

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016662
Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-13/039801
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2013/0039801

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 3/2016 - M

Atestado nº. / Atestatu-zk.:

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: ESTAFA, APROPIACIÓN
INDEBIDA Y FALSEDAD DOC. MERCANTIL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 1 zk.ko
Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 3510/2013

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradorea*: CRISTINA PALACIO QUEREJETA

Abogado/a / *Abokatu*: OSCAR RODRIGUEZ ACINAS

UTILES Y MAQUINAS INDUSTRIALES S.A. en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Procurador/a / *Prokuradorea*: PAULA BASTERRECHE ARCOCHA

Abogado/a / *Abokatu*: IÑAKI IRIZAR BELANDIA

SENTENCIA Nº 74/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. ALFONSO GONZÁLEZ-GUIJA JIMÉNEZ

D/Dª. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

D/Dª. JESUS AGUSTÍN PUEYO RODERO

En BILBAO (BIZKAIA), a once de noviembre de dos mil dieciséis.

Habiendo visto esta Sección Primera de esta Audiencia Provincial la presente causa, Rollo Penal 3/16, seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, por un delito de APROPIACIÓN INDEBIDA y FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL, contra D.

[Redacted], con D.N.I. nº *[Redacted]* nacido el 4 de junio de 1.958 en Santurce (Bizkaia), representado por la Procuradora Dª. CRISTINA PALACIO QUEREJETA y defendido por el Letrado D. OSCAR RODRÍGUEZ ACINAS, ejerciendo

como Acusación Particular la empresasa Útiles y Máquinas Industriales S.A., representada por la Procuradora Sra. Paula Basterreche Arcocha y asistida por el Letrado Sr. Iñaki Irizar Belandia, y ejerciendo como acusación pública el Ministerio Fiscal representado por D^a María Isabel Fernández.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Juan Manuel Iruretagoyena Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 15 de noviembre de 2.013 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 Bilbao (Bizkaia) se instruyó el presente Procedimiento Abreviado, admitiendo a trámite la querrela presentada por la Procuradora Sra. Paula Basterreche Arcocha en nombre y representación de la mercantil ÚTILES Y MÁQUINAS INDUSTRIALES S.A. contra , por delito de apropiación indebida, falsedad documental, y otros, haciendo constar relación circunstanciada de los hechos, y cuyos autos fueron remitidos a esta sección de la Ilma. Audiencia Provincial en fecha 22 de Enero de 2016.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de Sala, y remitidas las actuaciones oportunas, a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se admitieron todas las pruebas propuestas por las partes, señalándose para la celebración de la vista oral los días 12/09/2016, 13/09/2016, 14/09/2016 y 15/09/2016.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones modificó las siguientes:

En la 1ª: añade "para ocultar sus operaciones el acusado manipulaba el registro informático de la empresa dando de alta a proveedores ficticios y realizando asientos contables incorrectos que luego repercutían en la contabilidad general de la empresa".

En la 2ª: concurso ideal con delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 del Código Penal, 390.1-2º y 74 del del Código Penal.

En la 5ª: pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y 10 meses de multa a la razón de 12 euros por día, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del Código Penal. Art. 77.

El resto a definitivas.

La Acusación Particular modifica:

En la 2ª, añade en el 1º: alternativamente un delito de estafa con las mismas agravantes en concurso medial con falsedad en documento mercantil del 392, 390.1.2º del Código Penal; y en la 2ª: se introduce la alternativa de delito continuado de apropiación indebida agravado. Manteniendo el concurso medial.

Responsabilidad Civil de 729.021,92 euros.

Interesa el decomiso de los dos palets indemnizando a UMI con el producto de su venta.

CUARTO.- Por la defensa del acusado, en igual trámite, elevó a definitivas, salvo en la 3ª: atenuante de reconocimiento de hechos y reparación del daño.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, fue empleado de la empresa ÚTILES Y MÁQUINAS INDUSTRIALES, S.A. (UMI) desde febrero de 1976 hasta mayo de 2013, cuando fue despedido de la empresa. El Sr. era el encargado de la contabilidad diaria de la empresa, poseía las claves bancarias de las cuentas titularidad de la sociedad y tenía facultades para hacer pagos. Su labor contable era supervisada por socia pero no empleada, quien se limitaba a puntear los asientos contables. El Sr. era la única persona de la empresa que efectuaba los asientos contables en los libros diarios de la sociedad.

Aprovechando la anterior condición desde el año de 2002 hasta el año 2013, transfirió el Sr. desde las cuentas de UMI un total de 98.996,31 euros euros a cuentas en la entidad KUTXABANK, de las que era titular.

Así de la cuenta de UMI en el Banco Popular Español con nº 0075 0005 69 0600330340 transfirió un total de 52.321, 74 euros a cuentas de las que era titular en KUTXABANK con nº 2095 0007 93 1001995109 y 2095 0007 90 9011720999. Y de la cuenta de UMI en Caja Laboral con nº 3035 0019 94 0190031149 transfirió en diversas ocasiones un total de 46.674, 57 euros, a su cuenta en Kutxabank con nº 2095 0007 93 1001995109.

Con la finalidad de ocultar las transferencias el Sr. efectuaba asientos contables a proveedores, algunos de ellos reales y otros casos inventados y a los que previamente había dado de alta en el sistema.

SEGUNDO.- También y aprovechando la misma situación descrita anteriormente entre los años 2002 y 2013 realizó compras de toner y diverso material de oficina a cuatro empresas por un importe total de 693.025,61 euros. Este material no llegó nunca a UMI, era totalmente innecesario para la sociedad, y dicho material era recepcionado por el Sr. Urrutia o por personas de su confianza en los almacenes de la empresa transportista TDN sitios en Bilbao, sin que se sepa el destino que dió a dicho material.

Así de ARTPRODUCTS, S.L. la cantidad de 14.911,81 euros, de AVANCES INFORMÁTICOS EUROPEOS la cantidad de 24.757,52 euos, de BIONET TÉCNICAS la suma de 34.088,66 euros y de PERFECT LITE la cantidad de 619.377,62 euros.

También con la finalidad de ocultar la compra de dicho material el Sr. introdujo asientos contables en los libros en que imputaba las cantidades repartiéndolas en compras de las diferentes secciones de la empresa, sin que figurara en la contabilidad ninguna de las sociedades vendedoras, imputándose las compras a diferentes proveedores.

Las facturas emitidas por los cuatro sociedades nunca llegaron a UMI, siendo el administrador de las cuatro sociedades compradoras, la misma persona, don

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida previsto en el artículo 252 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada en la Ley Orgánica 1/15, y de un delito de falsedad en documento mercantil previsto en el artículo 392 del Código Penal en relación con los artículos 390.1 y 2 del mismo cuerpo legal.

La prueba practicada en el acto del juicio oral ha sido más que suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia que asiste a todo acusado.

Los hechos resultantes, en las transferencias de dinero desde las cuentas de UMI hasta sus cuentas personales en Kutxabank, desde su despido, siempre han sido reconocidas por el Sr. y así lo hizo en el acto del juicio oral. Reconoció haber hecho las transferencias y la manipulación de los asientos contables, introduciendo conceptos falsos, para ocultar dichas transferencias a sus cuentas personales. Manifestó que lo hizo por ser adicto al alcohol y al juego y así poder sufragar sus adicciones. La única discrepancia, que afectaría a la responsabilidad civil, y que se tratará luego en la sentencia, es que la acuación particular sostiene que la cantidad total transferida fue de 98.669,39 euros y el Sr. manifiesta que el total transferido asciende a 80.258,54 euros.

Este reconocimiento de los hechos respecto de las transferencias queda acreditado también con la prueba pericial y documental. De los extractos bancarios obrantes en la causa se acreditan las transferencias y de la prueba pericial de doña N se desprende la realidad de las transferencias y cómo el Sr. Urrutia introducía asientos contables falsos en la contabilidad de la sociedad, imputando la salida de dinero a compras que jamás existieron.

SEGUNDO.- Respecto del siguiente apartado de hechos de la acusación, o sea la compra de diverso material de oficina a cuatro sociedades, material innecesario, que nunca llegó a la sociedad y que fue recepcionado por el Sr. , la prueba existente de que fue el Sr. quien realizó las compras, las recepcionaba y que manipulaba los

asientos contables de la sociedad para ocultar las compras es abrumadora.

El Sr. [redacted] negó haber realizado las compras alegando desconocer lo relativo a dichas compras, reconociendo que algunas veces acudió al almacén de la empresa transportista, donde firmó albaranes de entrega del material que enviaban dichas sociedades, alegando desconocer que es lo que pasaba posteriormente con esa mercancía. Reconoció haber puesto alguna vez algún número de D.N.I falso en algún albarán, alegando que estaría "borracho".

Pues bien ante lo anterior tenemos que el Sr. [redacted] era la única persona que realizaba los asientos contables en los libros diarios de la sociedad. Todos los empleados y socios de la empresa.

[redacted] manifestaron en el acto del juicio que era el Sr. [redacted] el único que efectuaba los asientos contables. Si bien existían otras personas en otros departamentos que estaban autorizadas para hacer compras, el Sr. [redacted] era el único que hacía los asientos contables. De la prueba pericial de doña María I [redacted] quedó perfectamente explicado que la mecánica para ocultar las transferencias y las compras era idéntica a la mecánica de los hechos analizados en el fundamento jurídico anterior, siendo más que evidente que es la misma persona por tanto. A ello se une la testifical del administrador de las cuatro sociedades que enviaba el material, Sr. [redacted] a, cuando manifestó que el único contacto de UMI era el Sr. [redacted] a. La testifical de los empleados de la empresa transportista TDN, quienes manifestaron en el acto del juicio, que el material que llegaba de esas cuatro sociedades era siempre recepcionada por el Sr. [redacted] a o por personas encargadas por él (se habló de un tal [redacted] ; de acento argentino, y del hijo del Sr. [redacted] i) y el material se llevaba en furgonetas conducidas por personas de confianza del Sr. [redacted] . A veces el material, fundamentalmente paneles de tóner, pasaba días o semanas hasta que el Sr. [redacted] o sus personas de confianza se lo llevaban. El empleado de TDN, [redacted] z, manifestó asimismo que alguna vez que se llevó el material directamente a UMI, el conductor le dijo que lo traía de vuelta al almacén de TDN ya que alguien en UMI así se lo había indicado.

En los albaranes se observa que el consignatario de la mercancía remitida es el Sr. [redacted] como teléfono de contacto sólo está el número del teléfono móvil del Sr. [redacted] y en la gran mayoría de dichos albaranes aparece no el domicilio de UMI sino la dirección del domicilio particular del Sr. [redacted]

Por otra parte resultó más que evidente el absurdo de que una empresa familiar y pequeña, que contaba con tres o cuatro impresoras, que no se dedica al comercio del tóner, consumiera las ingentes cantidades que se remitieron. Los empleados de la sociedad testificaron que tampoco se utilizaba el resto de material de oficina que se remitió por esas cuatro sociedades. También por todo lo anterior resultó absurda y a la vista del resto de prueba practicada, la insinuación lanzada por la defensa, en su informe final, sobre que uno de los socios, el Sr. [redacted] encargado de uno de los almacenes, fuera el que se quedaba con la mercancía.

De la pericial de doña l... queda acreditado como ninguna de las cuatro sociedades mencionadas dispone de código específico en la sociedad y que ninguna de las facturas emitidas por dichas sociedades han sido contabilizadas en ninguna cuenta de gasto. Lo que hizo el Sr. ... única persona que efectúa los asientos contables en la empresa, es que como la deuda no estaba registrada, utilizó de manera indiscriminada la contrapartida de 101 proveedores y 14 cuentas de gastos e ingresos.

TERCERO.- Los hechos analizados en los fundamentos jurídicos anteriores quedan subsumidos dentro del tipo previsto en el artículo 252 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 38889/2016 de 26 de julio "...En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el *artículo 252 CP* que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este *Tribunal de Casación* (*SSTS 513/2007 de 19 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ; 664/2012 de 12 de julio ; 370/2014 de 9 de mayo ; 588 /2014 de 25 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre , 894/2014 de 22 de diciembre ; 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo*), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado *artículo 252 CP*, que el mismo sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el *artículo 252 CP*, no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras *STS 622/2013 de 9 de julio*). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero

o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona..."

En el presente caso, el Sr. \ , como encargado de la contabilidad de la empresa poseía la facultad de hacer compras y hacer pagos, disponiendo de las claves bancarias que posibilitan el efectuar los pagos. Administraba las cuentas corrientes de la sociedad y dispuso del dinero de la misma en su beneficio personal, distrayéndolo, puesto que adquirió material innecesario para la sociedad que nunca llegó a la misma y repecionandola él o personas encargadas por él y transfirió dinero de la sociedad a sus cuentas personales.

Al respecto cabe preguntarnos tal como hace la sentencia del Tribunal Supremo antes citada si la nueva regulación legal resulta más beneficiosa para el reo. En dicha sentencia se resuelve la cuestión de manera contundente en sentido negativo y así dice:..."La entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 1/2015 y el tratamiento normativo que la misma incorpora respecto a la apropiación indebida, aconsejan un análisis del nuevo esquema legal, de cara a determinar si la actual regulación pudiera resultar más beneficiosa para el acusado y, en consecuencia, debería serle retroactivamente aplicada.

Los contornos de la nueva regulación viene marcados por la exposición de motivos de la citada LO 1/2015 " *La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.*

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación

de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En definitiva, como dijo la *STS 163/2016 de 2 de marzo*, la reforma ha excluido del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el artículo 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, y así establece "1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Aunque algún sector doctrinal que pese a la mención expresa del dinero en el actual *artículo 253 CP*, mantiene que la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida, y debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Si se admitiese que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior *art 252 CP* como "distracción", que constituía en todo caso una modalidad de administración desleal, dado que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Sin embargo no ha sido ese el criterio de esta Sala. En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la ya citada *STS 163/2016 de 2 de marzo*, y otras posteriores como las *SSTS 244/2016 de 30 de marzo* o *332/2016 de 20 de abril*, siguen manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero.

Compartimos pues la conclusión de la ya citada *STS 163/2016* según la cual " *En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos*

bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio . En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253."

De acuerdo con la misma, no cabe platear la aplicación retroactiva de la reforma, en cuanto que los hechos conservan su tipicidad como apropiación indebida..."

CUARTO.- Se acusa también al Sr. de haber cometido un delito de falsedad mercantil al haber procedido a falsar los asientos contables de la sociedad. Se plantea por la defensa la consideración de documentos mercantiles de los asientos contables de la sociedad. Al respecto dice la Sentencia del Tribunal Supremo 1387/2015 de 17 de febrero dice "... Es conocida la inexistencia de un concepto legal de documento mercantil lo que ha suplido la jurisprudencia con un análisis casuístico, a veces zigzagueante, del que se hace eco el recurrente.

Sirva de punto de referencia a estos efectos la STS 35/2010, de 4 de febrero:

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

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

Aplicando la doctrina anterior al caso concreto entiende la Sala que los asientos contables han de calificarse como documentos mercantiles. Los asientos contables son anotaciones en el Libro Diario para registrar un hecho económico que afecta a la sociedad y susceptible de representación contable. La falsedad de los asientos contables tiene la

consecuencia ineludible de que los libros de la sociedad no reflejan la verdadera realidad económica de la sociedad y que todo lo que accede al dominio público (por ejemplo, el Registro Mercantil)de la contabilidad de la sociedad tampoco refleja la verdadera situación económica de la empresa con las consecuencias de todo índole que ello conlleva. Como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada se consideran documentos mercantiles todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas. Los hechos económicos que se reflejan en los asientos contables, compras y ventas, son operaciones de comercio que pueden hacer constar derechos u obligaciones y en el presente caso se reflejaban de manera falsa en la forma descrita con anterioridad.

QUINTO.- En cuanto a la penalidad cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar entiende la Sala que no cabe aplicar un concurso medial entre el delito de apropiación indebida y el delito de falsedad. Siguiendo la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo 272/2016 de fecha 6 de abril de 2016 no cabe hablar de las falsedades cometidas en la contabilidad como medio para ejecutar la siguiente apropiación. Dice dicha Sentencia "...una cosa es que la falsedad constituya un prerrequisito necesario para poder seguir perpetrando las conductas integrantes de la apropiación , y otra cosa diferente es que el medio o instrumento que se utiliza para ejecutarlas sea una falsedad...". En nuestro caso cada una de las falsedades son posteriores a cada uno de los actos de apropiación. Es cierto que si no se hubieran cometido las falsedades es probable que los hechos se hubieran descubierto antes, pero eso no implica que las falsedades fueran necesarias como medio para cometer la siguiente apropiación. Tampoco quedó acreditado en el acto del juicio que el acusado actuara con un plan preconcebido desde su inicio en el año 2.002 sino más bien que estaríamos ante actos realizados en continuidad delictiva aprovechando idéntica ocasión.

También hay que tener en cuenta en cuanto a la penalidad lo siguiente; que no puede aplicarse la continuidad delictiva en el delito de apropiación indebida puesto que como señala la STS 272/2016 de seis de abril : "... En cuanto a la apropiación indebida, en aplicación del Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 30 de Octubre de 2007, el hecho de que la posibilidad de calificar los hechos como supuesto agravado, por la entidad de la cuantía del perjuicio causado superior a los 50.000 euros, sólo sea posible mediante la suma de las correspondientes a cada una de las infracciones, ninguna de ellas, individualmente consideradas, superior a ese importe agravatorio, excluye la doble consideración sancionatoria de la continuidad derivada de su pluralidad y, a la vez, del referido subtipo agravado".

Doctrina aplicable al presente supuesto en que ninguna de las infracciones por separado es superior a 50.000 euros, tal como se desprende de los anexos del informe pericial de la Sra.

La continuidad sí es posible aplicarla al delito de falsedad ya que no se cometieron en unidad de acción sino que se hicieron sucesivamente en el tiempo, aprovechando idéntica ocasión, para encubrir las apropiaciones anteriores.

SEXTO.- La acusación particular además de la del nº 5 del artículo 250 del

Código Penal, y que su concurrencia no fue discutida también solicitó la aplicación de las nº2 , 4º y 6º. No cabe aplicar ninguna de ellas.

La del nº 2 ni siquiera fue explicada en el informe final. No existe abuso de firma ni tampoco documento público u oficial.

Tampoco cabe aplicar la lade nº 4 ya que si bien la cantidad apropiada es muy importante no existen datos en la causa ni tampoco se practicó prueba alguna al objeto de acreditar la situación económica en la que quedaba la sociedad.

Finalmente tampoco caba aplicar la del nº 6 ya que no existe en el caso concreto, "plus" alguno para aplicar dicha circunstancia. Normalmente toda estafa o apropiación lleva aparejada un aprovechamiento de las relaciones personales y la jurisprudencia exige que para que sea aplicada esta circunstancia agravadora debe existir un "plus" en esas relaciones personales. En el presente caso se trata de un trabajador de la sociedad , que pudo hacer lo que hizo, por el puesto que ocupaba pero no existe un abuso de relación personal en el sentido interpretado por la Jurisprudencia.

SÉPTIMO.- La defensa alegó la concurrencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad, como la adicción al alcohol y al juego del Sr. reparación del daño, confesión y reconocimiento de los hechos.

Todas ellas se desestiman. El Sr. alegó que hizo lo que hizo por ser adicto al alcohol y a las máquinas tragaperras y que el dinero lo necesitaba para sufragar sus adicciones. Se nos dijo que durante años bebía diariamente y en exceso, estando muchas veces borracho y que en el bar jugaba a las máquinas tragaperras.

No existe prueba alguna de que el Sr. tuviera adicción al juego. Aparte de su hijo, cuyo testimonio debido a su parentesco no resulta fiable, nadie ha manifestado que jugara y tampoco ha presentado documentación alguna (por ejemplo: cuentas bancarias) que acrediten unos gastos inusitados que pudieran tener relación alguna con el juego. Su ex-esposa nada manifestó respecto de una posible adicción al juego.

Ninguno de sus compañeros de trabajo advirtió que el Sr. a pudiera tener problemas con el alcohol y concretamente doña , la cual manifestó que viajaba diariamente en un vehiculo conducido por el Sr. negó haber visto nunca al acusado bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Incluso su ex-esposa doña a lo único que nos dijo es que su ex-marido era un bebedor social y sin que se apreciara en su testimonio ninguna enemistad respecto de él. El gerente de la empresa, don , manifestó que el Sr. no faltó nunca a su puesto de trabajo. Todos estos testimonios evidencian que el acusado faltó a la verdad respecto de su adicción.

El médico forense elaboró un informe en el que se decía que el Sr. o padecía del alcoholismo y que su actuar se vio influenciado por su enfermedad. Pero el médico forense reconoció en el acto del juicio que el Sr. pudo haberlo engañado, y es esto lo que ocurrió precisamente, entiende la Sala. Si bien es cierto que presentaba

algunos indicadores compatibles con el alcoholismo, no lo es menos que su causa puede ser distinta, tal como dijo el médico forense. Lo cierto es que si el Sr. _____ hubiera sido un alcohólico, que según él bebía varios licores diariamente embriagándose, es más que evidente que hubiera faltado al trabajo o sus compañeros de trabajo lo hubieran notado. Por otra parte esa supuesta adicción al alcohol nunca podría justificar la apropiación de casi 800.000 euros. El perito Dr. _____ expuso de manera clara en el juicio como el acuasao simuló la enfermedad alcohólica tal como se ha expuesto anteriormente.

Por otra parte tampoco cabe aplicar el nº 4 del artículo 21 puesto que en ningún momento confesó los hechos ante autoridad alguna antes de iniciarse el procedimiento judicial. Solamente hizo un reconocimiento parcial de los hechos cuando fue descubierto por ello y ante la dirección y resto de trabajadores de la empresa.

Tampoco ha procedido a reparar el daño causado. Una semana antes de la celebración del acto del juicio oral presentó un documento en el que se comprometía a abonar a la perjudicada la cantidad de 82.842,93 euros al momento de materializar la transmisión de la vivienda cuya titularidad ostenta a partes iguales con su ex-mujer. Pues bien por una parte estamos ante un simple ofrecimiento, pero es que ni siquiera se puede considerar como un ofrecimiento puesto que la vivienda a la que se hace referencia esataba previamente embargada desde el año 2014, por resolución dictada en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, para garantizar las responsabilidades pecuniarias de la presente causa. Por tanto es obvio que no existe reparación del daño ni nada que se le pueda parecer.

OCTAVO.- Teniendo en cuenta todo lo anterior y especialmente que el importe apropiado supera en creces los 50.000 euros y que la actividad delictiva se llevó durante un periodo superior a los diez años, la pena de prisión a imponer por el delito de apropiación indebida es de cuatro años (artículos 250 y 252 del Código Penal).

Por el delito de falsedad continuado (artículos 74, 390 y 392 del Código Penal) y teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior se establece la pena de dos años de prisión y multa de diez meses con una cuota de diez euros. Esta cuota se impone teniendo en cuenta que si bien es cierto que no constan los ingresos actuales del Sr. _____ no lo es menos que no alegó circunstancia alguna que pudiera hacernos pensar que el Sr. _____ esté en situación de indigencia o similar.

NOVENO.- De acuerdo con la pericial practicada en el acto del juicio la responsabilidad civil se fija en un total de 792.021,92 euros. La parte acusada alegó que parte del dinero que hbaía transferido a sus cuentas personales lo había devuelto, alrededor de unos 16.000 euros, pero si bien es cierto que ese dinero fue ingresado en las cuentas de la querellante no lo es menos y tal como testificó la socia de la empresa doña María Luisa del Paso ,ese dinero también salió de las cuentas de la querellante, por lo que es obvio que no procede admitir la alegación de la defensa.

DÉCIMO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal procede la condena en costas del Sr. _____ incluidas las de la acusación particular.

FALLAMOS

Que condenamos a J. [REDACTED], como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de CUATRO AÑOS de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condenamos también a [REDACTED] como autor de un delito continuado de falsedad mercantil a la pena de DOS AÑOS de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo le condenamos al abono de las costas procesales incluidas las de la acusación particular y a que abone a UMI en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 792.021,92 euros con los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se acuerda el decomisado de los dos palets en comiso indemnizando a UMI con el producto de su venta.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.

TERCERO.- Se actúa a petición de parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) establece en su párrafo primero que los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

La aclaración o la rectificación puede realizarse, según el párrafo segundo del mismo precepto de oficio, dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación de la resolución o, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, formulada dentro del mismo plazo, es decir dentro del plazo de dos días, pero contado en este caso desde la respectiva notificación. Tratándose de errores materiales manifiestos o aritméticos la rectificación puede realizarse en cualquier momento (párrafo tercero del artículo 161 de la LECr).

SEGUNDO.- En el presente caso procede la aclaración y rectificación de la sentencia por tratarse de un simple error material e involuntario.

PARTE DISPOSITIVA

1.- SE ACUERDA aclarar y rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 11/11/2016 en el sentido que se indica en el escrito presentado por la Procuradora D^a Paula Basterreche Arcocha en nombre y representación de Útiles y Máquinas Industriales S.A.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

1º *"...ejerciendo como Acusación Particular la empresasa Útiles y Máquinas Industriales S.A., representada por la Procuradora Sra. Paula Basterreche Arcocha y asistida por el Letrado Sr. Alberto Vidal Castañón..."*

2º *"...El médico forense elaboró un informe en el que se decía que el Sr. Urrutia padecía del alcoholismo..."*

Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévese testimonio a los autos principales.

MODO IMPUGNACIÓN:

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que proceda, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedó indicado al ser notificada. El plazo para dicho recurso se interrumpe, en su caso, por la solicitud de aclaración o rectificación y, en todo caso, comienza a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (artículo 161 LECr).

Lo acuerdan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que componen la Sala. Doy fe.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - C.P./PK: 48001
Teléfono / Telefonoa: 94-4016662
Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-13/039801
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2013/0039801

Rollo penal abreviado 3/2016- - M

Atestado nº/ Atestatu-zk.: ESCRITO QUERELLA

Delito / Delitua: Estafa (todos los supuestos) y Falsificación por particular de documento público, oficial o mercantil / Maula eta Merkataritza-agiriak faltsifikatzea /

Contra / Noren aurka:

Procurador/a / Prokuradorea: PAULA BASTERRECHE ARCOCHACRISTINA PALACIO QUEREJETA

Abogado/a / Abokatua: OSCAR RODRIGUEZ ACINAS

AUTO

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE D.. ALFONSO GONZALEZ-GUIJA JIMENEZ

MAGISTRADO D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

MAGISTRADO D. JESUS AGUSTIN PUEYO RODERO

Ponente: JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

En BILBAO (BIZKAIA), a 24 de noviembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ha dictado sentencia el 11/11/2016 que ha sido notificada a las partes el 21/11/2016 al Ministerio Fiscal el 18/11/2016 y se encuentra pendiente de ser notificada personalmente al acusado .

SEGUNDO.- En la referida resolución figura/n el/los siguiente/s párrafo/s: primer párrafo de la página 2ª de la Sentencia y segundo en el último párrafo de la página 11 de dicha resolución.

1º *"...ejerciendo como Acusación Particular la empresasa Útiles y Máquinas Industriales S.A., representada por la Procuradora Sra. Paula Basterreche Arcocha y asistida por el Letrado Sr. Iñaki Irizar Belandia..."*

2º *"....El médico forense elaboró un informe en el que se decía que el Sr. padecía del alcoholismo..."*