



Roj: **STS 1210/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1210**

Id Cendoj: **28079120012019100240**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2019**

Nº de Recurso: **10632/2018**

Nº de Resolución: **192/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10632/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 192/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Belinda**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, que la condenó por delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada, 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 dicha recurrente acusada representada por la Procuradora Sra. Guijarro de Abia, y la recurrida Acusación Particular Carpintería Montero, S.L., representada por la Procuradora Sra. Amasio Díaz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de A Coruña incoó Diligencias Previas con el nº 2863 de 2010 contra Belinda, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, que con fecha 17 de septiembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declaran expresamente como tales: La acusada Belinda, nacida el NUM000 -59, con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, fue empleada durante unos 20 años de la empresa "Carpintería Montero, S.L.", con domicilio social en la carretera de Bens, 42, A Coruña, gozando de la máxima confianza de los tres socios de la misma, los hermanos Juan Miguel, Carlos Manuel y Severino, consistiendo sus funciones en llevar



la contabilidad, las relaciones con la entidad bancaria y efectuar pagos y cobros con la autorización siempre expresa de la empresa para cualquier disposición económica, llevando en general toda la gestión financiera de la misma. Belinda estuvo de baja laboral desde el día 12 de marzo de 2009 hasta el día 28 de octubre de 2009 y desde el día 17 de noviembre de 2009 hasta el 9 de abril de 2010, fecha en la que fue despedida; durante esta situación laboral, la acusada continuaba acudiendo todos los meses a la empresa para controlar los pagos y realizar las diversas operaciones de la mercantil con la entidad bancaria. "Carpintería Montero, S.L." era titular de una cuenta corriente en el Banco Etcheverría, con núm. NUM002, figurando como titulares y autorizados únicamente los tres socios antes aludidos. A lo largo de estos años y aprovechando la total confianza que en ella tenían depositada los socios y para obtener dinero en su propio beneficio y sin que se diesen cuenta aquellos, pasaba a la firma de uno de los socios, normalmente Juan Miguel, documentos de reintegro de efectivo del Banco Etcheverría en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose la acusada con la diferencia, así mismo pasaba a la firma de aquel en los primeros o en los últimos días de cada mes un documento dirigido al banco mencionado con el membrete de la empresa, en el cual figuraba como asunto el pago de las nóminas del mes anterior, documento elaborado a través de impresora, en el que figuraba una partida o cantidad para pagos de nóminas mediante talones nominativos y transferencias, figurando también un concepto o partida de retiro por caja en efectivo, en el que no aparecía cantidad alguna al pasarlo a la firma, añadiendo la acusada en tal documento y una vez firmado, una cantidad de dinero escrito a máquina que luego ella misma retiraba en efectivo para su propio beneficio. De este modo, realizó múltiples retiradas en efectivo de la cuenta del Banco Etcheverría, desde el año 2002 hasta el 17 de noviembre de 2009, en concreto en el año 2009 llega a un total de 59 reintegros, por importes que iban desde los 1.800 euros en 26 de febrero de 2009 a cantidades más importantes como las retiradas en 29 de enero de 2009 por importe de 31.830 euros, 2 de marzo de 2009 por importe de 26.600 euros, 2 de abril de 2009 por importe de 33.260 euros, 30 de abril de 2009 por importe de 34.000 euros, 2 de junio de 2009 por la cifra de 33.000 euros, 2 de julio de 2009 por importe de 37.500 euros, 8 de julio de 2009 en que retira 10.540 euros, 31 de julio de 2009 que asciende a la cantidad de 51.000 euros, 2 de septiembre de 2009 por importe de 41.600 euros, 2 de octubre de 2009 por la cifra de 31.100 euros y 2 de noviembre de 2009 por la suma de 33.120 euros. La operativa ideada por la acusada terminaba entregando a los socios unos lirados de movimientos que previamente había corregido, haciendo recortes de otros listados de movimientos, pegando encima de los reintegros en efectivo, cargo de cheques y otro tipo de operaciones, haciendo finalmente una fotocopia de los documentos alterados para que aquellos no se diesen cuenta de las cantidades en efectivo que la misma había retirado en el banco, en su propio y único beneficio, y de la alteración ejecutada. Además, la acusada Belinda hizo suyos seis cheques bancarios de la empresa, los cuales figuraban al portador y habían sido formados por Juan Miguel, cuatro de ellos los cubrió a mano la acusada y otros dos a máquina, los efectos bancarios ascendían a importe total de 153.000 euros, que ingresó en la cuenta corriente núm. NUM003, que la misma tenía como titular con su esposo fallecido en la entidad Caixa Galicia (actualmente ABANCA). Los mencionados talones al portador del Banco Etcheverría con núm. NUM004, NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, NUM009, se libraron por importe de 31.000 euros, 21.000 euros, 31.000 euros, 21.000 euros, 26.000 euros y 23.000 euros, respectivamente. A fecha 17-11-09, que fue cuando empezó la segunda baja la acusada, existía un descuadre entre el saldo de la cuenta que la empresa tenía en el Banco Etcheverría según la contabilidad de la empresa "Carpintería Montero S.L." y el saldo que figura en los extractos bancarios facilitados por dicha entidad bancaria por importe de 1.47.913,33 euros, que fue la cantidad obtenida por la acusada, siendo su conducta el motivo de que fuese despedida de la empresa".

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

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Belinda, como autora penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por razón de abuso de firma, por razón de la cuantía y por abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena conjunta de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de ONCE MESES con cuota diaria de SEIS EUROS, sin que proceda la imposición de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a tenor de la duración de la pena de prisión, con imposición de las costas causadas, entre las que se incluyen las ocasionadas por la acusación particular. Belinda indemnizará a "Carpintería Montero S.L.", en la persona de su representante legal, en la cantidad de 1.477.913,33 euros, cantidad que devengará los intereses del artículo 1108 del Código Civil y del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ejecución de sentencia abónese el tiempo de prisión provisional sufrido por el acusado durante la tramitación de la causa. La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal".



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de la acusada **Dña. Belinda** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Belinda** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- A. Motivo de casación por infracción de precepto constitucional. 1º. El artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) en su contenido de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, motivación de la sentencia. En base al art. 852 de la LECrim ., con fundamento en la infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , con motivo de infracción del art. 24 CE , al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, al no existir verdadera prueba de cargo para desvirtuar la inocencia de la acusada D^a Belinda .

Segundo.- B. Infracción de ley, art. 849.2 L.E.Cr ., por error en la apreciación de la prueba. Ante la inexistencia de prueba de cargo bastante para sustentar la condena impuesta por la Audiencia por el delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa, y por documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador.

Tercero.- C. Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 392 en relación con el art. 390.1 num. 1º y 2º y 74 del Código Penal , en relación de concurso medial con 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª CP (circunstancias 4ª, 6ª y 7ª 4 en la redacción vigente al tiempo de cometer los hechos), así como del artículo art. 77 del Código Penal , al haberse producido la condena de D^a Belinda a pesar de no haber cometido ningún tipo de falsedad ni estafa.

Cuarto.- D. Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr . Se fundamenta este motivo en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida desestimación de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas, prevista en el art. 21.6 del Código Penal .

Quinto.- E. Infracción por quebrantamiento de forma. Art. 851.1 L.E.Cr , al resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados, y se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, se opuso a todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Carpintería Montero, S.L., quien impugnó la admisión del recurso, 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 2 de abril de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2018, pronunciada por la Audiencia Provincial de La Coruña que condenó a Belinda , como autora penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por razón de abuso de firma, por razón de la cuantía y por abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena conjunta de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de ONCE MESES con cuota diaria de SEIS EUROS, sin que proceda la imposición de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a tenor de la duración de la pena de prisión, con imposición de las costas causadas, entre las que se incluyen las ocasionadas por la acusación particular.

Belinda indemnizará a "Carpintería Montero S.L.", en la persona de su representante legal, en la cantidad de 1.477.913,33 euros, cantidad que devengará los intereses del artículo 1108 del Código Civil y del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEGUNDO.- Primero.- A. Motivo de casación por infracción de precepto constitucional. 1º. El artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) en su contenido de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, motivación de la sentencia. En base al art. 852 de la LECrim ., con fundamento en la infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , con motivo de infracción del art. 24 CE , al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, al no existir verdadera prueba de cargo para desvirtuar la inocencia de la acusada D^a Belinda .



Señala la recurrente que no son las declaraciones de la querellante particular ni las de los testigos, suficientes ni bastantes para concluir la responsabilidad de la acusada como autora del delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por razón de abuso de firma, por razón de la cuantía y por abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, por el cual ha resultado condenada. Tampoco lo es la documental ni la pericial, que revelan simplemente un descuadre contable, y la no llevanza de los libros obligatorios de contabilidad, de los que no es responsable.

Se incide en que solo hay una remisión genérica a la documental y pericial, entendiéndose que no hay prueba suficiente de que hubiera llevado a cabo las apropiaciones de dinero.

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, inmediación 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 inmediación, 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 inmediación 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 inmediación, 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 aquélla 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 inmediación 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).

Pues bien, dado que la recurrente cuestiona el valor de la prueba de cargo que entiende el Tribunal que ha existido debemos analizar el grado de motivación de la sentencia en el análisis de la valoración de la prueba. Y así, destaca el Tribunal que:

"Nos encontramos ante una negación de los hechos por parte de Belinda, a salvo de su dependencia laboral y periodos de baja junto al despido, y un intento de crear toda una serie de cortinas de humo, para justificar las evidentes retiradas de efectivo del Banco Etchevarría, los cobros de cheque, y las cantidades ingresadas en su cuenta de Caixa Galicia, todo ello derivado de una rotunda documental unida y repetida a lo largo de los tomos que forman la causa, para ello, manifiesta que nunca acudió a la oficina del Banco Etcheverría sola, que siempre lo hacía con uno de los socios, que había una contabilidad en B, incluso nos habla de pagas ocultas a empleados, pagos de comisiones a su persona derivado de horas extra y venta de activos en otra empresa en la participan los socios, y entregas de dinero a "amigas" de los socios.

Estas afirmaciones están exentas de prueba alguna y se desvanecen en el aire a poco que se examine la documental y la testifical practicada, de un lado, los socios niegan estas prácticas, de otro, la documental que ocupa la mayor parte de los tomos I y II de los autos, y la totalidad del tomo IV indican que los reintegros sobre la cuenta de la empresa se hacían en su mayor parte con la única firma de Belinda, lo que unido a las declaraciones de los empleados de la entidad bancaria nos sitúa en otro escenario.



Belinda acudía sola a la entidad bancaria, por sus propias funciones y por la confianza que habían depositado en ella los socios, y si algún documento bancario aparece firmado previamente se debe a que el socio, la mayoría de las veces Juan Miguel y otras Carlos Manuel , firmaban en la empresa los reintegros.

Niega Belinda que llevase la contabilidad de la empresa, sin embargo, reconoce que efectuaba en el ordenador y libros toda la serie de apuntes contables: de la empresa que trasladaba a posteriori a la asesoría, niega también que confeccionase las nóminas de cada uno de los trabajadores, pero admite que elaboraba toda la serie de documentos que se aportaron al inicio del procedimiento (los obrantes en el tomo I, sirvan de ejemplo los folios 60, 62, 64, 66, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 79 y 81 de los autos) que recogían el total de la nóminas de cada uno de los meses del año 2006, 2007, 2008 y 2009, el documento en cuestión se elabora informáticamente por la acusada y se pasaba a la firma de Juan Miguel (quien reconoce su firma en estos documentos) y la razón que ofrece la acusada para explicar a la Sala la distinta letra del documento (hecho relevante para las acusaciones) es el pago de comisiones y dinero en B que se retiraba de la cuenta para pago de proveedores y empleados, nula prueba ofrecida y practicada a instancia de la defensa que respalde tal aseveración.

Es más, contamos con el testimonio de dos de los socios, el otro ha fallecido a lo largo del procedimiento, la testifical del hijo del socio fallecido, que a raíz de las bajas de la acusada asumió las labores de contabilidad en la sociedad, las declaraciones de los empleados de la entidad bancaria, y la pericial contable practicada a instancia de las acusaciones, profusa y categórica prueba que acredita todos y cada uno de los hechos del relato fáctico, es así:

a) los socios nos describen el modo en que se funcionaba o se realizaban los pagos, someramente Carlos Manuel , pues tenía otras labores en la empresa y más minuciosamente Juan Miguel ,

b) la acusada admite que realizaba todas las imputaciones contables y que entregaba toda la documentación a la asesoría, mensualmente afirma, el resultado de la prueba pericial indica que existían muchas retiradas de efectivo y cheques no contabilizados;

c) la acusada señala que el correo de la entidad lo recibían en la empresa y lo abría Carlos Manuel , esta afirmación se niega por el socio, que afirma que no abría el correo sino que le daban los extractos bancarios del Etcheverría ya abiertos, lo que se puede relacionar con las manifestaciones de Jenaro , interventor de la sucursal, quien señala, a preguntas de la defensa, que normalmente los extractos se retiraban en la oficina, se entregaban al que venía, normalmente se le daban a Belinda , más aún, a la denuncia se unen toda una serie de recortes (folios 131 y siguientes) que ponen luz sobre la forma de manipular los extractos que tenía la acusada, Belinda no ofrece explicación alguna sobre estos recortes que se encontraran en su mesa, como tampoco sobre el efectivo que se encontró en su puesto de trabajo;

d) la testifical revela a la Sala el modo en que se percata la empresa del desfase "situación contable - situación real o bancaria", dadas las bajas de Belinda , Luis que llevaba tareas administrativas y que en esos momentos empieza a realizar funciones de contabilidad (esta persona es hoy socio de la empresa tras la muerte de su padre entonces socio) explica la mecánica de confección del documento de pago de nóminas, se recibían nóminas por e-mail, se calculaba la cantidad total en el documento que se bajaba al banco se hacían los listados de transferencias y cheques pero el segundo cajetín "retiro por CAJA en Efectivo" se dejaba siempre en blanco dado que no se pretendía realizar retirada alguna (véase por ejemplo los folios 116 y 118 que corresponden a periodos de baja de la acusada), luego se pasaba a la firma de Juan Miguel , pero Belinda acudía durante la baja para llevar estos documentos al banco, y era en ese momento cuando cubría a mano o máquina ese cajetín y la forma de entregar el efectivo, sin embargo, Luis solicita el servicio de banca on line y es entonces cuando se percatan de la situación real de la empresa, y comprueban que había más de 42 reintegros sin contabilizar y que Belinda acudió al banco en 26 ocasiones durante la baja a retirar efectivo;

e) vuelve el empleado de la entidad bancaria a aclarar este extremo, afirmando que se ofreció a la acusada en varias ocasiones el servicio de banca on line y fue rechazado por ella, y cuando entró Luis lo solicitó;

f) narra también Juan Miguel el incidente que ocurre el 23 de diciembre de 2009, con motivo de las nóminas de diciembre, el llevó a Belinda hasta la oficina, como acostumbraba pero no entró en la oficina, fue hasta un local cercano, era consciente de que no había ninguna retirada en efectivo que realizar y ya sospechaban de las prácticas de Belinda , él sólo firmaba el pago de las nóminas, regresa a la entidad y se encuentra con que Belinda pretendía realizar una retirada de aproximadamente 30.000 euros, que él anula.

Su relato se afirma con la declaración del interventor de la entidad que explica cómo tenía el dinero preparado, llegó Juan Miguel y la increpó, "que no había que hacer pagos", ella dijo que lo dejaba, "el día de diciembre le dio la impresión que la pillarán".

Toda la serie de reintegros y cobros indebidos resulta de la extensa documental unida a los autos, en el tomo I de la causa, consta unido a cada documento autorizando el pago de las nóminas, firmado por Juan Miguel ,



el reintegro correspondiente que se mecanografió o cubrió a mano y a posteriori por la acusada, los reintegros originales constan en el tomo IV de la causa, la totalidad de los extractos contables del Banco Etcheverría obran al tomo V de la causa, los cheques bancarios en el tomo I, el extracto bancario de la cuenta de la acusada en la entidad Caixa Galicia en el tomo I (folios 210 y siguientes de los autos), donde figuran los asientos contables de cada uno de los cheques al portador que percibió la acusada por importes de 31.000 euros (cheque núm. NUM004) y 21.000 euros (cheque núm. NUM005) en asiento de su cuenta de 27 de febrero de 2009, los de igual importe (cheques núm. NUM006 y núm. NUM007) en asiento de su cuenta de 11 de junio de 2009 y los de importe 26.000 euros (cheque núm. NUM008) y 23.000 euros (cheque núm. NUM009) en asiento de su cuenta de 23 de septiembre de 2009 (extractos a los folios 211 y 212 de los autos).

Se cierra la prueba con la pericial contable no impugnada ni contradicha por la defensa. En ella se analiza y compara la información de saldos y movimientos bancarios recogidos en los libros de contabilidad de la mercantil, durante el periodo 2004 a 2009 y la información sobre saldos y movimientos bancarios que figuran en los extractos y justificantes bancarios aportados por el Banco Etcheverría, relativos a la cuenta NUM002 , determinando el descuadre existente entre los saldos.

La pericial acredita que en todos los ejercicios existen diferencias importantes (se expresan en el cuadro al folio 956 de la causa) y se llega a la cifra final de 1.477.913,33 euros, en base a las retiradas en efectivo no contabilizadas y no registradas en el Libro Diario, el saldo contable considerando las partidas de conciliación a 31 de diciembre de 2008 y 17 de noviembre de 2009 (fecha de la segunda baja de la acusada y momento en que registran la totalidad de los apuntes contables en la empresa) y el saldo real en la entidad bancaria.

En definitiva, la prueba de las acusaciones es la única eficaz en juicio, llegando la Sala a la formación de la convicción para dictar la presente resolución en base a la misma, se ha acreditado más allá de toda duda racional la autoría de la acusada y el contenido de su acción o conducta, se ha llegado a una certeza objetiva que aleja toda duda (SS TS 782/2017, de 30 de noviembre , 932/2016, de 15 de noviembre)".

Frente al alegato de la recurrente de que las extracciones estaban autorizadas, o de otros destinos, así como que no hay prueba bastante y que no lo es la testifical ni la documental ni la pericial, que revelan simplemente un descuadre contable, bien es cierto que el Tribunal ha llevado a cabo un esfuerzo de motivación y análisis de las pruebas practicadas, así como ha detallado la documental, cuál es, pero sobre todo la pericial no impugnada en relación a la comparación de la información de saldos y movimientos bancarios recogidos en los libros de contabilidad de la mercantil, durante el periodo 2004 a 2009 y la información sobre saldos y movimientos bancarios que figuran en los extractos y justificantes bancarios aportados por el Banco Etcheverría, relativos a la cuenta NUM002 , determinando el descuadre existente entre los saldos. La pericial acredita, al decir del Tribunal ante quien se ha practicado la prueba, que en todos los ejercicios existen diferencias importantes (se expresan en el cuadro al folio 956 de la causa) y se llega a la cifra final de 1.477.913,33 euros, en base a las retiradas en efectivo no contabilizadas y no registradas en el Libro Diario, el saldo contable considerando las partidas de conciliación a 31 de diciembre de 2008 y 17 de noviembre de 2009 (fecha de la segunda baja de la acusada y momento en que registran la totalidad de los apuntes contables en la empresa) y el saldo real en la entidad bancaria.

Así, frente al alegato de la presunción de inocencia debe entenderse que exista abundante prueba de cargo de su responsabilidad penal perfectamente detallada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Segundo.- B. Infracción de ley, art. 849.2 L.E.Cr ., por error en la apreciación de la prueba. Ante la inexistencia de prueba de cargo bastante para sustentar la condena impuesta por la Audiencia por el delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa, y por documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador.

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 intermediación 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).

La recurrente pretende alterar el contenido de la valoración del Tribunal en un modus operandi que ha quedado perfectamente descrito en los hechos probados, y relacionado en la fundamentación jurídica. Cuestiona la conclusión del informe pericial, pero no se aporta una alternativa que en base a una pericia que hubiera analizado con auditoría contable el estado de los ingresos y salidas en las épocas citadas hubiera contrarrestado la pericial tenida en cuenta por el Tribunal. No existe probanza alternativa, y las dudas alegadas por la recurrente no se trasladan al resultado de la prueba practicada en cuanto a una operatividad relativa a:

1.- Aprovechamiento de la confianza puesta en ella por los socios.

2.- Pasaba a la firma de uno de los socios, normalmente Juan Miguel , documentos de reintegro de efectivo del Banco Etcheverría en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose la acusada con la diferencia.

3.- Pasaba a la firma de aquel en los primeros o en los últimos días de cada mes un documento dirigido al banco mencionado con el membrete de la empresa, en el cual figuraba como asunto el pago de las nóminas del mes anterior, documento elaborado a través de impresora, en el que figuraba una partida o cantidad para pagos de nóminas mediante talones nominativos y transferencias, figurando también un concepto o partida de retiro por caja en efectivo, en el que no aparecía cantidad alguna al pasarlo a la firma, añadiendo la acusada en tal documento y una vez firmado, una cantidad de dinero escrito a máquina que luego ella misma retiraba en efectivo para su propio beneficio.

4.- 59 reintegros llevados a cabo.

5.- Para evitar ser descubierta entregaba a los socios unos listados de movimientos que previamente había corregido, haciendo recortes de otros listados de movimientos, pegando encima de los reintegros en efectivo, cargo de cheques y otro tipo de operaciones, haciendo finalmente una fotocopia de los documentos alterados para que aquellos no se diesen cuenta de las cantidades en efectivo que la misma había retirado en el banco, en su propio y único beneficio, y de la alteración ejecutada.

6.- Se apropia de seis cheques bancarios de la empresa, los cuales figuraban al portador y habían sido firmados por Juan Miguel , cuatro de ellos los cubrió a mano la acusada y otros dos a máquina.

7.- La pericial acredita que en todos los ejercicios existen diferencias importantes (se expresan en el cuadro al folio 956 de la causa) y se llega a la cifra final de 1.477.913,33 euros, en base a las retiradas en efectivo no contabilizadas y no registradas en el Libro Diario, el saldo contable considerando las partidas de conciliación a 31 de diciembre de 2008 y 17 de noviembre de 2009 (fecha de la segunda baja de la acusada y momento en que registran la totalidad de los apuntes contables en la empresa) y el saldo real en la entidad bancaria.

8.- No existe prueba alguna de que existiera una contabilidad en B, o pagas ocultas a empleados, pagos de comisiones a su persona derivado de horas extra y venta de activos en otra empresa en la que participan los socios, y entregas de dinero a socios, según alega la recurrente. Lo rechaza el Tribunal en base a la prueba testifical, documental y pericial relacionada, que es concluyente.



El motivo se desestima.

CUARTO .- Tercero.- C. Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 392 en relación con el art. 390.1 num. 1º y núm. 2º y 74 del Código Penal , en relación de concurso medial con 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª CP (circunstancias 4ª, 6ª y 7ª 4 en la redacción vigente al tiempo de cometer los hechos), así como del artículo art. 77 del Código Penal , al haberse producido la condena de Dª Belinda a pesar de que no ha haber cometido ningún tipo de falsedad ni estafa.

El Tribunal califica los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en los artículos 392 del Código Penal en relación con el artículo 390.1 núm. 1º y núm. 2º y artículo 74 del Código Penal , en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada (por abuso de firma, por la cuantía de lo defraudado y por abuso de confianza) de los artículos 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª (circunstancias 4ª, 6ª y 7ª en la redacción vigente al tiempo de cometer los hechos), resulta de aplicación a efectos de penalidad lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal .

La recurrente señala que no existe prueba de falsedad alguna ni manipulación.

a.- *Falsedad documental.*

Con respecto a la falsedad señala el Tribunal que:

"Se dan todos los elementos del delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 del Código Penal , según el concepto que recogen las SS TS de 17 de febrero de 2015 , 18 de diciembre de 2012 y 2 de noviembre de 2011 .

1.-Se modifican después de firmados varios documentos, de un lado, las órdenes mensuales firmadas por Juan Miguel para el pago de las nóminas, en donde se introducían, a posteriori de la firma, cantidades en la partida retirada en efectivo.

2.- De otro lado, se alteraban los extractos bancarios remitidos por el Banco Etcheverría mediante la elaboración de un documento en el que se modificaban los conceptos por otros no existentes, logrando así un documento inveraz que aparentaba un estado de la cuenta bancaria que no se correspondía con la realidad.

3.- Finalmente, se introducen en cheques de la empresa ya firmados cantidades no autorizadas .

Es decir, con un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido se ejecutan una pluralidad de acciones típicas, homogéneas en cuanto al modus operandi que viola la misma norma, conexas en el tiempo y el espacio, realizadas con un dolo global o de conjunto y que afectan a un bien jurídico no eminentemente personal.

Se altera la verdad en algunos elementos esenciales de la orden de pago al banco para las nóminas mensuales con la finalidad de retirar en efectivo cantidades que no se contabilizaban a posteriori, junto a ello se alteraban también los extractos que remitía la entidad bancaria ofreciendo a los socios un estado de la cuenta que no se correspondía con la realidad, y, se creaban documentos de pago (cheques) que no respondía al pago de servicio alguno por la mercantil, de esta forma, se pretendía facilitar con el complejo documental al que se incorpora el instrumento mendaz y lograr un *enriquecimiento para la acusada* que, en otro caso, no podría haber conseguido".

Nótese que es hecho probado que la recurrente:

"En su propio beneficio y sin que se diesen cuenta aquellos, pasaba a la firma de uno de los socios, normalmente Juan Miguel , documentos de reintegro de efectivo del Banco Etcheverría en el que **figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior**, quedándose la acusada con la diferencia, así mismo pasaba a la firma de aquel en los primeros o en los últimos días de cada mes un documento dirigido al banco mencionado con el membrete de la empresa, en el cual figuraba como asunto el pago de las nóminas del mes anterior, documento elaborado a través de impresora, en el que figuraba una partida o cantidad para pagos de nóminas mediante talones nominativos y transferencias, figurando también un concepto o partida de retiro por caja en efectivo, en el que no aparecía cantidad alguna al pasarlo a la firma, **añadiendo la acusada en tal documento y una vez firmado, una cantidad de dinero escrito a máquina que luego ella misma retiraba en efectivo para su propio beneficio** " .

Con este modus operandi consta probado que "realizó múltiples retiradas en efectivo de la cuenta del Banco Etcheverría, desde el año 2002 hasta el 17 de noviembre de 2009, en concreto en el año 2009 llega a un total de 59 reintegros".

Como complemento de la operación consta probado que:



"La operativa ideada por la acusada terminaba entregando a los socios unos listados de movimientos que previamente había corregido, haciendo recortes de otros listados de movimientos, **pegando encima de los reintegros en efectivo, cargo de cheques y otro tipo de operaciones, haciendo finalmente una fotocopia de los documentos alterados para que aquellos no se diesen cuenta de las cantidades en efectivo que la misma había retirado en el banco** , en su propio y único beneficio, y de la alteración ejecutada".

Resulta evidente la falsedad documental llevada a cabo, toda vez que se hace constar que "se **modifican después de firmados varios documentos** , de un lado, las órdenes mensuales firmadas por Juan Miguel para el pago de las nóminas, en donde **se introducían, a posteriori de la firma, cantidades en la partida retirada en efectivo**, de otro lado, **se alteraban los extractos bancarios remitidos por el Banco Etcheverría mediante la elaboración de un documento en el que se modificaban los conceptos por otros no existentes**, logrando así un documento inveraz que aparentaba un estado de la cuenta bancaria que no se correspondía con la realidad, finalmente, **se introducen en cheques de la empresa ya firmados cantidades no autorizadas** ". Se añade que "a la denuncia se unen toda una serie de recortes (folios 131 y siguientes) que ponen luz sobre la forma de manipular los extractos que tenía la acusada, Belinda no ofrece explicación alguna sobre estos recortes que se encontraran en su mesa, como tampoco sobre el efectivo que se encontró en su puesto de trabajo".

Resulta relevante la declaración del testigo Luis , señalando el Tribunal que "llevaba tareas administrativas y que en esos momentos empieza a realizar funciones de contabilidad (esta persona es hoy socio de la empresa tras la muerte de su padre entonces socio) explica la mecánica de confección del documento de pago de nóminas, se recibían nominas por e-mail, se calculaba la cantidad total en el documento que se bajaba al banco se hacían los listados de transferencias y cheques pero el segundo cajetín "retiro por CAJA en Efectivo" se dejaba siempre en blanco dado que no se pretendía realizar retirada alguna (véase por ejemplo los folios 116 y 118 que corresponden a periodos de baja de la acusada), luego se pasaba a la firma de Juan Miguel , pero Belinda acudía durante la baja para llevar estos documentos al banco, y era en ese momento cuando cubría a mano o maquina ese cajetín y la forma de entregar el efectivo, sin embargo, Luis solicita el servicio de banca on line y es entonces cuando se percatan de la situación real de la empresa, y comprueban que había más de 42 reintegros sin contabilizar y que Belinda acudió al banco en 26 ocasiones durante la baja a retirar efectivo".

Refleja el Tribunal en relación a las alteraciones que "la razón que ofrece la acusada para explicar a la Sala la distinta letra del documento (hecho relevante para las acusaciones) es el pago de comisiones y dinero en B que se retiraba de la cuenta para pago de proveedores y empleados, nula prueba ofrecida y practicada a instancia de la defensa que respalde tal aseveración", circunstancia ésta carente de prueba, sino todo lo contrario, la documental y testifical arroja la conclusión de la alteración documental.

La documental que lo corrobora está relacionada por el Tribunal al señalar que:

"Toda la serie de reintegros y cobros indebidos resulta de la extensa documental unida a los autos, en el tomo I de la causa, consta unido a cada documento autorizando el pago de las nóminas, firmado por Juan Miguel , el reintegro correspondiente que se mecanografió o cubrió a mano y a posteriori por la acusada, los reintegros originales constan en el tomo IV de la causa, la totalidad de los extractos contables del Banco Etcheverría obran al tomo V de la causa, los cheques bancarios en el tomo I, el extracto bancario de la cuenta de la acusada en la entidad Caixa Galicia en el tomo I (folios 210 y siguientes de los autos), donde figuran los asientos contables de cada uno de los cheques al portador que percibió la acusada por importes de 31.000 euros (cheque núm. NUM004) y 21.000 euros (cheque núm. NUM005) en asiento de su cuenta de 27 de febrero de 2009, los de igual importe (cheques núm. NUM006 y núm. NUM007) en asiento de su cuenta de 11 de junio de 2009 y los de importe 26.000 euros (cheque núm. NUM008) y 23.000 euros (cheque núm. NUM009) en asiento de su cuenta de 23 de septiembre de 2009 (extractos a los folios 211 y 212 de los autos)".

La operación falsaria es notoria y evidente para conseguir el fin del desplazamiento patrimonial con engaño de la sociedad y a sus socios.

Ahora bien, a la hora de aplicar el concurso medial de la falsedad con la estafa por la vía del art. 77 CP resulta que esta Sala del Tribunal Supremo ha destacado en varias sentencias, entre ellas, 552/2012 de 2 Jul. 2012, Rec. 1982/2011 que: "La STS 640/2007 de 6 de julio , que: "Es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 C.P ; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o para perjudicar a otro viene incluido en el art. 395 CP , no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro.



Reafirmando la misma idea, esta Sala ha dicho que la falsedad en documento privado actúa respecto de la estafa a manera de círculos concéntricos en virtud de aquella nota específica de engaño con la consecuencia inherente de que la estafa queda apartada y destipificada por la falsificación, eliminando la posibilidad del concurso de delitos, por lo que es preciso elevar estos supuestos al concurso de normas (art. 8-4º C.P). Véase, entre otras, las sentencias de esta Sala nº 2015 de 29-octubre-2001 ; nº 975 de 24-mayo-2002 ; nº 992 de 3-julio-2003 ; nº 1229 de 3-diciembre-2004 y nº 1097 de 10-noviembre-2006 . En el mismo sentido la STS 1249/2011 de 22 de noviembre ".

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 246/2005 de 25 Feb. 2005, Rec. 1754/2003 se admitió la aplicación el concurso medial entre estafa y falsedad a la acusada, que imitó la firma de su marido enfermo en documentos de reintegro bancario para incorporar a su patrimonio el dinero procedente de la venta de bienes privativos del esposo.

Nótese la naturaleza mercantil del art. 392 CP en relación con el art. 390 CP de los documentos, dado que nos encontramos ante reintegros, cheques firmados o documentos autorizando el pago de nóminas. En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 37/2013 de 30 Ene. 2013, Rec. 428/2012 destacamos que "hemos de partir de la condición de documentos mercantiles aquellos documentos bancarios que reflejan realidades económicas que afectan a terceros, como son los clientes del banco, como son impresos de ingresos, reintegros, transferencias, y otros semejantes que constituyen soportes materiales destinados a incorporar datos y hechos con eficacia probatoria y con una inequívoca relevancia jurídica en el tráfico habitual del banco con sus clientes (STS. 1445/99 de 18.10). En este sentido la STS. 1104/2002 de 10.6 , precisa que dentro del un tanto impreciso concepto de documento mercantil se incluyen no solamente los cheques, sino también las solicitudes de talonarios, las órdenes de transferencias y los extractos de cuentas corrientes".

b.- Estafa

Señala el Tribunal para la condena por estafa que "resultan aplicables las agravaciones contenidas en los números 2, núm. 5 y número 6 del artículo 250.1 del Código Penal , en el primer caso, núm. 2 (firma en blanco), se agrava la conducta o el actuar de la acusada al utilizar documentación (reintegros, cheques firmados o documentos autorizando el pago de nóminas) para un fin distinto a los anunciados.

También concurre la continuidad delictiva en el delito de estafa y la especial agravación por el valor de la defraudación, núm. 5 del artículo 250.1 del Código Penal , no estamos en el caso de prohibición de doble valoración (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007) pues no sólo la totalidad de la defraudación o suma de las defraudaciones supera la cantidad de 50.000 euros (los 36.000 euros considerados en la situación anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010) sino que también una de las operaciones, la retirada de efectivo que se efectúa el día 31 de julio de 2009 lo es por importe de 51.000 euros, es decir, al menos una de las operaciones supera ese tope (vid. SS TS 20 de octubre de 2016 , 17 de enero de 2013 , 9 de diciembre de 2011 y 9 de junio de 2011).

Además, estamos ante la agravación del núm. 6 del artículo 250-1 del Código Penal , es evidente su naturaleza o base personal, se caracteriza por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza".

1.- La agravante de abuso de relaciones personales del nº 6 del art. 250 CP .

Señala la recurrente que no concurre "abuso de confianza", circunstancia ésta que debe rechazarse, ya que resulta evidente que el poder otorgado a la recurrente en cuanto a las autorizaciones para llevar el estado de ingresos y pagos supone que cuando se altera esta situación se quiebra la confianza que se había depositado en quien es receptor de esta autorización moral y física por parte de los socios, quiénes en ningún momento pueden pensar que vaya a llevar a cabo conductas con ánimo de lucro, engaño bastante y apropiativas de importes que pertenecen a la empresa y no a la recurrente.

Se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 520/2015 de 16 Sep. 2015, Rec. 484/2015 , sobre esta circunstancia agravante que se aplica en los delitos de estafa del art. 248, y de administración desleal del art. 252 y apropiación indebida del art. 253 CP , señalando que "dicha circunstancia de agravación supone la existencia de un plus respecto al abuso insito en todo delito de estafa que tiene por presupuesto un engaño.

Justifica esta aplicación de la agravante el Tribunal en razón a que apunta que se pone el acento en que es evidente su naturaleza o base personal, y se caracteriza por:

a.- La especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza (STS 20 de junio de 2001).

b.- Supone que su aplicación se deriva de una relación distinta de la que por sí misma ya se presenta en la propia arquitectura de la figura delictual, la agravación (STS 12 de diciembre de 2014) "quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica,



subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la **situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente** " (en igual sentido STS 25 de enero de 2018 , 15 de diciembre de 2017 , 12 de diciembre de 2016 , 25 de abril de 2016 y 27 de noviembre de 2010).

c.- (STS 15 de diciembre de 2017). El subtipo "se estructura sobre dos ideas claves:

c.-1.- La primera de ellas - **abuso de relaciones personales** -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima.

c.-2.- La segunda - **abuso de la credibilidad empresarial o profesional** -, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4; y 813/2009, de 7-7)", ponderación al presentar muchos puntos de coincidencia con el engaño como elemento del tipo "de modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales queda reservada para aquellos supuestos en los que **además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente** ; en definitiva, un **plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito** en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1038/2003 de 16 Jul. 2003, Rec. 1011/2002 se apunta que es, precisamente, este abuso de las relaciones personales, que no integra el engaño pero lo facilita, lo que el Legislador estima que debe ser sancionado de modo agravado. Con ello, existe ese plus propio al del engaño, ya que el Tribunal lo justifica, como está obligado, apuntando que *Se da en los autos esa mayor gravedad al unirse al engaño propio del delito de estafa la especial relación laboral y de confianza que ligaba a la acusada con los socios de la empresa "Carpintería Montero S.L." y que se trasladaba a los empleados del Banco Etcheverría, relación laboral que databa de más de veinte años, las tareas específicas que llevaba a cabo, contabilidad de la empresa, anotación de todos los apuntes contables, elaboración de la documentación para el pago de nóminas, apertura del correo, llevanza de facturas, pase de la firma, llevanza de los pagos, reintegros y cheques una vez firmados a la entidad bancaria, incluso la retirada de la pensión que por jubilación percibía uno de los socios en otra cuenta, previa firma del talón de reintegro.*

Es decir, no se trata del engaño bastante y propio determinante de la estafa, sino que ese "plus" que exige la agravación queda constatado en la sentencia. Consta, así, en el hecho probado que: *la recurrente estuvo 20 años de la empresa "Carpintería Montero, S.L.", con domicilio social en la carretera de Bens, 42, A Coruña, gozando de la máxima confianza de los tres socios de la misma, los hermanos Juan Miguel , Carlos Manuel y Severino , consistiendo sus funciones en llevar la contabilidad, las relaciones con la entidad bancaria y efectuar pagos y cobros con la autorización siempre expresa de la empresa para cualquier disposición económica, llevando en general toda la gestión financiera de la misma.*

Es decir, que el basamento de todo el modus operandi de la recurrente estaba basado, precisamente, en esa confianza previa que había adquirido, que por sí misma integra la agravación más allá del "engaño bastante" propio de la estafa y del que supone ese plus antes referenciado. Para aplicar esta agravación es preciso que conste, como así ocurre en el presente caso, una relación *ex ante* que facilite la comisión del tipo penal y que conlleve una imprevisibilidad de los acontecimientos ilícitos de la persona en quien tienen depositada su confianza los perjudicados.

Y prueba evidente de ello es que la recurrente tenía la capacidad de llevar a cabo un acto que supone o integra la máxima confianza, como lo es la actividad denominada como "de pasar a la firma", acto que constituye absoluta confianza en quien presenta un documento a la firma, a sabiendas quien lo firma de la absoluta corrección del contenido de ese documento que lo firma sin dudar de la veracidad y corrección de su contenido y su no alteración, añadido o complemento de ningún tipo.

Así, recoge el Tribunal que: *A lo largo de estos años y aprovechando la total confianza que en ella tenían depositada los socios y para obtener dinero en su propio beneficio y sin que se diesen cuenta aquellos, pasaba a la firma de uno de los socios, normalmente Juan Miguel , documentos de reintegro de efectivo del Banco Etcheverría en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose la acusada con la diferencia, así mismo pasaba a la firma de aquel en los primeros o en los últimos días de cada mes un documento dirigido al banco mencionado con el membrete de la empresa, en el cual figuraba como asunto el pago de las nóminas del mes anterior, documento elaborado a través de impresora, en el que figuraba una partida o cantidad para pagos de nóminas mediante talones nominativos y transferencias, figurando también*



un concepto o partida de retiro por caja en efectivo, en el que no aparecía cantidad alguna al pasarlo a la firma, añadiendo la acusada en tal documento y una vez firmado, una cantidad de dinero escrito a máquina que luego ella misma retiraba en efectivo para su propio beneficio. De este modo, realizó múltiples retiradas en efectivo de la cuenta del Banco Etcheverría".

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

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

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

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

- 1.- Además de quebrantar la confianza genérica subyacente en los delitos que se remiten al art. 250 CP se comete el delito desde una situación de **mayor confianza o mayor credibilidad** que caracteriza a determinadas relaciones previas.
- 2.- Acreditación de la confianza con atropello a la fidelidad, lo que aquí consta claramente al firmarle los documentos que les presentaba " a la firma", prueba evidente de una máxima confianza absoluta.
- 3.- El presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa. Incide en ello el Tribunal al mencionar "la relación laboral que databa de más de veinte años, las tareas específicas que llevaba a cabo, contabilidad de la empresa, anotación de todos los apuntes contables, elaboración de la documentación para el pago de nominas, apertura del correo, llevanza de facturas, pase de la firma, llevanza de los pagos, reintegros y cheques una vez firmados a la entidad bancaria, incluso la retirada de la pensión que por jubilación percibía uno de los socios en otra cuenta, previa firma del talón de reintegro."
- 4.- Una relación personal más allá de la laboral o contractual que facilita la comisión del ilícito penal; favorecimiento que es la base de la agravación al suponer ese "plus" que se exige en su reconocimiento.
- 5.- En el abuso de relaciones personales se pone el acento en una especial vinculación por razones de amistad o familiaridad, en tanto que en el abuso de credibilidad empresarial o profesional, el acento está en las propias condiciones o cualidades del sujeto activo, cuyo reconocimiento en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales justificarían el decaimiento por parte de la víctima de las prevenciones o precauciones ante cualquier estrategia engañosa (STS 343/2014, de 30 de Abril).

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

- a) **de amistad**, como lo es el supuesto en el que la acusada abusó de la especial relación de estrecha amistad que mantenía con sus víctimas, tras años de vinculación con ellas, previa y distinta a la confianza subyacente al propio hecho delictivo consistente en fingir su falsa condición de abogado para, so pretexto del desenvolvimiento de una actividad profesional aparente, obtener la entrega de cantidades de dinero que aplicaba a fines propios [STS, Sala 2.º, núm. 811/2006, de 13 de julio (Rec. 1526/2005)];
- b) **sentimentales**, caso del acusado que se aprovechó de las relaciones sentimentales que mantenía con una de las víctimas para convencerle de la buena inversión a que iba destinar su dinero [STS, Sala 2.ª, núm. 2015/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Rec. 2647/1999)];



c) **asistenciales**, en los que son supuestos paradigmáticos de abuso de relaciones personales la conducta de los acusados, Director y Supervisora respectivamente, de una residencia psiquiátrica, que prevaliéndose de esta situación de confianza consiguieron que la víctima ingresada en dicha residencia por su hijo les facilitara su huella digital para realizar operaciones en perjuicio de la víctima [STS, Sala 2.ª, núm. 280/2005, de 4 de julio (Rec. 601/2004)], o aquel otro en que la Directora de una residencia de ancianos se aprovecha de la debilidad mental de dos internos para despojarles de su patrimonio [STS, Sala 2.ª, núm. 1533/2005, de 27 de diciembre (Rec. 997/2004)];

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

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

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

b.- Agravación de abusando de firma de otro del nº 2 del art. 250 CP.

Ante la queja de la recurrente a este respecto hay que recordar que apunta el Tribunal que "se agrava la conducta o el actuar de la acusada al utilizar documentación (reintegros, cheques firmados o documentos autorizando el pago de nóminas) para un fin distinto a los anunciados".

Esta actuación consta en los hechos probados. Así, se recoge que *aprovechando la total confianza que en ella tenían depositada los socios y para obtener dinero en su propio beneficio y sin que se diesen cuenta aquellos, pasaba a la firma de uno de los socios, normalmente Juan Miguel, documentos de reintegro de efectivo del Banco Etcheverría en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose la acusada con la diferencia, asimismo, pasaba a la firma de aquel en los primeros o en los últimos días de cada mes un documento dirigido al banco mencionado con el membrete de la empresa, en el cual figuraba como asunto el pago de las nóminas del mes anterior, documento elaborado a través de impresora, en el que figuraba una partida o cantidad para pagos de nóminas mediante talones nominativos y transferencias, figurando también un concepto o partida de retiro por caja en efectivo, en el que no aparecía cantidad alguna al pasarlo a la firma, añadiendo la acusada en tal documento y una vez firmado, una cantidad de dinero escrito a máquina que luego ella misma retiraba en efectivo para su propio beneficio.*

Sobre esta agravante señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 860/2008 de 17 Dic. 2008, Rec. 92/2008, que: "Es aclaratoria la STS. 9.2.2004, según la cual se incluye entre las agravantes específicas del delito de estafa el que "se perpetre abusando de firma de otro..". Y una lectura literal y lógica del texto exige, para apreciar tal agravante específica, que haya existido abuso o mal uso de la firma que se estampa conscientemente en un documento y que se utiliza para un fin distinto para el que se estampó. Se está pensando esencialmente en las firmas en un documento en blanco, que confiadamente se entrega a otra persona y que, desatendiendo la orden o el mandato se destina a un fin distinto del convenido". Pero en el presente caso aunque en algún documento consta un concepto, en otros se rellenan cantidades, y se destinan a fines distintos de los inicialmente concebidos tras la firma del obligado al pago y del que se sirve el autor del delito para el cobro.

Existe firma en blanco al decir de la doctrina cuando se produce un aprovechamiento de la firma puesta al pie de un documento que el sujeto activo va a dotar, en perjuicio del otorgante o tercero, de un contenido diverso del que motivó la firma en blanco, en suma el acto de confianza, circunstancias que aquí concurren y que agravan la conducta al margen del engaño que ya existe y que mediante el modus operandi suponen un plus añadido al propio del engaño bastante.

Señala la doctrina al respecto que con este subtipo agravado se penaliza juntamente con la estafa, el posible abuso de confianza respecto a la persona que firma un documento, ya en blanco, ya redactado. Se ha ampliado así la antigua fórmula de "abuso de firma en blanco", pues abarca, a la vez, dos supuestos de hecho distintos:

a) Puede darse el caso de que se rellene un documento ya firmado en blanco con contenido distinto al estipulado, apartándolo de su destino propio y creando una apariencia documental distinta a aquella para la que la firma fue destinada. Es el caso de la STS, Sala 2.ª, núm. 904/2001, de 16 de mayo (Rec. 3494, 1999), en el que el acusado, director de sucursal, mediante astucias y uso de firma en blanco, consiguió que determinados clientes de la Caja Laboral Popular le entregaran la disponibilidad de sumas importantes de



dinero para determinadas operaciones bancarias que no realizó. También se castigó como estafa agravada [STS, Sala 2.ª, núm. 108/2002, de 1 de febrero (Rec. 964/2000)] la conducta de la acusada que logró la firma del perjudicado en un papel en blanco con el fin de rellenarlo y cobrar una cantidad de dinero.

b) O también, puede producirse la alteración o adición de un documento ya terminado y firmado tras su redacción esto es, abusando de la firma estampada en un documento completo, o que al firmar se entiende ya cerrado en su contenido, cambiando su finalidad y alterando los términos o naturaleza del mismo. En este sentido, la STS, Sala 2.ª, núm. 850/2003, de 11 de junio (Rec. 56/2002), consideró como abuso de firma de otro la apertura de una cuenta corriente a nombre de la sociedad el mismo día del cese como administrador y la disposición a su favor del importe del IVA, pues simular que se tiene el carácter de administrador cuando ya se ha cesado en ese cargo y cuando para ello se firma un documento, es abusar de la firma de otro.

Se insiste doctrinalmente en que es importante a estos efectos la forma en que el documento debe llegar a manos del autor del delito, para que se cumpla el elemento especializante de este subtipo agravado, que radica en el término "abuso", y en este caso se ha caracterizado por esa relación propia de la que abusa para presentar la firma al socio. Por ello, tanto si el documento es entregado al sujeto pasivo en blanco, total o parcialmente, para ser completado ulteriormente en la forma previamente pactada o conforme a instrucciones impartidas, como si es depositado para su custodia al autor del acto típico pero sin autorizar su modificación, habrá un abuso de la situación creada y una quiebra de la confianza depositada y de las expectativas del titular o firmante de aquél, puesto que la acción del agente vulnera dicha confianza y expectativas y aprovecha ilícitamente la situación, abusa de ella.

c.- *La agravación del valor de la defraudación que supera los 50.000 euros (art. 250.1.5º CP).*

Señala el Tribunal al respecto que:

"También concurre la continuidad delictiva en el delito de estafa y la especial agravación por el valor de la defraudación, núm. 5 del artículo 250.1 del Código Penal , no estamos en el caso de prohibición de doble valoración (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007) pues no sólo la totalidad de la defraudación o suma de las defraudaciones supera la cantidad de 50.000 euros (los 36.000 euros considerados en la situación anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010) sino que también **una de las operaciones, la retirada de efectivo que se efectúa el día 31 de julio de 2009 lo es por importe de 51.000 euros** , es decir, al menos una de las operaciones supera ese tope (vid. SS TS 20 de octubre de 2016 , 17 de enero de 2013 , 9 de diciembre de 2011 y 9 de junio de 2011)".

Por ello, concurre tanto la agravación del nº 5 del art. 250.1º CP como la continuidad delictiva.

Pues bien, debe recordarse, que como esta Sala ha expuesto, entre otras **sentencia del Tribunal Supremo 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017** , que:

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

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

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

En el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 esta Sala proclamó lo siguiente: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla



primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

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

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

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

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

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

Pero esta exclusión no es aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a 50.000 euros, que por sí sola ya determina la aplicación del subtipo agravado por aplicación del número quinto del art. 250.1. En consecuencia, no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del art. 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas (STS 997/2007, de 21 de noviembre y 173/2013, de 28 de febrero , entre otras)".

Así pueden darse los siguientes supuestos, claramente diferenciables:

- a) Continuidad delictiva, sin cualificación (verbigracia: tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una).
- b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo).
- c) Continuidad delictiva y cualificaciones. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 50.000 euros cada uno, o uno al menos que exceda.

Dentro de esta modalidad puede ocurrir:

- 1) que las distintas cuantías, objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (vg.: 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno).
- 2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (verbigracia: cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno).

De todas las hipótesis contempladas, **solo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.5 CP "**.

En el presente caso está correctamente aplicada la continuidad y la agravación, como bien ha explicado el Tribunal.

d.- Concurrencia del engaño.



La concurrencia del engaño bastante resulta obvia.

Esta Sala del Tribunal Supremo ya ha hecho referencia, entre la doctrina jurisprudencial, sentencia 37/2013 de 30 Ene. 2013, Rec. 428/2012 que:

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

La reciente sentencia 476/2009 de 7.5 , da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta".

Se destaca en esta sentencia la hipótesis que pudiera calificarse de **autopuesta en peligro** ,es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia nos dice: "Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien - generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa".

No debe entenderse que en el caso ahora analizado existiera una **"autopuesta en peligro"** por el hecho de la confianza depositada en la recurrente por los socios, ya que ello lo que integra es una agravación, precisamente, por ese abuso de las relaciones personales que da lugar a que estos no sospecharan de ella en las operaciones y documentos que presentaba a la firma, por cuanto creían en su honestidad y corrección, hasta que un examen detallado de las operaciones llevadas a cabo durante el periodo en el que se suceden los hechos da lugar a detectar los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo por la recurrente. Ciertamente y verdad es que, como luego destacaremos, los excesos de confianza pueden dar lugar a situaciones como la aquí ocurrida, o, también, no disponer de un programa de **compliance normativo en la empresa** que hubiera evitado estos hechos durante largo tiempo.

Este último es un tema interesante que irá surgiendo en el desarrollo de esta filosofía de exigir a las empresas implantar estos **modelos de compliance** para evitar la denominada **"autopuesta en peligro"** que pueda suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos para realizar funciones como la aquí desplegada, puedan encontrar facilidades para llevar a cabo estas conductas de falsedad en documentos mercantiles y estafas en concurso medial. No disponer de estos programas de compliance lo que genera en los casos de la delincuencia *ad extra* de directivos y empleados ex art. 31 bis CP es su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la **autopuesta en peligro** que desplaza el "engaño bastante" a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de compliance reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotgerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa.

Pues bien, ya el Tribunal hace referencia a la concurrencia de los elementos del tipo penal del art. 248 CP , en tanto la conducta propia de la recurrente lleva los actos descritos en los hechos probados, al concurrir:

1.- Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. En este sentido, la recurrente lleva a cabo la falaz maniobra descrita en los hechos probados para provocar el engaño en los socios para llevar a cabo sus actividades de apropiación, mediante argucias tendentes a conseguir las mismas del banco con

los documentos que presentaba, y alternado la realidad documental, todo ello, precisamente para evitar ser detectada.

Por ello, consta en los hechos probados que:

La operativa ideada por la acusada terminaba entregando a los socios unos lirados de movimientos que previamente había corregido, haciendo recortes de otros listados de movimientos, pegando encima de los reintegros en efectivo, cargo de cheques y otro tipo de operaciones, haciendo finalmente una fotocopia de los documentos alterados para que aquellos no se diesen cuenta de las cantidades en efectivo que la misma había retirado en el banco, en su propio y único beneficio, y de la alteración ejecutada.

2.- Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias.

3.- Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4.- Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño.

5.- Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

6.- Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria".

Señala la recurrente que no es creíble que una suma tan elevada haya pasado desapercibida para los socios. Pero si se altera la realidad documental pueden ocurrir estas circunstancias, si ello lo asociamos, además, con la ausencia de programas de cumplimiento normativo de *compliance ad intra* al que ya nos referimos en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017, dado que si existe una ausencia de control interno hacia las personas que tienen conferidas poder de dirección o materialización de actividades relevantes en una empresa existe el riesgo que, bajo el abrigo del abuso de las relaciones personales existentes se lleven a cabo actos de firmas en blanco, como aquí ha ocurrido, destinando importes que constan en esos documentos a fines distintos de los que se indicaban, abusando claramente de esa firma obtenida para un fin distinto. Y al tratarse de una continuidad delictiva ese *modus operandi* se integra por variadas conductas tendentes a extraer del saldo de la cuenta de la empresa fondos para pasarlos al patrimonio personal del autor mediante técnicas de todo tipo, como **reintegros, cheques firmados o documentos autorizando el pago de nóminas**, y que fueron llevados a cabo por la recurrente, como consta en los hechos probados que es el resultado inalterable de la prueba practicada en el plenario.

Y, además, frente a la queja que formula la recurrente de la cuantía, consta detallado informe pericial no contradicho con prueba alguna, sino con la mera negativa a su contenido, o mediante alegaciones de hechos no probados como que existía una cuenta B, o pagos a terceros que podrían justificar esos desfases existentes en las cuentas.

Así pues, la ausencia de un *compliance ad intra* en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss CP desde el punto de vista ad extra tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan "el debido control" entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta



de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el compliance *ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el compliance *ad intra* en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.

Concurren, pues, los elementos de la estafa en los hechos probados.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Cuarto.- D. Infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr . Se fundamenta este motivo en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida desestimación de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas, prevista en el art. 21.6 del Código Penal .

El motivo alegado debe desestimarse, habida cuenta que en esta sede casacional no se citan cuáles fueron los periodos de paralización en modo alguno, ya que se limita la recurrente a una cita de no entrega de documentos, pero sin citar lo expresamente exigible en la alegación de esta atenuante, cual es la duración de las paralizaciones que se alegan.

El Tribunal ya lo rechazó señalando en la sentencia que:

"La defensa realiza una genérica remisión a los plazos en que se producen esas paralizaciones indebidas, refiere que se causan en la instrucción porque la denunciante se negó a entregar diversa documentación y la entidad bancaria se demoró en elaborarla, sin embargo, no estamos ante un delito de tramitación sencilla, la declaración del imputado se produce en fecha 24 de septiembre de 2010, y en esa fase no se producen las dilaciones, se practican diligencias necesarias como las testificales de los socios, las del interventor y director de la oficina bancaria, el volumen de la documentación recabada, y el periodo de tiempo que comprende, junto con la prueba pericial contable practicada, justifican los plazos. Recibida la pericial se dicta auto de transformación a procedimiento abreviado en 25 de noviembre de 2013, y auto de apertura de juicio oral en 26 de diciembre de 2014 (el auto de transformación fue recurrido en reforma y apelación por la defensa y acusación particular), y remitido el procedimiento a la Audiencia las demoras en la celebración de juicio han sido ocasionadas por la acusada, con continuas incomparecencias y suspensiones a su instancia, lo que ha llevado a su privación de libertad para el enjuiciamiento, la pieza de situación personal y las resoluciones dictadas en la misma son ilustrativas. Se considera que la causa ha tenido una tramitación en un plazo razonable y dentro de unos parámetros usuales, con pleno respeto del derecho de las partes a un proceso en un plazo razonable, amén, de lo dicho la estimación de la atenuante con el carácter de simple, dadas las reglas del artículo 66 del Código Penal , no tendrían una relevancia penológica".

Desde luego, la argumentación de la Sala es absolutamente motivada y justificativa de la denegación de la atenuante y, debemos recordar que es preciso indicar en los motivos del recurso, al sostener esta atenuante de dilaciones indebidas que:

1.- Es preciso identificar con exactitud por el recurrente cuáles son los periodos concretos de paralización del procedimiento, ya que no se trata de que el mero transcurso del tiempo otorgue el derecho a la atenuante, sino que es preciso identificar los periodos de paralización con exactitud , ya que el mero lapso de tiempo no es significativo, dado que si se han llevado a cabo diligencias en el procedimiento opera como "necesidad de su tramitación", o respuesta a escritos presentados, o dificultades por ejemplo en calificar procedimientos considerados complejos que exigen y requieren de un tiempo prudencial de las acusaciones y defensas, que pueden pedir prórroga para su eficaz uso del derecho que tienen de representar sus legítimos intereses.

2.- Debe tenerse en cuenta las características de cada procedimiento, su complejidad, el número de tomos, folios, acusados , a fin de valorar el empleo del tiempo necesario para llevar a cabo la tramitación, primero, y luego la celebración de un juicio calificado como "causa compleja" que lleva consigo muchos problemas a la hora de su celebración al concurrir letrados que ya tienen otros señalamientos concertados, posibilidad de



que algún acusado pueda enfermar, testigos de cargo que no puedan comparecer, o la localización y citación de todos los propuestos.

3.- Si la causa del retraso obedece a la parte, o alguna de ellas, no opera la atenuante.

Por ello, en vista de lo ya indicado, y no entendiéndose que se hayan vulnerado las premisas expuestas el motivo se desestima, ya que no existe cita de periodos, la causa era relevante y existe cita de concurrencia de razones del retraso por la propia recurrente.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Quinto.- E. Infracción por quebrantamiento de forma. Art. 851.1 L.E.Cr , al resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados, y se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo.

La contradicción interna a la que se refiere se centra y ubica en una nueva valoración de la prueba, y una alteración de los hechos probados que no es procedente, porque esta alegación ya se ha efectuado en cuando se alegaba no existir prueba de cargo, pero la contradicción interna no existe, por cuanto los hechos probados describen conductas de falsedad documental y estafa con las agravantes ya especificadas.

Se alega que se predetermina el fallo, asimismo, en los párrafos sexto ("la operativa ideada por la acusada"), séptimo ("la acusada hizo suyos seis cheques bancarios de la empresa").

Pero debe entenderse que, por su propia naturaleza, el hecho probado va a ser el que lleve a cabo la decisión final del Tribunal una vez se lleve a cabo el proceso valorativo en la fundamentación jurídica que desemboca en el fallo.

Por ello, cuando se denuncia la existencia de quebrantamiento de forma por la vía del art. 851.1 LECRIM por haberse incluido en la sentencia en los hechos probados conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo, lo que conlleva en la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus medios impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo señala que: "Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisonal, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídicos, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine, de la Ley de E. Criminal)".

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero :



- a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.
- b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.
- d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.
- e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico sin base alguna y carente de significado penal.

Bajo esta línea, señala la Sentencia citada 39/2016, de 2 de Febrero que:

"El art. 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que las sentencias penales, sean condenatorias o absolutorias, expresen clara y terminantemente los hechos que han quedado probados (formulación positiva) sin que baste la expresión de que no han quedado probados los alegados por las acusaciones. Interpretando el mandato implícito contenido en el art. 851.2 de la LECrim, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que las sentencias deberán contener una relación de los hechos que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, de los que pueden directamente deducirse el pronunciamiento condenatorio o de libre absolución; y ha considerado que procede la estimación de la denuncia con la consiguiente declaración sobre la existencia del vicio formal cuando se aprecie una carencia absoluta de declaración de todo hecho o cuando la resolución se limita a declarar genéricamente que no están probados los que son base de la acusación.

... Por tanto, el vicio denunciado pasa en síntesis por sustituir la descripción histórica de los hechos por su definición técnico-jurídica, de forma que no se trata tanto de omitir las expresiones empleadas por el legislador en la definición de los tipos penales, la mayoría de ellas de uso común, sino de emplear conceptos jurídicos haciendo abstracción de su contenido histórico".

También, la STS 957/2007, de 28 de Noviembre apunta que: "Como se dice en la reciente STS. 753/2007 de 2.10, el motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 26.3.2007, 11.12.2006, 11.1.2005, 18.6.2004, 28.5.2003, 14.6.2002, 23.10.2001), ha reconocido que este vicio procedimental exige para su estimación:

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).



Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo (SSTS. 429/2003 de 21.3 , 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3 , 409/2004 de 24.3 , 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001 , nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

Igualmente es frecuente, como recuerdan las SSTS. 253/2007 de 26.3 , 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7 , que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2 , la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

Pero en el presente caso no existe esa predeterminación del fallo, sino una descripción de los hechos que, luego, se integra en la fundamentación jurídica para motivar la sentencia condenatoria por los tipos penales descritos.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la acusada Dña. Belinda , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, de fecha 17 de septiembre de 2018 , en causa seguida contra la misma, por delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución 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 Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina