registró como mermas de fundición de limallas un total de 276,96 gramos de oro de 18 kilates, si bien la cantidad registrada y recibida por la empresa de los proveedores sacadores de fuego durante ese ejercicio ascendía a 451,34 gramos**, lo que supone un porcentaje de merma superior al 60%. En consecuencia y atendiendo la porcentaje medio fijado por las empresas acreditadas en el sector (AMPCOR S.L.), que calcula que en la recuperación de oro procedente de las limallas se produce una merma de un 15,86 %, la merma ascendería a 71,58 gramos de oro de 18 kilates y no la cifra fijada en el programa Gestinjoya, lo que implica que se apoderó de 205,38 gramos de oro de 18 kilates, que según el precio medio de ese año (27,96€), arroja un valor de 5.742,42 €.

Sobre la consideración de falsedad en documento mercantil del hecho probado y la remisión del art. 392 al art. 390.1.1º CP señala el Tribunal que:

a) *Que por supuesto, tienen esa naturaleza mercantil, y así ha sido declarado de forma pacífica por la doctrina del Tribunal Supremo, los libros de contabilidad y es evidente, y así lo ratificaron los peritos, que el libro manipulado por el acusado, en concreto el programa Gestinjoya no era sino un verdadero libro de contabilidad (libro de metales) esencial en el negocio para acreditar las entradas y salidas de oro, y por tanto parte esencial de la contabilidad de la empresa en su conjunto. Por tanto y descritas las acciones en el tiempo llevadas a cabo por el acusado, resulta claro que nos encontramos ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil.*

b) *Y lo mismo cabe decir del reseñado recibo NUM000 que obra al folio 528. Se trata de un documento de salida de oro, y que por tanto se incorpora a la contabilidad del negocio, primero a través de la anotación en el libro de metales, y posteriormente incorporándose definitivamente a la contabilidad general de la empresa.*

En definitiva (ver por todas Sentencias del T.S. de 10 de marzo de 1999) tanto el libro de contabilidad contenido en el programa Gestinjoya, como el documento que obra al folio 528 son verdaderos documentos mercantiles"

Pues bien, ante el debate acerca de si este hecho probado está relacionado con el art. 390.1 o con el nº 4 de la falsedad ideológica cometida por particular debemos reflejar que la conducta del recurrente supone, claramente, una alteración documental del documento donde se llevan a cabo las anotaciones contables, y ello, por un lado, porque el recurrente no es administrador de derecho ni de hecho y no le afecta la vía del art. 290 CP, sino la propia del art. 392 CP en relación con el art. 392.1 CP, o en su caso, del nº 2 de la simulación "en parte" del documento en donde lleva a cabo esas anotaciones, las cuales no pueden circunscribirse a una mera "mentira" del particular en un documento, sino que supone una mendacidad del documento en sí mismo para llevar a cabo el acto apropiativo del oro por el que también es condenado. No se produce, simplemente, un faltar a la verdad en la narración del hecho, sino una alteración mendaz del mismo para anotar salidas duplicadas de oro, para quedarse el importe de la diferencia, y se omiten tres entradas de oro que el acusado no las anota en el programa informático, con lo que incorpora a su patrimonio ese importe, valiéndose de esa declaración mendaz llevada a cabo para ese fin apropiativo.

Además, ello provoca una afectación en el tráfico jurídico mercantil, como lo provocan los libros de contabilidad, incluidos los programas informáticos, que en este caso alteró el recurrente para dar una imagen desconectada de la realidad contable, y para que le sirviera de apoyo en su fin de apropiación, al hurtar a la empresa de su fiscalización por las alteraciones que había realizado en un documento que tiene la naturaleza de mercantil.

Así, el recurrente no se limita a "faltar a la verdad en la narración de un hecho", sino que en los libros contables del programa informático "anota dos veces la salida de oro", con lo que altera ese documento ex novo, y no previamente existente, ya que lleva a cabo una anotación mendaz, no simplemente falta a la verdad en un documento previo. Y lo mismo lleva a cabo con las mermas de fundición de limallas, ya que registra cantidades



distintas a las reales, alterando la realidad del documento contable con importes que no se ajustan a la realidad, con una gran incidencia en el tráfico mercantil de la empresa, porque el resultado contable es distinto al real con las apropiaciones que ha llevado a cabo el recurrente, y para darle cobertura documental se sirve éste de las alteraciones llevadas a cabo para justificar el cuadro de entrada y salida de oro y el importe económico que debería quedar en la contabilidad de la empresa.

Resulta relevante determinar que el modo de actuar del recurrente **no es meramente faltar a la verdad en la narración de un hecho, sino que refiere una operación que es falsa en sí misma**, cual es anotar dos veces la salida de oro, y luego, eso sí, utiliza un documento ya creado alterándolo para cubrir dos salidas. Lo que se lleva a cabo es, como se recoge en la sentencia de esta Sala 1018/2013, de 17 de Diciembre, para incluir el hecho en el nº 2 del art. 390 y no en el nº 4 de la falsedad ideológica, que **lo que consta no se corresponde con operación, negocio o transacción y pretende acreditar una relación jurídica "inexistente"**. E inexistente era la salida duplicada de oro que reflejó el recurrente contablemente para conseguir su fin de apropiación, con lo que, al menos alteraba el documento real, o lo simulaba "en parte", induciendo a error sobre su autenticidad. Y ello provocaba un error en el tráfico mercantil con operaciones mercantiles que no habían existido, o exagerando las que habían existido, lo que queda lejos de la "mentira documental", por esa afectación al tráfico jurídico mercantil de un acto que no solo consiste en esa alteración documental de la realidad contable, sino que lo es con el fin de la apropiación.

El criterio sólido mantenido es que la confección de un documento, -y los utilizados en los hechos probados lo son mercantiles, como se ha expresado-, que recoja una situación o acto inexistente con relevancia jurídica para terceros,- y en este caso concurre por la afectación al tráfico mercantil- es punible, porque induce a error sobre su autenticidad, por lo que, al menos, tiene cobertura por la vía del nº 2 del art. 390 CP (SSTS 817/1999, de 14 de Diciembre, 1282/2000 de 25 de septiembre, 1649/2000, de 28 de Octubre, o 1954/2002 de 29 de enero).

Hay que recordar sobre la vía del art. 390.1 CP que existiendo el programa informático de gestión documental de la empresa, el recurrente lo altera, y así consta en la pericial que se ha practicado y que desvela que el **modus operandi** de la apropiación de oro se constata en la sentencia que se llevó a cabo por tres artificios:

- a) Duplicar apuntes contables en el programa de gestión Gestinjoya, en el apartado "salida de metal"
- b) No registrar "entradas de metal" adquirido realmente a proveedores;
- c) Incrementar de forma exagerada el tanto por ciento de "mermas" de oro por la fundición de limallas".

Con ello, existe un documento verdadero sobre el que se ejecuta la acción falsaria de tal manera que se varía el original sentido del documento, porque la anotación real de lo ocurrido debió ser otra, para reflejar lo ocurrido, y, sin embargo, la modificación operada con duplicidad de apuntes contables y no registro de entradas de metal, o exagerando las mermas altera notablemente el contenido documental, y que supone algo más que un mero acto de "faltar a la verdad en la narración de un hecho". La operación declarada probada supone un plus de alteración documental y, por ello, es susceptible de producir unos efectos jurídicos distintos de los que tendría si no se hubiese alterado. El verbo alterar encierra un significado equivalente a "modificar" o "sustituir". Sería impune una acción falsaria sobre aspectos secundarios o inocuos del documento, o los que son intrascendentes, pero alterar la salida de género, u ocultar la entrada del mismo con fin de apropiación, así como exagerar las mermas, no puede quedar al margen del reproche penal por la vía del art. 390.1º, o, al menos, del nº 2.

No puede predicarse de un hecho probado como el descrito por el tribunal que se trata de una mera acción de "faltar a la verdad en la narración de un hecho". Y ello porque **la mecánica operativa del condenado se ubica en operaciones falsarias que integra en un programa informático cuya naturaleza mercantil es la de libro de contabilidad**. Se trata de un particular, el autor del delito, que no tiene la característica de ser administrador de hecho o derecho, pero que tiene atribuida la absoluta responsabilidad de la llevanza de las operaciones en ese programa informático que el recurrente altera en la mecánica ya descrita. Y esta operación es, técnicamente, de alteración del documento preexistente, y, además, de simulación en parte de su autenticidad. No es una mera "narración" de un hecho. El recurrente no relaciona, describe o explica un hecho. El recurrente altera la realidad documental del programa informático de gestión.

Este hecho probado no es impune y tiene reproche penal, por cuanto no puede absolverse por la vía de la impunidad del art. 390.4º CP en relación con el art. 392 y la conceptualización de la falsedad ideológica a un particular que altera los libros contables informáticos de una empresa para apropiarse de dinero de la misma.

Por ello, esta descripción no puede configurarse como "narrar un hecho", sino que es alterar el documento mercantil, como lo son los libros de contabilidad. En esta misma línea, para excluir la conducta declarada



probada de la falsedad ideológica hay que recordar que esta sala ya ha expresado con reiteración (SS 27 enero 1993 , 15 enero 1994 , 17 noviembre 1995 , 3 mayo 1996 , entre otras) que:

"Por medio de dicha falsedad, conocida también como "espiritual", cuando es cometida por particular, por éste y ante el funcionario correspondiente, se vierten expresiones y se hacen manifestaciones que no se corresponden con la realidad. Se da un contenido al documento (en este caso notarial) que es inexacto porque se proyectan e integran en el mismo "pensamientos, decisiones, ideas o datos" manifiestamente falsos (o inveraces), con cambio sensible y notorio de la "verdad" respecto a elementos esenciales y fundamentales, con trascendencia sobre el acto o negocio jurídico que se documenta y potencial extensión al tráfico jurídico, con posible y eventual perjuicio para terceros. Conducta que para ser típica ha de ir acompañada del "dolo falsario" como conciencia y voluntad para cambiar la realidad, convirtiendo en veraz aparentemente lo que no lo es, elemento conocido como "subjeto del injusto" que patentiza la intención maliciosa tendente a lograr una finalidad ilegal y, en ocasiones, inmoral (cfr. Ss., entre otras, de 27 de junio y 16 de octubre de 1991 y 7 de abril de 1992)."

También hay que recordar que la existencia de un **delito de falsedad documental por alteración de la contabilidad informatizada** ya fue admitida por esta Sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 10 Jul. 1996, Rec. 2651/1995** al señalar que:

"El acusado alteró en la contabilidad del Registro que se llevaba informatizada hasta dieciséis anotaciones contables, modificando dieciséis cantidades en el sentido de reducir las mismas anotando otras inferiores . Por tanto, se produjo una alteración material de las anotaciones contables de un documento verdadero, cambiando la verdad que reflejaba éste . Se cumple el requisito del perjuicio de tercero o ánimo de causarlo, pues con la alteración de la contabilidad el acusado cogió para sí las cantidades dinerarias . La falsedad cometida simultáneamente a la comisión del delito o con posterioridad para ocultar la apropiación del dinero ocasionó un perjuicio real tanto a la Registradora como a los empleados, que vieron cómo sus ingresos mensuales disminuyeron a consecuencia del apoderamiento."

Pero, como ya hemos comentado anteriormente, esta Sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017** ya reflejó que es **delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP en relación con el art. 390.1.1º CP** la alteración de los libros de contabilidad, señalando que *" la falsedad operada por el acusado en la contabilidad de la empresa, con fines de apropiación indebida, incide no solamente sobre tales apuntes contables, sino que afecta a los terceros que contratan con la mercantil, tiene efectos respecto a la Hacienda Pública, interesa a los socios de la persona jurídica e incluso trasciende a otras entidades como las entidades bancarias que mantienen relaciones con la mercantil. En este caso, no solamente podemos hablar de falsedad en la contabilidad como simulación de un documento (los apuntes de un balance contable), incuestionablemente simulado, por hacerse entrar en él datos ficticios, que cuadran para evitar el descubrimiento del fraude, sino que trascienden a terceros.*

...Los documentos alterados no son privados, son los derivados de la relación comercial, ya que se produce la manipulación falsaria de ordenadores que la sentencia imputa al recurrente u otros instrumentos semejantes, que se halla actualmente tipificada dado el tenor del art. 26 (STS. 619/2007 de 30 de octubre).

Por ello, los datos confeccionados por quien manejaba y tenía el control y la responsabilidad de realizar o poner en marcha los mecanismos magnéticos o informáticos que pueden pasar a un soporte magnético o informático constituyen un documento susceptible de ser falsificado (STS. 885/2007 de 6 de noviembre).

Además, se trata de documento mercantil, que no privado, relacionado con las operaciones de la empresa alterando documentos mercantiles, y así consta en la sentencia que "Documentos mercantiles son cualquier escrito o documento elaborado de acuerdo al Código de Comercio o leyes mercantiles que sea expresión de un acto de comercio y sirva para acreditar derechos y obligaciones de naturaleza mercantil. Se pretende proteger así la fe y seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas".

...Por ello, los asientos contables de los comerciantes son generalmente considerados documento mercantil y nada obsta a la existencia del delito el que se trate de contabilidad por sistema informático o registro de los documentos mediante listados de ordenador a efectos contables, tal como declararon las SSTS de 19 de abril de 1991 y 33/1999 , de 22 de enero ."

Pero es que, a mayor abundamiento, esta Sala del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 324/2009 de 27 Mar. 2009, Rec. 929/2008** trató de un tema semejante, pero que partía de una sentencia absolutoria de la instancia apelando a que existía falsedad ideológica.

Pero ante el recurso de casación de la acusación particular **esta Sala casó la sentencia y condenó a un particular por falsedad en documento mercantil por alterar la contabilidad con apuntes falsos, que es lo mismo que se describe en el presente caso en el hecho probado.**



En los hechos probados que se señalaron en esa sentencia se decía que se produjeron *alteraciones en la contabilidad de ...mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad que no eran reales ni se correspondían con gasto o factura alguna, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos...* , con lo que el caso es similar al actual.

Así, esta Sala expuso que:

"Señala la Sala sentenciadora de instancia que no existe delito de falsedad documental, en tanto ésta ha de considerarse falsedad ideológica, comprendida en el número 4º del art. 390 del Código penal , a la que no extiende la tipificación la falsificación de los documentos mercantiles, a la vista de lo dispuesto en el art. 390. De tal manera, que las diversas alteraciones contables en los registros de la entidad perjudicada, no eran, en su tesis, subsumibles en ninguno de los tres primeros números del art. 390 del Código penal , al no producirse alteración material de ningún documento, ni simulación alguna para inducir error a otro sobre su autenticidad, ni supuso la intervención de persona que no había intervenido en un determinado acto, ni atribuyó a las intervinientes distintas de las realizadas. Esta fue la postura del Ministerio Fiscal en la instancia, acogida por la Sala sentenciadora.

En una Junta General de esta Sala celebrada el día 26 de febrero de 1999, se abordó el alcance de la reforma del Código Penal de 1995, en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares.

En este punto ya una Sentencia de 13 de junio de 1997 , en relación con unas facturas falsas, se dijo que además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2º del Código Penal .

Asimismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos. Todo ello citado en nuestra STS 867/2002, de 29 de julio , que argumenta que la acción reprochada consistió en la creación y puesta en circulación en el tráfico de documentos llamados, además, a producir resultados económicos de indudable relevancia. La falsedad referida no es de las del apartado 4º del artículo 390.1 del Código Penal , puesto que **la mendacidad afecta al documento en su totalidad** . Según dijimos en la Sentencia núm. 1302/2002, de 11 de julio , la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º del Código Penal de 1995 .

Así, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad, la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (cfr. Sentencias núm. 1212/2004, de 28 de octubre ; núm. 1345/2005, de 14 de octubre ; núm. 37/2006, 25 de enero ; o núm. 298/2006, de 8 de marzo).

El Ministerio Fiscal apoya este motivo, entendiéndolo que **la falsedad operada por la acusada en la contabilidad de la empresa, con fines de apropiación indebida, incide no solamente sobre tales apuntes contables, sino que afecta a los terceros que contratan con la mercantil, tiene efectos respecto a la Hacienda Pública, interesa a los socios de la persona jurídica e incluso trasciende a otras entidades como las entidades bancarias que mantienen relaciones con la mercantil** .

Así, en este caso, no solamente podemos hablar de falsedad en la contabilidad como simulación de un documento (los apuntes de un balance contable), incuestionablemente simulado, por **hacerse entrar en él datos ficticios, que cuadran para evitar el descubrimiento del fraude , sino que trascienden a terceros**, de manera que mediante fax se enviaban documentos falsos a los bancos para realizar las transferencias, que iban a parar a las cuentas de la autora de estos hechos, y conseguir así su completo aprovechamiento, de manera ilícita, documentos éstos a los que se debe aplicar la simulación a que hace referencia el art. 390.1.2º del Código Penal , colmando las exigencias típicas del art. 392 , a cuyo tenor el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 , será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

La despenalización que la decisión del legislador adoptó en 1995 respecto a faltar a la verdad en la narración de los hechos, como delito de falsedad, con relación al comportamiento de los particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles ha de restringirse a la razón de tal proceder.



Antes de nada, conviene señalar que **no habrá falsedad cuando el documento no tenga vocación para entrar en el tráfico jurídico, de modo que se trate de afirmaciones dirigidas a otros ámbitos de la vida social**, de mero contenido personal, familiar o afectivo, en donde no exista ninguna necesidad de hacer entrar al derecho penal para depurar las posibles discrepancias entre la verdad o la falta de ella. Sin embargo, la destipificación de la denominada falsedad ideológica operada por particulares en documentos de la clase que hemos citado anteriormente (fuera de los estrictamente privados), ha de interpretarse bajo otros parámetros, pues su vocación jurídica es incuestionable y **la narración de la verdad afecta en consecuencia a la correcta aplicación de las normas jurídicas que rigen las relaciones intersubjetivas entre las partes, dada su función probatoria, o de la sociedad con sus componentes individuales.**

Y claro es que el Estado no puede mantenerse ajeno cuando de la protección de la verdad se trata, como sustrato de aplicación de las leyes, pues ésta (la verdad) irradia justicia en la aplicación del Derecho. De modo que **cuando se falte a la verdad en la narración de los hechos por un particular en un documento público, oficial o mercantil lo ha de ser con efecto de mera interpolación no esencial, es decir, un elemento falsario de estricta aportación personal, introducido mendazmente en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere.**

Por ejemplo:

A.- una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso), en una escritura de compraventa (documento público), otorgada por notario.

B.- Una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o

C.- El suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o

D.- La intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles).

Pero nunca, si no quedemos dejar vacío de contenido el número segundo del art. 390.1 del Código penal, podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que, en apariencia, se trate de un documento verdadero, siendo falso en su totalidad, o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular "un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Es, pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere trascendencia penal a la conducta del autor. **Cuando lo falso, se hace pasar por auténtico, induciendo, pues, a confusión a los demás, que es la razón de la penalización de este delito**, ya que más que un pretendido derecho a lo verdadero (a la verdad, se ha dicho con frecuencia), existe un derecho a no ser sorprendido por la confusión de lo aparentemente existente como tal, por la confianza que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, **de manera que si todo o la mayor parte ("en todo o en parte", dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, existirá delito de falsedad del antedicho párrafo del art. 390.1 del Código penal.**

Quedan fuera, pues, las expresiones mendaces que no integran tal simulación, porque el documento se considera en su totalidad auténtico, aunque algunas expresiones o datos no lo sean, pero desde la perspectiva de la accidentalidad, no por razón de su relevancia para el negocio jurídico analizado, sino en función de la autenticidad del documento suscrito, considerado en su vertiente de apariencia de realidad en un todo completo o existente como tal. Ciertamente será difícil distinguir cuándo faltar a la verdad en la narración de los hechos, convierte al documento en total o parcialmente simulado.

Ahora bien, es la pauta que nos suministra el legislador, el que no ha empleado una técnica descriptiva todo lo clara que debía, en punto al principio de taxatividad que ya dibujó en el art. 4.2 del Código civil, y lo trasladó al mismo precepto del Código penal (art. 4.1). Obsérvese que simular en parte un documento, es una operación muy próxima a faltar a la verdad en la narración de unos (o algunos) hechos que se incluyen en el mismo. Solamente desde el punto de la funcionalidad de tal mendacidad pueden obtenerse algunos resultados positivos para el intérprete, pues la perspectiva del legislador, como ya hemos expuesto, es la autenticidad del documento en su misma existencia, como medio probatorio de las expresiones que contiene en su conjunto, es decir, de su significado y finalidad, y no la simple alteración de alguna de sus partes, comprendidas las expresiones que le sirvan de soporte, siempre que a través de ellas no se induzca a error sobre "sobre su autenticidad".

En el caso enjuiciado, no solamente se ha comprometido el conjunto de la contabilidad con la introducción de datos erróneos, induciendo a error sobre su autenticidad, de la que ciertamente carecía, como es obvio, al tratarse de una "falsa contabilidad", como narran los jueces "a quibus" en su resultancia fáctica, y de esa inducción son destinatarios los terceros y la misma sociedad perjudicada, a través de sus socios, en incluso el Fisco, sino que se han introducido elementos documentales claramente mendaces por incluirse órdenes



de transferencias bancarias que no respondían a la realidad, instrumentalizando así de forma falsaria una mecánica delictiva dirigida al definitivo desvío de fondos a cuentas particulares, en donde ya era posible la disposición patrimonial en provecho propio.

Por estas razones, el motivo será estimado, e individualizaremos la respuesta penológica en segunda sentencia que hemos de dictar."

En este caso hay un dolo falsario, tiene trascendencia sobre el acto o negocio jurídico, porque altera el contenido del programa informático, al desajustarlo de la realidad económica subyacente, en virtud del ánimo de apropiación que subsiste y que se materializa con la alteración documental. Y, además, se refiere a datos fundamentales del documento base, ya que altera el estado contable en el programa informático, pero más allá de una "expresión, pensamiento, o manifestación. Supone la conducta declarada probada un plus con respecto a lo que son meras "narraciones de un hecho", y, además, con una profunda repercusión en el tráfico mercantil.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO .- Séptimo (octavo del recurso).- Por infracción de precepto penal sustantivo, al amparo del art. 849.1º de la LECRIM , por considerar que se ha infringido el art. 66.7 del C.P .

Plantea el recurrente que "la Ley otorga mayor peso al fundamento cualificado de atenuación que al de agravación, pues en el primero la pena puede rebajarse en un grado, en tanto que el segundo no es posible elevar la pena de grado (sólo la mitad superior). Asimismo tendrán cabida no solo casos de concurrencia de atenuantes y agravantes ordinarias, sino también los supuestos de concurrencia entre atenuantes muy cualificadas y agravantes. En el caso de autos el Tribunal de instancia compensó los efectos penológicos de la concurrencia de una agravante ordinaria y de la aplicación como de la atenuante de reparación del daño".

Ya se ha tratado anteriormente sobre esta cuestión, y debe incidirse en lo antes reflejado, pero haciendo especial hincapié en que el Tribunal no ha reconocido en modo alguno un fundamento cualificado de atenuación, y que solo aprecia como atenuante simple consignar una suma que dista mucho de la que es objeto de la fijación de la responsabilidad civil, como ya hemos explicado. Por ello, ya se ha resuelto que difícilmente el Tribunal podría acudir a aplicar el grado mínimo de la mitad inferior, cuando se ha explicitado el mayor reproche penal del abuso de confianza desplegado y la conducta llevada a cabo, así como la reacción obtenida cuando todas las irregularidades son descubiertas, y sorprendiendo, evidentemente, a los propios gestores de la mercantil que se ven burlados en esa confianza. Pero lejos de devolver el importe sustraído la cantidad entregada dista mucho de la que debió devolver, por lo que no es procedente estimar, tampoco, este motivo, cuando, ni tan siquiera, en un delito económico se ha devuelto el objeto de lo apropiado o sustraído, no mereciendo una mayor disminución penal de la impuesta por el Tribunal.

El motivo se desestima.

OCTAVO .- Octavo (novenos del recuso).- Por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos al amparo del art. 849.2 L.E.Cr .

Lleva a cabo el recurrente un examen de las pruebas personales llevadas a cabo en el juicio, cuando ello no tiene cabida por la vía del art. 849.2 LECRIM , y, como bien sostiene la fiscalía, el recurrente, que no designa documento alguno en apoyo de su pretensión, sostiene que no existe prueba de cargo suficientemente acreditada que fundamente una sentencia condenatoria y en el extenso desarrollo del motivo se dedica a reproducir las declaraciones prestadas por los distintos intervinientes acompañadas de su particular valoración crítica, olvidando que las declaraciones como pruebas personales que son sometidas a la intermediación del Tribunal no tienen la consideración de documento a efectos casacionales.

No resulta admisible la valoración que se lleva a cabo al amparo del art. 849.2 LECRIM de las declaraciones llevadas a cabo en el plenario, ya que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004 , donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;



2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000 , 1006/2000 de 5.6 , 1701/2001 de 29.9).

El motivo se desestima.

RECURSO DE María Antonieta

NOVENO.- Primero.- Infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim , al haberse producido una vulneración del principio de inocencia recogido en el art. 24.1 de la CE , o en su caso del principio "in dubio pro reo".

La recurrente es condenada como autora criminalmente responsable del delito de falsedad en documento mercantil por la firma de uno de los documentos de los varios que altera el anterior recurrente.

El hecho probado que se refiere a la actuación de la recurrente se refiere al siguiente contenido:

" 3.a.- *Durante el ejercicio 2014 realizó dos salidas duplicadas de oro, de 263,70 y 43 gramos respectivamente, a la empresa ARGENT GROC OSLY S.L., disminuyendo de esta forma de manera ficticia el stoc final de oro en 306,70 gramos que el acusado hizo suyo. En concreto anotó dos veces la salida de ese oro, en los días 7/01/13 y 7/01/14, cuando en realidad las únicas salidas de oro firmadas por el citado proveedor ARGENT GROC OSLY S.L. se realizaron los días 10/05/13 y 4/07/13. Para dar cobertura al apunte duplicado el acusado utilizó un documento de salida de metal de RAGUI S.L. que registró con el número de recibo NUM000 que contenía los datos de la operación real pero con fecha 24 de junio de 2014. Este documento fue firmado por la también acusada D^a. María Antonieta , amiga del acusado, sin que se haya acreditado el motivo por el que lo hizo y sin que conste que se hubiera apropiado de de cantidad alguna de oro".*

Y en la fundamentación jurídica expone que "esta niega rotundamente ser autora de la firma que obra en el documento que obra al folio 528, en concreto el recibo NUM000 supuestamente firmado por la misma".

Pero el Tribunal articula su condena en orden a que negó que era la autora de esa firma que consta en ese único documento, y que ello quedó acreditado en el acto del juicio que lo había firmado, y que:

"*No ha existido actividad probatoria alguna por parte de las acusaciones tendentes a acreditar, primero que la acusada estampó esa firma con la finalidad de cooperar a la ejecución del hecho, y en concreto para facilitar el apoderamiento del oro por parte del acusado Sr. Donato , bien en concepto de autora o bien en el de cómplice; ni menos aún que la misma se apoderara o compartiera de alguna forma ese apoderamiento, con ánimo de lucro. Reiteramos, por una parte, dada la ausencia de prueba incriminatoria por parte de las acusaciones, en concreto de la Acusación Particular que es la que acusa a la misma de un delito de apropiación indebida; y por otra parte, y a su vez, que la falta total de explicaciones por parte de la acusada priva de cualquier consideración sobre la posibilidad de que o bien se le pasara de forma inadvertida por una tercera persona la firma, entre otras muchas, sin que por tanto fuera consciente de lo que firmara (en cuyo caso, de no acreditarse lo contrario habría dado lugar a una sentencia absolutoria); o bien, simplemente, y por puro favor, sin saber la finalidad de lo que se le requería, firmara el recibo. Entendemos, en todo caso, y antes la duda razonable, que si bien existe una conciencia y voluntad clara por parte de la acusada de firmar el documento, pudiéramos estar en este segundo supuesto anteriormente mencionado, y que por tanto ninguna relación con el delito patrimonial ha tenido.*



Consecuentemente, y ya lo adelantamos, ante la ausencia total de prueba inculpativa, o en todo caso ante la duda de que esta participara en cualquier forma de aprovechamiento patrimonial, o simplemente que como cómplice cooperare en a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, procede la absolución de la citada acusada del delito de apropiación indebida del que venía acusada".

Pero, sin embargo, se le condena por delito de falsedad en documento mercantil sin explicitar su cooperación, en qué consistió, y nada menos que en concepto de autoría, y con una ausencia absoluta explicativa acerca de las razones de la condena por un delito de falsedad en documento mercantil, cuando existieron diversas operaciones llevadas a cabo por el anterior recurrente y no consta en el relato de hechos probados dato alguno respecto a esta coautoría de la ahora recurrente en el delito cometido, ya que lo que consta de ella en el hecho probado es que **sin que se haya acreditado el motivo por el que lo hizo y sin que conste que se hubiera apropiado de de cantidad alguna de oro**.

Con esta declaración y la inexistencia de argumentación sólida respecto a la colaboración de la recurrente en la falsificación, y la extrañeza, no explicada, de su necesidad de esa firma, o por qué no firmó el resto de documentos, y sí uno aislado en concreto no puede atraerle una responsabilidad penal por falsedad documental por el mero hecho de negar ser esa su firma.

Debemos incidir en que se debe aplicar en este caso el "in dubio pro reo".

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpativa; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo inculpativo, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS 45/97, de 16.1).

Diferencia entre presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria.

La **presunción de inocencia** ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo.

Ello no ocurre con la **regla in dubio pro reo**, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda" (STS 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que **el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación**. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 999/2007, de 12-7 ; 677/2006, de 22-6 ; 836/2004, de 5-7 ; 479/2003 ; 1125/2001; de 12-7).

Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.



La STS 666/2010 de 14-7, explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6).

En ese sentido la STS 999/2007, de 26-11 con cita de la STS 939/98, de 13-7, recordaba que el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

¿Cuándo cabe invocar el principio in dubio pro reo?

1.- **El principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación** cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, **en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda**.

2.- Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12).

Por otro lado, como ya dijimos en la STS 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 "el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Por ello, en este caso existe una gran duda al respeto, o debe existir.

Además, ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 12 May. 1997, Rec. 803/1996 que "El **ánimo falsario, como elemento subjetivo del delito de falsedad en documento mercantil**, está en la mente del sujeto y, salvo que existe prueba directa derivada de una manifestación del acusado, hay que deducirlo mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio de inferencia, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración de hecho, teniendo en cuenta además cuantos actos del sujeto, anteriores, simultáneos o posteriores a la acción, ofrezcan alguna luz sobre el secreto fondo de sus pensamientos. Operación compleja que partiendo de datos fácticos demostrados, conduce -a través de las reglas lógicas o de experiencia- a la certeza moral que la resolución judicial necesita. No se puede olvidar que el delito de falsedad documental y en este caso, el de falsedad de documento mercantil, no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida. El Tribunal, de los hechos base perfectamente acreditados de que parte, alcanza la convicción sobre el hecho consecuencia de que el recurrente no sólo tenía conocimiento de la falsedad de los documentos mercantiles que aporta a la entidad bancaria sino que tenía el dominio funcional sobre su falsificación. Inferencia perfectamente lógica y acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia".

Pero es que en este caso ni tan siquiera se secuencian los indicios más allá de la mera negativa de la recurrente a ser su firma, lo que no tiene, por sí mismo solidez alguna para una condena, o la declaración de la testigo de que la recurrente le dijo que era su firma, o la pericial que lo corrobora. Pero ello no permite integrar un dato indiciario determinante de que se condene a la recurrente por un delito de falsedad en documento mercantil, cuando no se explicita el cumplimiento de los elementos del tipo penal respecto a la recurrente en base a la prueba practicada más allá de que reconozca su firma, o no. No puede deducirse que exista ánimo falsario, ni razones de cooperación con el anterior recurrente, o elementos que permitan deducir por qué firmó, y si lo hacía, a sabiendas de la falsedad, y no en otros. La carencia absoluta de prueba debe llevar a la estimación del recurso, por cuanto la aislada firma de un documento en una cadena de ellos llevados a cabo, eso sí, por su autor, no puede determinar una condena a la autora de la firma si no concurre una debida motivación de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal por el que es objeto de condena.

El motivo se estima y conlleva la absolución de la recurrente, lo que conlleva que no sea preciso analizar el resto de los motivos.

DÉCIMO .- Estimándose el recurso tan solo de la recurrente María Antonieta se declaran de oficio respecto de ésta y se imponen a quien se le desestima Donato .

FALLO



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

QUE DEBEMOS DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación de la acusada **María Antonieta**; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, de fecha 2 de febrero de 2018, en causa seguida contra el mismo y Donato. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Donato** contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 803/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 754/2017, dimanante de Procedimiento Abreviado nº 91/2016, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba, seguida por delitos de falsedad en documento mercantil y de hurto, contra los acusados **María Antonieta** con D.N.I. nº NUM001, nacida el día NUM002 /1959, hija de **Oscar** y **Erica**, natural de Lyon (Francia), sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa y contra **Donato**, con D.N.N. nº NUM003, nacido el día NUM004 /1953, hijo de **Raúl** y **Erica**, natural de Córdoba, sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa; y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 2 de febrero de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos absolver a la recurrente **María Antonieta** de la condena impuesta a la misma por delito de falsedad en documento mercantil que se deja sin efecto, y desestimar el recurso de **Donato** manteniendo a éste la condena impuesta.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A María Antonieta de la condena impuesta a la misma por delito de falsedad en documento mercantil y desestimar el recurso de Donato manteniendo a éste la condena impuesta, con imposición de costas tan solo a este recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Voto particular a la Sentencia dictada en el Recurso de casación nº 803/2018, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

Con el máximo respeto a la decisión de la mayoría, debo hacer presente mi discrepancia acerca de la calificación como delito de falsedad documental de la conducta consistente en realizar anotaciones en la contabilidad que no respondan a la realidad, bien porque se introduzcan hechos inexistentes o bien porque se omitan hechos existentes que deberían ser incluidos.

Entiendo que, en esta sentencia, se viene seguir una línea acogida en la STS 365/2018, de 18 de julio, que encuentra precedentes en la STS de 10 de julio de 1996 y en la STS nº 324/2009, de 27 de marzo, en las que creo que se amplía de forma exagerada el concepto de simulación de documento previsto en el artículo 390.1.2º del Código Penal (CP), incluyendo en el mismo los casos en los que se hace constar en el documento por su autor hechos o datos que no se corresponden con la realidad, dejando así prácticamente sin contenido el apartado 4º que se refiere a los supuestos de faltar a la verdad en la narración de los hechos, modalidad falsaria que la ley de 1995 quiso despenalizar cuando el autor es un particular, salvo los casos en los que la conducta, sin dejar de ser esa falta a la verdad, pueda ser subsumida en los otros apartados del mismo artículo 390.1, o en otros preceptos del Código, como ocurre concretamente con el artículo 290.

1. En la sentencia impugnada se declara probado que, con la finalidad de ocultar las acciones de apoderamiento de oro, utilizando el sistema de gestión informático de los movimientos de oro del taller, el recurrente realizó distintos movimientos contables, que luego se describen.

Se concretan, según se recoge en nuestra sentencia de casación en: duplicar apuntes contables en el programa informático de gestión en el apartado salida de metal; no registrar entradas de metal (omitir entradas de metal); e incrementar de forma exagerada el tanto por ciento de mermas de oro por la fundición de limallas. Además, en los hechos probados se refleja que utilizó un recibo que se refería a una operación real, aunque se cambiaba la fecha.

En la sentencia de la mayoría se niega que se trate de una falsedad ideológica en la modalidad de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y se dice: "no se trata de una mentira documental cuando se altera un programa informático de contabilidad en sus aspectos esenciales con ánimo falsario y con un fin de enriquecimiento". Se añade, entre otras cosas, "la conducta del recurrente supone, claramente, una alteración documental del documento donde se llevan a cabo las anotaciones contables".

Se menciona la posibilidad de incluirlo en la simulación de un documento. Y se cita, como elemento relevante, la afectación del tráfico jurídico.

Se razona que "no es meramente faltar a la verdad en la narración de un hecho, sino que refiere una operación que es falsa en sí misma". Pretende acreditar una relación jurídica inexistente.

No creo, sin embargo, que esa conducta, que encontraría sanción adecuada en el artículo 290 CP si concurrían los demás requisitos exigidos en el tipo, se constitutiva de una falsedad descrita en el artículo 390.1.2º CP.

En primer lugar, creo importante recordar que, según una jurisprudencia muy consolidada, el delito de falsedad documental requiere que la alteración del documento afecte a elementos relevantes o esenciales del mismo. No existirá delito si la falsedad resulta inocua o irrelevante en relación con las funciones atribuidas al documento falsificado (STS nº 331/2013, de 25 de abril, entre otras). Por lo tanto, no es posible argumentar que la alteración afecta al tráfico jurídico para afirmar a continuación que, como consecuencia de aquella



afectación, la conducta constituye un delito de falsedad. Pues nunca lo sería si no causara afectación alguna, aunque encajara perfectamente en cualquiera de los apartados del artículo 390.1 del Código Penal. Dicho con otras palabras, la afectación del tráfico jurídico, o dicho de otra forma, la relevancia de la falsificación, no es el único elemento que exigen las distintas modalidades del artículo 390.1 CP.

En segundo lugar, los hechos que se declaran probados no tienen encaje en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 390.1.

En relación con el artículo 390.1.1º, porque en éste se exige la existencia previa de un documento cuyos datos se alteran posteriormente como consecuencia del acto falsario. No es posible alterar un documento si no existe previamente a la acción de alteración. En los hechos probados de la sentencia impugnada, las anotaciones contables no existían con anterioridad con un determinado contenido que hubiera sido alterado por el sujeto. Por el contrario, el autor realiza anotaciones nuevas reflejando en ellas hechos no sucedidos. Es decir, faltando a la verdad.

Tampoco encuentra encaje en el apartado 3º del mismo artículo, pues no se hace constar en el documento objeto de la acción la participación de personas que no la hubieran tenido ni se atribuye a las que intervinieron manifestaciones distintas de las que efectivamente realizaron. El autor se limita a consignar en la contabilidad movimientos (entradas y salidas de material, sobre todo) no existentes.

En cuanto al artículo 390.1.2º, se refiere a la simulación de un documento, de forma que induzca a error sobre su autenticidad. En la jurisprudencia mayoritaria se utiliza un concepto amplio de autenticidad, que no solo se refiere al autor del documento, sino también al negocio que se documenta, de forma que se entiende que existe simulación cuando el documento refleja un negocio totalmente inexistente. No, sin embargo, cuando en el documento se refleja un negocio existente, aunque se introduzcan datos relevantes que no respondan a la realidad.

Con carácter general, en la STS 692/2008, de noviembre, se establece que *"no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico"*. Citada por la STS nº 331/2013, antes citada, recogiendo la doctrina general de esta Sala, en la cual se finaliza diciendo que *"en la misma línea expresada se pronuncian las sentencias 784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre y 1100/2011, de 27 de octubre. En todas ellas se subraya que el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada **para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.**"*

En sentido similar, recogiendo la doctrina de la Sala, la STS nº 280/2013, de 2 de abril.

2. En el caso, no se simula la contabilidad. Por el contrario, ésta se corresponde con la empresa a la que se refiere, y contiene otras muchas anotaciones que responden a su realidad económica, o, al menos, no se declara probado lo contrario. La conducta del recurrente consiste en reflejar en ella algunos hechos no sucedidos, pero no en construir una contabilidad totalmente aparente. Es decir, se anotan movimientos que no responden a hechos reales. Se falta a la verdad, pero no se simula el documento en su integridad.

Esta conducta encontraría la debida sanción penal en el ámbito societario, en el artículo 290 CP, si concurrieran los demás elementos necesarios para afirmar la tipicidad. Decíamos en la STS nº 558/2018, de 15 de noviembre, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Igualmente lo será introducir datos que no responden a la realidad. De forma más terminante, se decía en la STS nº 94/2018 de 23 febrero, que *"Sin embargo, no resultaría aplicable el artículo 392, en relación con el 390.1.1º, pues la conducta que se le imputa, consistente en omitir anotaciones en la contabilidad oficial de la empresa, ocultándolas en otra contabilidad oculta, no supone la alteración de un elemento o requisito esencial, previamente existente, de un documento, sino que solamente vendría a constituir un supuesto de faltar a la verdad en la narración de los hechos del apartado 4º del precepto, no aplicable a los particulares según dispone el artículo 392 CP"*.

Igualmente, en la STS nº 755/2018 de 12 marzo, se insistía en la misma idea, diciendo: *"Aun en cualquier caso, el hacer constar en el inventario menciones que no se correspondían a la realidad respecto a los bienes realmente existentes no supone la alteración de un elemento esencial ni aun menos nos enfrenta a un supuesto*



de simulación del documento, por lo que tiene razón en recurrente, su encaje más preciso se encuentra en el nº 4 del artículo 390.1, por faltar a la verdad en la narración de los hechos, lo que resulta también de aplicación al apartado en el que se dice que introducían datos falsos en la contabilidad, y nos aboca a la atipicidad. Ello con independencia de su idoneidad como base de un delito societario del artículo 290 CP que englobara las distintas falsedades (en este sentido, STS 736/2018 de 5 de febrero de 2019).

En el mismo sentido, es decir, entendiéndose que faltar a la verdad en la realidad contable no tiene encaje en el artículo 390.1, sino, en su caso, en el artículo 290, se pronunciaron otras resoluciones de esta Sala. Entre ellas, la STS nº 259/2013, de 19 marzo : " La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el tipo previsto en el art. 290 del CP encierra una modalidad falsaria. De hecho, hemos llegado a afirmar que aquel precepto encierra de forma específica "... una modalidad delictiva falsaria", que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Constituye una verdadera modalidad falsaria en que su componente esencial es el faltar a la verdad en la narración de los hechos, tal y como también ocurre en los arts. 261 , 326 y 382 del CP (cfr. STS 867/2002, 29 de julio). Y es que aunque el legislador resultó condescendiente con las falsedades ideológicas en términos generales, al mismo tiempo, a lo largo de numerosos artículos del Código Penal, introduce figuras concretas de falsedades ideológicas que por su especial relevancia con bienes jurídicos especialmente protegidos son elevadas de manera específica a la categoría de delitos. Esto sucede, entre otros casos, en los delitos societarios en relación con la obligación de que las actividades societarias, que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados. Por esta razón, faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, 10 de diciembre).

O la STS nº 1256/2004 de 10 diciembre : " faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el artículo 290 del Código Penal , que considera como una actividad delictiva el falseamiento de las cuentas anuales o de cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad ".

También la STS nº 625/2009 de 17 junio : " El núcleo de la acción -dice la STS. 932/2006 de 5.10 - consiste en el vocablo "falsear" un documento, lo que nos lleva a considerar incluido en el término todas las modalidades falsarias del art. 390, incluida la 4ª que se conoce como **falsedad ideológica** , porque, en efecto, compartimos la opinión mayoritaria de la doctrina según la cual, aunque la falsedad ideológica ("faltar a la verdad en la narración de los hechos") producida en documento mercantil sea impune respecto a los particulares que la cometan, tal impunidad no se puede extender al delito que comentamos (ver Sentencia de esta Sala 1256/2004 de 10.12 , que sienta la doctrina sobre este tema). En efecto, una cosa es que la alteración de los datos narrados o recogidos en un documento mercantil no sea punible como delito de falsedad y otra es que, en los casos en que el Código recoja como figuras especiales la falsedad en documentos mercantiles contables o de otra naturaleza, el principio de especialidad imponga el castigo de las formas ideológicas de falseamiento de la verdad. Tratándose de delitos especiales, que tienen su propio tratamiento y sanción, como ocurre con el artículo 261 (presentar en procedimiento concursal "datos falsos relativos al estado contable"), las falsedades "instrumentales" en los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social (art. 310) y este propio delito societario, el principio de especialidad se impone y la tipicidad expresa determina la punición de esos hechos".

Si se entiende que hay simulación siempre que, por parte de quien figura como autor del documento, se incluya en el mismo un hecho que no responda a la realidad, es decir, siempre que se falte a la verdad al consignar hechos en el documento, se estaría ampliando desmesuradamente el concepto de simulación, de manera que el apartado 4º del artículo 390.1 carecería de sentido.

Resumidamente, cuando se anotan en la contabilidad operaciones inexistentes, no se simula la existencia de una contabilidad de una empresa real. No se simula un documento, sino que se introducen datos falsos en un documento preexistente. La contabilidad corresponde a esa empresa y, en general, responde a su realidad económica. Aunque, en algunos casos, se incluyan en la misma datos irreales.

Por lo tanto, entiendo que las falsedades incorporadas a la contabilidad de la empresa por parte del acusado, aunque se valoren como el medio utilizado para continuar defraudando mediante actos de apoderamiento ilícito de oro, tal como vienen descritas y salvo que pudieran subsumirse en el artículo 290 CP , lo cual no se plantea en el caso, no serían constitutivas de un delito de falsedad documental de los artículos 392 y 390.1.2º CP .

Miguel Colmenero Menendez de Luarca