



Roj: **STS 272/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:272**

Id Cendoj: **28079120012020100057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2020**

Nº de Recurso: **2062/2018**

Nº de Resolución: **35/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION/2062/2018

RECURSO CASACION núm.: 2062/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal Sentencia núm. 35/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Jacinto, D. Javier, D. Jesús, D. Julio y Reciclados y Demoliciones San Juan, S.L., D. Lázaro,

D. Leoncio, por el Responsable Civil Subsidiario Recliclarte 2007, S.L. y por la Acusación Particular Megasider Zaragoza SAU, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que condenó a los anteriores acusados por un delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por los Procuradores/as D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y por la defensa Letrada de D. Francisco Javier Notivoli Escalonill respecto del acusado Jacinto; D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro y por la defensa Letrada de D. Luis Chabaneix respecto del acusado Javier; Dña. Mª Inés Guevara Romero y por la defensa Letrada de D. Raúl Pardo Geijo-Ruiz respecto del acusado D. Jesús; Dña. Rocío Sampere Meneses y por la defensa Letrada de Dña. Patricia Porrás Revilla respecto del acusado D. Julio y Reciclados y Demoliciones San Juan, S.L.; Dña. Silva García Vicente y por la defensa Letrada de Dña. Mª Concepción Cinca Ansón respecto del acusado Lázaro; Dña. Valentina López Valero y por la defensa Letrada de

D. Rafael Pardo Correcher respecto del acusado D. Leoncio y del Responsable Civil Subsidiario Recliclarte 2007, S.L. y Dña. Mª Jesús Gutiérrez Aceves y por la defensa Letrada de D. José Fernando Zamora Martínez respecto de la Acusación Particular Megasider Zaragoza S.A.U.

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



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza incoó Procedimiento Abreviado con el nº 71 de 2017 contra Jacinto , Javier , Jesús , Julio y Reciclados y Demoliciones San Juan, S.L., Lázaro , Leoncio y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que con fecha 2 de abril de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- ARCELORMITTAL S.A.U . (En la actualidad MAGASIDER ZARAGOZA S.A.U.) es una importante empresa en el sector de fabricación de hierro y acero para lo cual adquiere material de chatarra y la transforma en acero. Dicha empresa se nutre de materia prima adquiriéndola de numerosos proveedores de chatarra. SEGUNDO.- Así las cosas y teniendo sospechas provenientes de un anónimo en el 2012 recibido en la empresa en el sentido de que se estaban realizando maniobras fraudulentas por parte de algunos proveedores de común acuerdo con los clasificadores de Arcelormittal y unido a ello el hecho de haber detectado una notoria merma en el proceso de producción de acero, se presentó denuncia en la Comisaría de Policía de Zaragoza abriéndose entonces una investigación que dio como resultado que desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto , Jesús y Javier , todos ellos clasificadores de Arcelormittal, enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación. TERCERO.- A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €. El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio , por medio de Lázaro , encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.). Lázaro cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan S.L., donde se mezclaba con una cantidad de estériles muy superior a la normal, y la portaba a Arcelormittal entregando el dinero a los clasificadores en sobres. Los clasificadores periódicamente daban a los palistas y gruístas Juan Francisco , Juan Pablo , Carlos Alberto y Pedro Miguel , empleados de la empresa USD S.L. subcontratada por Arcelormittal, pequeñas cantidades como propina o gratificación extrasalarial por su trabajo sin que se haya probado que dichos palistas participasen en las maniobras fraudulentas descritas ni tuviesen conocimiento de las mismas. CUARTO. - No se ha acreditado que la Empresa Hierros y Metales Diez S.L. cuyo responsable es Amador suministrase chatarra con exceso de estériles en connivencia con los clasificadores ni tampoco que se lucrara ilícita e intencionadamente con la venta de chatarra Arcelormittal. Así mismo tampoco ha quedado acreditada la participación en el fraude descrito de Guadalupe , empleada de Reciclajes San Juan S.L. ni del encargado de máquinas de USD S.L. Benjamín . QUINTO. - Como consecuencia de todo lo descrito hasta aquí el perjuicio global causado a Arcelormittal por parte del Grupo Reciclarte S.L. asciende a 456.340 € y el causado por parte de Reciclados y Demoliciones San Juan asciende a 340.650 €".

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

"1º.- Absolvemos libremente y con todos os pronunciamientos favorables a Leoncio , José Julio , Amador , Jacinto , Jesús , Javier , Lázaro , Benjamín y Guadalupe del delito de pertenencia a Grupo Criminal tipificado en el artículo 570 ter.1 del Código Penal. 2º.- Absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a Amador , Guadalupe , Juan Francisco , Juan Pablo , Carlos Alberto , Pedro Miguel y Benjamín del delito de estafa tipificado en el artículo 248.1 en relación con el 250.1.5º y 74 del Código Penal. 3º.- Condenamos a Leoncio , a Julio , a Jacinto , a Jesús y a Javier , mayores de edad y sin antecedentes penales, como autores de un delito continuado de estafa tipificado en el artículo 248.1 en relación con el 250.1 5º y 74 del Código Penal a la pena, a cada uno de ellos, de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a ocho meses de multa a razón de 8 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad por tiempo de cuatro meses en caso de impago. 4º Condenamos a Lázaro , mayor de edad y sin antecedentes penales, como cómplice de un delito continuado de estafa tipificado en el artículo 248 en relación con el 250.1 5º y 74 del Código Penal a la pena de nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que duró la condena y a seis meses de multa a razón de 8 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad por tiempo de tres meses en caso de impago. 5º En concepto de responsabilidad civil ARCELORMITTAL S.A.U. (En la actualidad



MEGASIDER S.A.U.) deberá ser indemnizada en las siguientes cantidades: A) En la cantidad de 340.650'66 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Julio , Jacinto , Jesús y Javier , y subsidiariamente el cómplice Lázaro . Subsidiariamente a éste responderá Recliclados y Demoliciones San Juan S.L., y subsidiariamente a ésta, al ser la empresa a la que pertenece el acusado Lázaro , Transportes Moreno Granel, S.L. y en su defecto la empresa que se haya subrogado en la anterior. B) En la cantidad, de 456.340'27 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Leoncio , Jacinto , Jesús y Javier , y subsidiariamente Reciclarte S.L. Las cantidades reseñadas devengarán el interés legal establecido legalmente. Así mismo condenamos a Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús , Javier y Lázaro al pago a cada uno de ellos de 1/20 partes de las costas incluidas las de la acusación particular declarando el resto de oficio. Reclamase la pieza de responsabilidad civil del Instructor. 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 prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Jacinto , D. Javier , D. Jesús , D. Julio . D. Lázaro , D. Leoncio , por el Responsable Civil Subsidiario **Recliclarte 2007, S.L.** y por la Acusación Particular **Megasider Zaragoza SAU**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Primero.- Por infracción de precepto Constitucional y en concreto derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías según los Artículos 24 y 120 de la Constitución Española y el Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de las circunstancias atenuantes de reparación del daño - Artículo 21.5 y cooperación - artículo 21.4 y 21.7 del Código Penal.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma ex artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 855 de la misma ley.

Cuarto.- Por infracción de Ley ex artículo 248.1 por aplicación indebida de este artículo del Código Penal y de los artículos 249 y 250.5 y 74 todos del Código Penal.

**II.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Javier** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 de la C.E. en relación con el art. 5.4 L.O.P.J.

Segundo.- Infracción de ley al amparo del art. 849 L.E.Cr. por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador según resulta de los particulares de los documentos auténticos que se designan y que demuestran la equivocación del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º por denegación de diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes se considere pertinente.

Cuarto.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. de 1 de julio de 1985 y art. 852 de la L.E.Cr. por vulneración del art. 24.2 de la C.E. Quinto.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. de 1 de julio de 1985 y art. 852 de la L.E.Cr. por vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 de la C.E.

**III.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jesús** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim y del 5.4 LOPJ, en relación con la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 CE, al haberse infringido en la sentencia recurrida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, a su través, a la presunción de inocencia, así como a un juicio con todas las garantías, cuya máxima expresión es la decisión judicial plasmada en la sentencia ( art. 24.1 y 2 CE), por ausencia de prueba de cargo suficiente (no se cumple el "juicio de suficiencia") siendo, además, palmaria la falta de motivación del resultado de la valoración de cada una de ellas (se realiza una exposición del resultado probatorio pero no una argumentación referida a su asunción) así como por resultar la estructura racional del discurso valorativo de la sentencia (que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella) ilógica,



incoherente e irracional (incumpléndose, de este modo, el "juicio sobre la motivación y su razonabilidad") por considerar sus conclusiones no acordes a las máximas de la experiencia ni a las reglas de la lógica y contradictorias con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia condenando, por ende, al recurrente sin prueba suficiente que, enervando el derecho a la presunción de inocencia, permita considerarlo como autor de un delito de estafa.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim y del 5.4 LOPJ, en relación con proscripción de indefensión establecida en el artículo 9.3 CE, al haberse infringido en la sentencia recurrida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia ( 24.2 CE) por haber integrado, en perjuicio de mi defendido y para condenarlo, el apartado de "Hechos Probados" con afirmaciones fácticas plasmadas en los "Fundamentos de Derecho". El elemento objetivo y subjetivo del tipo siempre debe constar en el primer apartado pero, aun soslayando la infracción anterior, del tenor literal de los tan citados Hechos Probados (además del incumplimiento por parte de la denunciante de su "deber de autoprotección") no se vislumbra conducta delictiva alguna, ni siquiera realizando tal integración -vedada contra reo- con lo dispuesto en los Fundamentos Jurídicos.

Tercero.- Por infracción de precepto legal, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en el aplicación de la Ley Penal, en concreto, los artículos 248, 72 y 74, todos ellos del Código Penal, por no ser los hechos constitutivos de un delito de estafa y, de serlo, no ser ésta de carácter continuado procediendo, además, una rebaja penológica, ora por esa falta de continuidad, ora por la total ausencia de motivación en cuanto a la determinación.

**IV.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Julio y **RECICLADOS y DEMOLICIONES SAN JUAN, S.L.**, basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim, en relación con el art. 24 de la C.E. en su manifestación de derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim y el art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la C.E., en relación con el art. 24 de la C.E. en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º LECrim por cuanto la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos probados, entrando en manifiesta contradicción y consignando como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto, por vulneración del artículo 24 en sus manifestaciones del derecho a un procedimiento con todas las garantías, al derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, ya que se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24 de la C.E. con relación al art. 5.4 L.O.P.J.

Segundo.- Infracción de ley al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 248.1 con relación a los artículos 250.1.5º y 74 del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del art. 851, apartado 1.º, inciso 1 de la Ley Rituaria, nos proponemos interponer como motivo de casación, el que se basa en que la sentencia a recurrir no expresa de forma clara y terminante los motivos por los que considera que mi representado fue cómplice del delito de estafa continuado. Cuarto.- Al amparo igualmente del art. 851, apartado 1.º, inciso 1 de la Ley Rituaria, nos proponemos interponer como motivo de casación, el que se basa en que la sentencia a recurrir no expresa de forma clara y terminante los motivos por los que considera como hecho probado que mi representado cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan, S.L., mezclados con una cantidad de estériles muy superior a la normal.

Quinto.- Al amparo igualmente del art. 851, apartado 1.º, inciso 1 de la Ley Rituaria, nos proponemos interponer como motivo de casación, el que se basa en que la sentencia a recurrir no expresa de forma clara y terminante los motivos por los que considera probado que mi representado transportaba mercancía de chatarra consciente de que era acompañada con gran cantidad de estériles y hacía entrega de dinero que recogía de Reciclajes San Juan para dárselo a los clasificadores.



Sexto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al entender que se ha producido un error en la valoración de la prueba.

**VI.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Leoncio**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Con amparo en lo dispuesto en el artº 5.4 de la LOPJ y 852 de la LCRim., por vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva del artº 24.1, así como por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24.2 ambos de la CE, por falta de motivación que conduce de la actividad probatoria al relato fáctico, desconociendo el proceso lógico que ha llevado a juicio de certeza condenatoria para mi mandante o por resultar ilógico, incoherente y/o arbitrario.

Segundo.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española, así como también por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 del mismo Texto Constitucional, ambos en su vertiente de la necesidad de valorar las pruebas de cargo y de descargo.

Tercero.- Con amparo en lo dispuesto en el artº 5.4 LOPJ y 852 de la LCRim. por vulneración del Derecho a la presunción de inocencia, del Derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías establecidos en el artº 24 apartados 1 y 2 de la CE, por atribuir prevalencia a una declaración sumarial de un coimputado, bajo secreto de las actuaciones, sin intervención de la defensa de mi mandante y retractada en el plenario.

Cuarto.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de Constitución Española, por atribuir valor inculpatario a una declaración tomada en instrucción de un investigado, privado de libertad, con presión psicológica de poder ser objeto de prisión provisional, sin poder conocer el contenido de las actuaciones por encontrarse entonces declaradas secretas y por constar únicamente en un acta escrita levantada por el letrado de la administración de justicia, sin grabación audiovisual que impide disponer de elementos de inmediación al tribunal del plenario y negada durante el acto del juicio.

Quinto.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Sexto.- Con amparo en lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 248, 249 Y 250.1.5º del Código Penal y la jurisprudencia aplicable.

Séptimo.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, habiendo producido indefensión, en relación con los artículos 9.3 y 120.3 de la C.E.

**VII.-** El recurso interpuesto por la representación del Responsable Civil Subsidiario **RECICLARTE 2007, S.L.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del artículo 24CE, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de Derecho a un proceso con todas las garantías, y a la presunción de inocencia, por la falta de motivación de la sentencia. La valoración de la prueba de cargo y de descargo, especialmente la policial y pericial se ha realizado de forma arbitraria, insuficiente, de manera sesgada e incompleta, sin compulsar debidamente las pericias de la defensa, por lo cual, se considera que se ha vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim., por incorrecta aplicación del artículo 120CP, en relación con el artículo

248.1 y 250.1.5º del mismo texto legal. Los hechos declarados probados no constituyen la conducta típica del delito por el que se condena a Leoncio. Los hechos declarados probados no son subsumibles en el mentado precepto sustantivo. Por consiguiente, si no hay delito no puede existir responsable civil subsidiario, solicitando por ello, la libre absolución de la mercantil, con todos los pronunciamientos favorables.

Tercero.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, del art. 24CE, en relación con los artículos 9.3 y 120.3 de la C.E, y los artículos 109, 110 y 116 del Código Penal.

**VIII.-** El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **MEGASIDER ZARAGOZA S.A.U.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851 L.E.Cr., apartado 1º, inciso o resulte manifiesta contradicción entre ellos, en relación con la determinación de los importes de responsabilidad civil.



Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la L.E.Cr. y art. 5.4 L.O.P.J., ambos en relación con los arts. 24, apartado 1º, y 9.3 de la C.E., en cuanto "a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", en relación con la determinación de los importes de la responsabilidad civil.

Tercero.- Por infracción de ley, con base en el art. 849, apartado segundo, de la L.E.Cr.: "cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil imputada a las personas y entidades que han sido condenadas en la Sentencia objeto del recurso de casación.

Cuarto.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción, por no haberse aplicado, de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado el artículo 570 ter.1 b) del Código Penal relativo al delito de integración en grupo criminal y no haber sido condenados por tal delito Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús , Javier y Lázaro .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos sus motivos y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruidas todas las partes recurrentes, y 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 29 de enero de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de la presente sentencia los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Jacinto , Javier , Jesús , Julio Y RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN SL, Leoncio , RECICLARTE 2007 SL, Lázaro y MEGASIDER ZARAGOZA SA (acusación particular) frente a la sentencia nº 141/18 de fecha 2 de abril de 2018, dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Son hechos probados de la sentencia los siguientes:

**PRIMERO.-** ARCELORMITTAL S.A.U. (En la actualidad MAGASIDER ZARAGOZAS.A.U. ) es una importante empresa en el sector de fabricación de hierro y acero para lo cual adquiere material de chatarra y la transforma en acero.

Dicha empresa se nutre de materia prima adquiriéndola de numerosos proveedores de chatarra.

**SEGUNDO.-** Así las cosas y teniendo sospechas provenientes de un anónimo en el 2012 recibido en la empresa en el sentido de que se estaban realizando maniobras fraudulentas por parte de algunos proveedores de común acuerdo con los clasificadores de Arcelormittal y unido a ello el hecho de haber detectado una notoria merma en el proceso de producción de acero, se presentó denuncia en la Comisaría de Policía de Zaragoza abriéndose entonces una investigación que dio como resultado que desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto , Jesús y Javier , todos ellos clasificadores de Arcelormittal, enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.

**TERCERO.-** A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.

El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio , por medio de Lázaro , encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANDEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).

Lázaro cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan S.L., donde se mezclaba con una cantidad de estériles muy superior a la normal, y la portaba a Arcelormittal entregando el dinero a los clasificadores en sobres.



Los clasificadores, periódicamente, daban a los palistas y gruístas Juan Francisco , Juan Pablo , Carlos Alberto y Pedro Miguel , empleados de la empresa USD S.L. subcontratada por Arcelormittal, pequeñas cantidades como propina o gratificación extrasalarial por su trabajo sin que se haya probado que dichos palistas participasen en las maniobras fraudulentas descritas ni tuviesen conocimiento de las mismas.

CUARTO.- No se ha acreditado que la Empresa Hierros y Metales Diez S.L. cuyo responsable es Amador suministrase chatarra con exceso de estériles en connivencia con los clasificadores ni tampoco que se lucrara ilícita e intencionadamente con la venta de chatarra a Arcelormittal.

Así mismo tampoco ha quedado acreditada la participación en el fraude descrito de Guadalupe , empleada de Reciclajes San Juan S.L. ni del encargado de máquinas de USD S.L. Benjamín

QUINTO.- Como consecuencia de todo lo descrito hasta aquí el perjuicio global causado a Arcelormittal por parte del Grupo Reciclarte S.L. asciende a 456.340 € y el causado por parte de Reciclados y Demoliciones San Juan asciende a 340.650 €.

Tras el juicio celebrado el Tribunal de instancia ante el que se ha practicado la prueba ha dictado la condena en el sentido condenatorio de:

1.- Condenamos a Leoncio , a Julio , a Jacinto , a Jesús y a Javier , mayores de edad y sin antecedentes penales, como autores de un delito continuado de estafa tipificado en el artículo 248.1 en relación con el 250.1 5º y 74 del Código Penal a la pena, a cada uno de ellos, de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a ocho meses de multa a razón de 8 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad por tiempo de cuatro meses en caso de impago.

Condenamos a Lázaro , mayor de edad y sin antecedentes penales, como cómplice de un delito continuado de estafa tipificado en el artículo 248 en relación con el 250.1 5º y 74 del Código Penal a la pena de nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a seis meses de multa a razón de 8 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad por tiempo de tres meses en caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil ARCELORMITTAL S.A.U. (En la actualidad MEGASIDER S.A.U.) deberá ser indemnizada en las siguientes cantidades:

A) En la cantidad de 340.650'66 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Julio , Jacinto , Jesús y Javier , y subsidiariamente el cómplice Lázaro .

Subsidiariamente a éste responderá RECICLADOS DEMOLICIONES SAN JUAN S.L., y subsidiariamente a ésta, al ser la empresa a la que pertenece el acusado Lázaro TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L, y en su defecto la empresa que se haya subrogado en la anterior.

B) En la cantidad de 456.340'27 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Leoncio , Jacinto , Jesús y Javier , y subsidiariamente RECICLARTE SL

*Descripción de los hechos acreditados ante el Tribunal y resumen numerado de los declarados probados.*

Para centrar los hechos y a modo de ubicar la actuación desplegada y llevada a cabo es preciso fijar los siguientes puntos de apoyo que surgen de los hechos probados, a saber:

1.- Empresa perjudicada y objeto social de la misma:

*ARCELORMITTAL S.A.U. (En la actualidad MAGASIDER ZARAGOZAS.A.U.) es una importante empresa en el sector de fabricación de hierro y acero para lo cual adquiere material de chatarra y la transforma en acero. Dicha empresa se nutre de materia prima adquiriéndola de numerosos proveedores de chatarra.*

2.- Hecho que se detecta y propicia la denuncia:

*Se estaban realizando maniobras fraudulentas por parte de algunos proveedores de común acuerdo con los clasificadores de Arcelormittal y unido a ello el hecho de haber detectado una notoria merma en el proceso de producción de acero*

3.- Trabajadores dentro de la empresa que facilitan ad intra el delito de estafa.

Jacinto , Javier y Jesús son clasificadores de Arcelormittal, siendo los encargados de seleccionar la chatarra recibida por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero.

4.- Empresas externas que colaboran en el delito de estafa:



- a.- Las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y  
b.- La empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio
- 5.- Metodología a seguir:

*Las dos empresas antes citadas y en colaboración con los tres trabajadores antes expuestos de ACELORMITTAL enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.*

Con ello, nos encontramos con un proceso colaborativo en el fraude proveniente de una colaboración necesaria ad intra y ad extra.

El proceso que se describe en los hechos probados determina una connivencia entre los condenados, por un lado, proveedores de la chatarra y clasificadores de la misma en Acelormittal, entre los que está el recurrente, y que se ponen de acuerdo para llevar la chatarra a la empresa perjudicada, mezclándola con una cantidad inusualmente alta de estériles o de cascarilla y, una vez que llegan a las básculas de Acelormittal, los clasificadores, entre los que está el recurrente, de forma consciente la califican como de más elevada calidad de la que realmente es, con lo que están realizando una maquinación que induce a la propia empresa a pensar que efectivamente es un producto más útil para generar acero de lo que realmente le están proporcionando, y en consecuencia, que debe pagar una cantidad superior a su real valor.

Es posible que en la chatarra que se recoja se introduzcan materiales estériles, pero si ello es así los clasificadores deben proceder a un descuento en el pago del material suministrado, ya que esos materiales estériles no permiten ser reciclados ni en hierro ni en acero.

La colaboración de los trabajadores clasificadores era fundamental en la estafa, ya que ellos hacen un descuento inferior al que debían hacer ante el material entregado, y ello provoca un beneficio en las dos empresas que entregaban chatarra y un perjuicio en la empresa que recibe el material y en la que trabajaban los tres trabajadores citados. Así, Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.

El modus operandi era que la chatarra se mezclaba con una cantidad de estériles muy superior a la normal, y se portaba a Arcelormittal entregando el dinero a los clasificadores en sobres. Los trabajadores realizaban un descuento distinto al que debían hacer, dada la mezcla excesiva de estériles con la chatarra, lo que dejaba en minoría el material que se podría reciclar. Había, en consecuencia, gran cantidad de material inservible en la realmente entregada, dada la cantidad de estériles introducidos.

6.- Compensación económica de las empresas que llevaban la chatarra a los tres trabajadores por hacer el descuento distinto al que debían hacer, dado el producto que entregaban.

Los tres trabajadores antes citados percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.

7.- Ejecución del pago de las comisiones:

a.- El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y

b.- Cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio, por medio de Lázaro, encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).

8.- Absoluciones.

No se declara probado que alguna empresa y personas distintas a los citados hubieran participado en el entramado.

9.- Perjuicio acreditado a juicio del Tribunal.

El perjuicio global causado a Arcelormittal por parte del Grupo Reciclarte S.L. asciende a 456.340 € y el causado por parte de Reciclados y Demoliciones San Juan asciende a 340.650 €.

*Valoración de la prueba por el Tribunal*



### 1.- Responsabilidad penal de los intervinientes: a.- Autores:

Señala el Tribunal que condena por delito de estafa y que de dicho delito son responsables en concepto de autores los acusados Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús y Javier , pues concurren en su conducta todos los elementos para la existencia del delito de estafa.

### b.- Proveedores de la chatarra:

Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio , Julio , al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra.

### c.- Connivencia con los clasificadores de la empresa:

Ello lo es en connivencia con los clasificadores Jacinto , Jesús y Javier , sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación.

### d.- Beneficio económico y perjuicio patrimonial:

Ello llevaba el consiguiente desplazamiento patrimonial en su perjuicio (A Arcelormittal) y el beneficio correspondiente para los proveedores ( Leoncio , Julio ) extensible también a los clasificadores ( Jacinto , Jesús y Javier ) por el dinero que recibían por su actuación fraudulenta.

### e.- Cómplice:

El acusado Lázaro es también responsable de dicho delito pero no como autor sino como cómplice del mismo.

### 2.- Prueba valorada por el Tribunal para el dictado de la condena:

a.- *Las declaraciones de los propios acusados*, alguno de los cuales reconocieron en fase de instrucción los hechos por los que se les enjuicia.

b.- Reconoce el Tribunal que de estas autoinculpaciones efectuadas en sede de instrucción a presencia letrada se desdicen en el plenario y desarrolla la doctrina jurisprudencial acerca de la posibilidad del Tribunal ante quien se celebra el juicio de elevarse al plenario las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción realizadas con todas las garantías y su comparación con las llevadas a cabo en el plenario, pudiendo darle mayor importancia a las primeras al objeto de formar su proceso de convicción.

Argumenta, así, el Tribunal que "a la vista de las contradicciones en las declaraciones de algunos imputados en fase de instrucción y las vertidas en el acto del juicio oral y habiendo puesto de manifiesto tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular a los imputados de manera clara y persistente las contradicciones en las que han incurrido y no dando explicación satisfactoria los mismos en el acto del juicio oral de los motivos de tales contradicciones sino que, por el contrario, en el plenario se mostraron en sus respuestas balbuceantes y dubitativos, alzaprima las declaraciones vertidas en la fase instrucción las cuales se realizaron con todas las garantías procesales en presencia del Juez y con asistencia letrada".

c.- Reconocimiento de los hechos de Jacinto en sede de instrucción.

Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa.

En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier , que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro .

d.- Reconocimiento de los hechos de Jesús .

Declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.

e.- Reconocimiento de los hechos de Lázaro .

Encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1591) también reconoció los hechos ratificándose en las declaraciones hechas en Comisaría



manifestando que sabía que los clasificadores y los proveedores tenían un apañío y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban el Demoliciones San Juan para ellos.

f.- Mayor credibilidad del Tribunal a las autoinculpaciones en sede judicial en fase de instrucción.

Señala el Tribunal que valida las declaraciones de los coimputados al no haber móvil espurio alguno detectado y señala que:

"El requisito negativo está constituido por la ausencia de móviles espurios o motivos que induzca a deducir que el coimputado haya efectuado la heteroincrimación guiado por móviles espurios como obediencia a tercera persona, soborno, o bien por móviles tendentes a buscar la propia exculpación mediante la incriminación del otro.

En definitiva, se trata de constatar que no concurre ninguna tacha ni sombra en el testimonio dado, que pueda afectar a la credibilidad del mismo, ya que en definitiva, se está ante un problema de credibilidad, y por ello, esta cuestión debe ser examinada escrupulosamente por el Tribunal de instancia... En el presente caso estimamos que concurren todos los requisitos expuestos por la jurisprudencia para dar validez probatoria a las declaraciones de los coimputados".

...

"Las manifestaciones de los coacusados realizada en sede de instrucción con las debidas garantías procesales y constitucionales, oportunas y procedentes, en el sentido y que hemos expuesto en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución indican la mecánica previamente expuesta que viene avalada por la prueba pericial que posteriormente se desarrollará en aras a determinar el quantum indemnizatorio a que se viene obligado por imperativo de los dispuesto en el artículo 116. del Código Penal, y ello por cuanto la introducción de un exceso de estériles junto a la chatarra que se deposita en las llamadas "cestas" que luego se introducen en el horno de fundición, produce una merma en la producción de acero o "palanquilla" que no se habría producido si dichos estériles no son introducidos en el horno".

g.- Prueba testifical:

Apunta el Tribunal en orden a la corroboración que:

"La mínima corroboración a la que, en la misma, se hace referencia respecto de las declaraciones de los coimputados viene determinada por la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral como fue:

1.- La declaración de Sonia , encargada de recursos humanos y quien puso la denuncia en Comisaría de Policía la cual se ratificó en su declaración prestada en el Juzgado de Instrucción en el sentido de que recibieron un anónimo obrante al folio 156 de la causa donde se advertía que los clasificadores, en connivencia con los proveedores, ponían mas estériles en la carga que la admitida.

2.- Por su parte Segundo , Ingeniero y Director Gerente de la empresa, que también se ratificó en lo manifestado en fase de instrucción en el sentido de que, tras un descenso en el rendimiento de producción durante el periodo que duró la investigación llevada a cabo por la empresa, cuando los proveedores cesaron en sus puestos se produjo de nuevo un crecimiento en dicho rendimiento".

h.- Prueba pericial:

Sobre esta prueba apunta el Tribunal que:

"Pero sobre todo y fundamentalmente la pericia desarrollada por la acusación particular permite evaluar, un perjuicio derivado de la mecánica del fraude indicado lo que objetiva las manifestaciones de los coimputados al amparo de la doctrina expuesta previamente, y que como tal se configuran como prueba suficiente para entender superado el derecho a la presunción de inocencia de los considerados autores de la infracción criminal de Estafa por la que se acusa pública y particularmente".

...

"La pericia realizada por los peritos de la Defensa de Julio y de DEMOLICIONES SAN JUAN, señores Vidal y Romulo , indican que la introducción de un exceso de estériles produciría una serie de anomalías que el operador del horno debería detectar, pero, para que pueda ser detectada, tal introducción debe de ser de un diez a un quince por ciento de estériles junto a la chatarra, por lo que si tal volumen de estériles es inferior a tal porcentaje tales anomalías no serían observables, quedando una diferencia hasta el diez o quince por ciento indicado que puede estimarse suficiente para seguir siendo excesiva, no siendo observable por el operador del horno, y producir la merma en la producción que en la pericia de la acusación se objetiva y que será objeto de estudio a la hora de determinar la responsabilidad civil derivada del delito por el desplazamiento patrimonial



de AMZ a las empresas beneficiarias al percibir éstas como chatarra el exceso de estériles transportado y mezclado junto a aquélla.

Diversas pruebas periciales se han practicado a lo largo del proceso, las que se han concretado y controvertido lógicamente entre las partes procesales en el acto del Plenario.

Las practicadas a instancia de las partes acusadoras, Pública y Particular, y realizadas por los peritos señores Luis Miguel y Jesús Ángel por la entidad KPMG en cuanto a la valoración económica de los perjuicios ocasionados, y por el señor Aurelio en cuanto a la actuación del personal que prestaba sus servicios en la empresa ARCELOR MITTAL Zaragoza (AMZ), son controvertidas por las periciales de las Defensas, realizadas por los señores Bernardino y Blas, Casimiro y Cesareo, Claudio, Vidal y Romulo, Doroteo, Bruno y Efrain, tanto en cuanto a la valoración económica realizada de contrario como por los criterios empleados en ello, fueren contables o de otro tipo, llegándose incluso a la paradoja de que ante una petición de indemnización superior de las acusaciones a los nueve millones de euros, alguna pericia como la efectuada por el perito señor Claudio, sin concretar cantidad, afirma que eliminando diversas variables empleadas erróneamente como sería el valor de la tierra cribada, variabilidad de existencias presentes así como otros errores de tipo contable que constata en su informe, la actividad efectuada por AMZ durante el Periodo Relevante alcanzó beneficios similares o superiores a la cuantía reclamada como perjuicio".

i.- Acceso de camiones a la empresa con chatarra mezclada con inusual componente de estériles que determina una menor producción por la empresa.

Concluye el Tribunal que:

"La actividad efectuada por los acusados condenados conlleva a la racional consideración de que permitir el acceso de camiones cargados de chatarra con un inusual componente de estériles, cuyo descuento realizado por los clasificadores de AMZ es netamente inferior al real aporte de estériles en la chatarra transportada, y de que toda chatarra no es limpiable, ya que solamente un veinte o un veinticinco por ciento de aquélla lo es tal y como se concreta unánimemente por todos los peritos a los que se les pregunta sobre ello, permiten admitir que *al horno de fundición entraba una cantidad a veces mayor de estériles que no se podían eliminar y que nada producen*, salvo escoria, y ello supone una *merma en la producción de acero* (palanquilla), por lo que sí podemos concluir, sin duda, la existencia de perjuicio en el denominado *Periodo Relevante*.

Si bien el funcionamiento y rendimiento del horno de fundición de la acería es esencial pues se constata un descenso de su rendimiento real en relación con la chatarra que se le suministra con un exceso de estériles no limpiables dada su naturaleza, tal funcionamiento forma parte de un complejo proceso de producción que no podemos perder de vista y que fue reiteradamente analizada en el Plenario".

Con ello, hay dos factores que provocaban el beneficio de los responsables de las empresas condenadas y los clasificadores y el perjuicio de la empresa:

a.- Al horno de fundición entraba una cantidad a veces mayor de estériles que no se podían eliminar y que nada producen, salvo escoria, y

b.- Ello supone una merma en la producción de acero por ARCELOR MITTAL Zaragoza (AMZ).

j.- Valoración de las pericias llevadas a cabo y concreción del quantum del perjuicio real producido.

Tras las diversas pruebas periciales llevadas a cabo el Tribunal fundamenta el perjuicio que cifra en los siguientes argumentos:

*Admisión de la pericia económica efectuada por la Acusación Particular mediante la entidad KPMG*

"Esta sentencia se basará por unánime convencimiento, como lo fue del Ministerio Fiscal, en la pericia económica efectuada por la Acusación Particular mediante la entidad KPMG pues en la misma se valora un perjuicio y se cuantifica el mismo, siendo que las contrapericias no ofrecen una concreción fiable totalmente del perjuicio, o incluso del superávit, alcanzado en el Periodo Relevante tras la crítica a los conceptos empleados por la pericia de la parte acusadora, limitándose a manifestar su incorrección, e incluso que en el citado Periodo Relevante se producen ganancias con carácter general.

En tal sentido y partiendo de la pericia realizada por KPMG se irán introduciendo modificaciones a la misma en base a las contrapericias efectuadas y de las que esta Sala entiende que tienen lógica y sentido, al objeto de concretar una indemnización que, por debida, no debe de alcanzar el rango de la solicitada al considerarse a todas luces excesiva, lo que provocaría un enriquecimiento injusto, máxime cuando las medidas de autoprotección que deben de ponerse en juego por la empresa perjudicada, que recibe un anónimo en la persona de la responsable de Recursos Humanos y testigo Sonia en fecha 13/03/2013 en donde se advertía



de la existencia de un fraude de chatarra, no han alcanzado a nuestro juicio la eficacia exigible ante situaciones como la relatada.

Dicho anónimo, obrante al folio 156 de las actuaciones, dice expresamente: "Buenas, En primer lugar quiero que entiendan porque me mantengo en el anonimato para no tener represalias hacia mi persona después de lo que voy a exponer. Quiero darle a conocer un posible fraude que se está produciendo en el parque de chatarra entre clasificadores y chatarreros en especial a Jacinto, beneficiando a varios chatarreros en las clasificaciones de chatarra, cambiando categorías de calidades o poniendo mucho menos residuo del que lleva. Esto se hace a varias horas pero en general cuando este señor va de turno de mañana y el viaje o viajes se receptionan de 6:00 h a 7:00 h de la mañana. A cambio de esas clasificaciones este señor se beneficia económicamente con importantes cantidades de dinero. Aquí le dejo constancia, y ahora esa en sus manos. Atentamente". (sic)

El objeto de esta sentencia debe de concretar una indemnización acorde con la justicia material que se sustancia en base a los criterios que se exponen a continuación.

La pericial efectuada por KPMG por medio del perito señor Luis Miguel, en sus pericias de tres de Febrero de 2016, diecinueve de Julio de 2016 y veinticuatro de Enero de 2017, y sobre datos contables esencialmente, constata una pérdida en el beneficio de la producción en el Periodo Relevante de 2012 a 2015, en relación con el periodo inmediatamente anterior (Periodo I), de un 1'23% pese a introducirse en el proceso en 2011 una máquina cribadora o limpiadora, y en relación con el periodo inmediatamente posterior (Periodo II) de un 1'34% (folio 3643 de las actuaciones), concretando un perjuicio total en el Periodo Relevante de 9.208.782 euros, desglosado en 7.665.186 euros por el descenso de la producción de acero, más 1.543.596 euros por costes directos (folio 5 del informe de fecha 24 de Enero de 2017 y folio 3646 de las actuaciones), cantidad solicitada por la Acusación Particular como indemnización y menor de las constatadas en la pericia efectuada por el perjuicio total causado.

En el mismo último informe, y asimismo al folio 3646 citado, existe un montante de tierra cribada de 29.643 toneladas métricas cuyo coste admitido por la propia Acusación Particular es de 7€/tm.

Los criterios contables empleados por KPMG para valorar el perjuicio causado, y puesto en duda por las contrapericias efectuadas, ante la plena convicción de este Tribunal de la existencia de una estafa como así hemos argumentado y expuesto por la introducción en exceso de materiales estériles como chatarra, lo que se traduce en la inusual presencia de tales estériles introducidos en las cestas de chatarra que se introducen en el horno de fundición, debe de ser objeto de corrección a fin de llegar a un pronunciamiento certero sobre responsabilidad civil, obligación impuesta por el mandato contenido en el artículo 116 del Código Penal.

La cantidad de la que debemos partir es la constatada por KPMG de 9.208.782 euros, que choca con la inicial estimación de AMZ obrante a los folios 911 y siguientes de las actuaciones donde se evalúa un perjuicio de poco más de seis millones y medio de euros, perjuicio evaluado como detracción del beneficio que debiera haberse producido en AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015, y ello además por cuanto las contrapericias efectuadas no han concretado una cantidad, siquiera como beneficio positivo, durante el citado periodo, y ante la racional conclusión del descenso en el rendimiento de la producción del horno de fundición.

A la cantidad fijada deberá deducirse el gasto fijo de 1.543.596 euros, así constatada en el informe pericial de KPMG tomado como referencia, por cuanto si tal gasto es fijo el mismo se produce tanto si se introducen estériles con la chatarra como si no, y si el estéril no produce acero, ningún coste debe atribuirse al mismo (pericia de los señores Lucas y Maximino), y éste es un dato que por racional produce convicción en este Tribunal.

Por ello, la cantidad que se estima en perjuicio de AMZ en el Periodo Relevante deberá ser la de 7.665.186 euros.

Siguiendo el criterio de corrección expuesto previamente, y observando el sistema de producción de AMZ en donde los clasificadores de chatarra juegan un relevante papel a la hora de controlar la mercancía que receptionan, se comprueba que, con carácter general o de manera estandarizada, aplicaban un descuento por camión cargado de chatarra de un 2% a un 5% por los estériles incorporados a la chatarra transportada, y atribuible a los aproximadamente 124 proveedores de la misma a la multinacional perjudicada como así expondremos más adelante.

Por otro lado, se objetivan 29.643 toneladas métricas de tierra cribada que, en principio, descontada del cinco por ciento antes citado, se vende a terceros por importe de 7 €/tm, lo que hace un total de 207.501 euros que AMZ recupera en el Periodo Relevante.

Debe de tenerse en consideración el indicado valor, pues la tierra cribada entra dentro de la fórmula empleada por la pericia efectuada por KPMG para evaluar el perjuicio, siendo éste un dato contable impugnado en las



contrapericias efectuadas, en concreto en la realizada por el perito señor Claudio , y también por el señor Bruno , por lo que ante su inclusión, dado que nos encontramos en un proceso productivo complejo conforme a la propia pericia de KPMG, optamos por corregir tal cuestión descontando su valor del importe indemnizatorio que deba de ser objeto de resarcimiento.

De esta manera entendemos que, en aras a esa corrección de la cantidad reclamada que debemos hacer, deberá detrarse de los 7.665.186 euros, el cinco por ciento de la misma aplicando el descuento máximo imputado usualmente por los clasificadores de AMZ, puesto que a partir de 2014 no sólo aplican a los proveedores el citado descuento, sino que se introducen penalizaciones, dato expuesto por el testigo señor Narciso (Jefe de Compras de AZM).

Ese cinco por ciento se traduce en la cantidad de 383.259'30 euros a la que deberá sumarse el valor de la tierra cribada en el Periodo relevante y que asciende a la cantidad de 207.501 euros.

El resultado total de 590.760'30 euros deberá descontarse de la cantidad de 7.665.186, por lo que el perjuicio corregido conforme a este criterio será de 7.074.425'70 euros.

Como ya hemos expuesto, la compra como chatarra con un exceso de estériles propiciado y consentido por los seleccionadores ya es un evidente delito de Estafa al concurrir los elementos objetivo y subjetivo para su apreciación, y tras su criba se introduce en el horno de fundición mermando su producción de acero (palanquilla).

Pericialmente se ha constatado, y así lo exponen los peritos señores Luis Miguel de la Acusación Particular y Vidal de la defensa del acusado señor Julio , que el peso total de palanquilla que sale del horno de fundición es siempre ligeramente inferior al peso de la chatarra introducida en un trece por ciento, merma que deberá ser objeto asimismo de corrección a la cantidad ya concretada de 7.074.425'70 euros, por lo que tal porcentaje que se evalúa en el trece por ciento de la cantidad antes referida (919.675'341 euros), reducen la precitada cantidad a la de 6.154.750'359 euros.

Se ha expuesto, y nadie lo ha contradicho, que los proveedores de chatarra de AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015 eran ciento veinticuatro, y solamente tres, o dos a tenor del relato de hechos probados, de ellos están acusados, siendo de muy difícil comprensión para este Tribunal, si no imposible, que únicamente tres del largo centenar de proveedores sean los responsables directos del perjuicio causado a la empresa perjudicada cuando los vídeos proyectados en el Plenario a instancia de la Defensa del acusado señor Leoncio , se observa que de manera indiscriminada TODOS los camiones que descargan chatarra en la campa de AMZ, junto a aquella, levantan gran cantidad de polvo, dato corroborador de que toda chatarra lleva incorporada material estéril, y que objetiva las dudas que se plantean al Tribunal en cuanto a la imputación de todo el perjuicio únicamente a los acusados responsables de las empresas RECICLARTE por parte del acusado señor Leoncio , RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN por el acusado señor Julio , y HIERROS y METALES DÍEZ por el acusado señor Amador .

Tales dudas vienen a su vez confirmadas por el hecho de que conforme a la pericia efectuada por KPMG, el total de la chatarra suministrada por la empresa SAN JUAN, participada por el señor Julio , en el Periodo relevante supera las 800.000 toneladas métricas de chatarra, cuando únicamente lo ha sido en la cantidad de 130.000 toneladas métricas, dato puesto en evidencia por los peritos de la Defensa señores Casimiro y Cesareo de la entidad GRANT THORNTON, y corroborado en el Plenario por el propio perito de la Acusación señor Luis Miguel de KPMG.

Por otro lado la pericia realizada por los peritos señores Bernardino y Blas constata que la manera de determinar las empresas que transportan más estériles de los debidos son cinco, circunstancia que se puede corroborar observando el informe de AMZ obrante a los folios 911 y siguientes de las actuaciones, entre las que se encuentran las tres implicadas concentradas en las personas de los tres acusados señores Leoncio , Julio y Amador y que suponen el veintidós por ciento del total de la chatarra transportada en el Periodo Relevante a AMZ, siendo de equidad, ante la evidencia del aporte de estériles por la totalidad de las empresas suministradoras de chatarra que únicamente puede imputarse a los citados acusados el 22 por ciento de la cantidad de 6.154.750'359 euros y que asciende a la de 1.354.045'078 euros.

Esta última cantidad citada corresponde a la actuación supuesta de cinco empresas y que suponen el veintidós por ciento del perjuicio causado en total. Dos de ellas no están implicadas en las presentes diligencias lo que nos lleva a concretar el perjuicio a las tres quintas partes de 1.354.045'078 euros, que quedará reducida a la cifra de 812.427.046 euros.

Ahora bien, y conforme se dispone en el artículo 116.1 del Código Penal por el que "si son dos o más los responsables de un delito los jueces y tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno", el porcentaje de participación de las diferentes empresas involucradas en el fraude constatado es distinto,



variando de año en año, dentro del Periodo Relevante, debiendo acudir al folio 3644 de las actuaciones en donde la pericia realizada por KPMG atribuye unos porcentajes concretos de responsabilidad a las empresas, por un lado, RECICLARTE cuyo responsable es el señor Leoncio y RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN cuyo responsable es el acusado señor Julio y HIERROS y METALES DÍEZ es el acusado señor Amador, por otro, porcentajes que varían según sea el año de que se trate dentro del Periodo Relevante, motivo éste por el que estimamos que en razón del aporte de chatarra suministrada a AMZ por cada uno de ellos, debe de hallarse la media aritmética de los porcentajes reseñados en los cuatro años indicados al ser ésta la solución más aproximada a la realidad.

De esta manera RECICLARTE responderá de un porcentaje del 56'23% (52'19+56'93+63'89+51'91 dividido entre cuatro); RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN de un porcentaje del 41'93% (47'81+43'07+36'11+40'73 dividido entre cuatro) y HIERROS y METALES DÍEZ de un porcentaje del 1'9% (7'36 dividido entre cuatro puesto que sólo se hace constar un año en la pericia citada).

Se corregirá a la baja en un 0'6% el mayor porcentaje del 56'23% al sobrar ese porcentaje y cuantía de la suma total, quedando concretado en un 56'17%.

En el sentido indicado y sobre la cantidad resultante de 812.427'046 euros, el acusado Leoncio responderá de la cantidad de 456.340'27 euros, el acusado Julio de la cantidad de 340.650'66 euros, y el acusado Amador de la cantidad de 15.436'11 euros, pero como quiera que éste resultará absuelto de la acusación que se le formulaba tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular, la cantidad que al mismo le hubiera correspondido abonar debe dejarse fuera del ámbito de la responsabilidad civil de esta sentencia pues la pericia atribuía un porcentaje de actuación que debe de quedar impune dejando a salvo la vía civil correspondiente, en su caso".

j.- Absolución del resto de acusados.

Por último, el Tribunal absuelve al resto de acusados, por entender que no existe prueba bastante para la condena, y al no haberse enervado frente a ellos la presunción de inocencia.

k.- Absolución de la acusación de grupo criminal del art. 570 ter in fine CP.

Señala el Tribunal que "La organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad, permanencia y estructuración jerárquica con reparto de funciones (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos requisitos, o cuando concurra uno solo.

Sentado lo anterior es importante destacar que, tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos.

Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

...

En el caso enjuiciado se estima acreditado que había un concierto previo de voluntades entre los acusados Leoncio, Julio, Javier, Jacinto, Jesús y Lázaro, para llevar a efecto la estafa apreciada, con un reparto de funciones directamente dirigidas a la consecución del fin ilícito, pero no consta que hubiera una prolongación temporal de la existencia de grupo para la ejecución de varios delitos; lo único acreditado es la comisión conjunta por los mencionados acusados de un único hecho delictivo, el de estafa, no pudiéndose descartar que se tratara de un concierto puntual para la comisión inmediata del delito, supuesto de mera codelincuencia.

Por ello la sentencia será absolutoria en relación con el delito de pertenencia a grupo criminal de todos los acusados en la presente causa."

RECURSO DE Jacinto

**SEGUNDO.-** 1.- Por infracción de precepto Constitucional y en concreto derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías según los Artículos 24 y 120 de la Constitución Española y el Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se alega por la recurrente que no existe prueba de cargo para la condena. Pues bien, 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).

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

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

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

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 esta Sala 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).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En este caso, hay que recordar que lejos de la alegación del recurrente de ausencia de pruebas, Jacinto, en su declaración en el Juzgado de Instrucción, reconoció los hechos objeto de imputación, dando toda clase de detalles sobre su participación y la participación de los demás coacusados. Igualmente, Jesús y Lázaro le implican en los hechos. Al haber sido llevada tales declaraciones al juicio oral y corroboradas por otras pruebas, constituye prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Se ha declarado probada la intervención del recurrente en los hechos como uno de los "clasificadores" de la empresa perjudicada y que *Las dos empresas antes citadas y en colaboración con los tres trabajadores antes expuestos de ACELORMITTAL enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.*

El Tribunal ha dado mayor valor a la declaración efectuada en sede de instrucción frente a la exculpación del plenario, al haberse dado cumplimiento a la elevación al plenario de las "contradicciones existentes entre las efectuadas en la instrucción y las del plenario. Así, apunta el Tribunal de instancia ante quien se practica la prueba y que examina las de la fase de instrucción y las del plenario, al haberse expuesto en el juicio las contradicciones entre unas y otras que:





"Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa. En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacia 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier, que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro".

Y también se desprende la incriminación de la declaración de los condenados Sres. Jesús y Lázaro que también reconocen en fase de instrucción los hechos que se declaran probados.

En definitiva, pese a que el recurrente introduzca el episodio del robo no puede alterar este hecho el declarado probado por el Tribunal, ya que éste ha admitido el contenido de su declaración inculpativa, que no afecta solo a que "hicieran la vista gorda", sino que describe el entramado llevado a cabo y la percepción de comisiones por ello, manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban Jesús y Javier, que hablaban entre los tres. Que siempre hay una carga que llevan los transportistas que es estéril. Que el beneficio que solía sacar de media eran 1000 euros cada uno de los proveedores y en este último año 2000. Los proveedores eran RECICLARTE y SAN JUAN. Que quien le entregaba el dinero por RECICLARTE era Leoncio, y por SAN JUAN, Lázaro.

Como hemos expuesto, también hace referencia a un atraco sufrido en su domicilio por parte de dos encapuchados, en el transcurso del cual su mujer oyó que los atracadores le decían "esto te pasa por robar". Y, además, explica con todo detalle la mecánica de cómo llegan los camiones con la chatarra y en ocasiones "hacen la vista gorda" sobre la cantidad de residuos que lleva, descontando menos cantidad de la que realmente portaban. En esta mecánica apunta que también actúan Jesús y Javier, siendo los proveedores RECICLARTE Y CHATARRAS SAN JUAN: Para realizarse el pago

-1000 euros al principio, 2000 después- quedaba, por la empresa San Juan, con Lázaro, y lo hacía en una cafetería o en la propia empresa, y por San Juan quedaba con el jefe de la empresa Leoncio. El reconocimiento es de su autoría y de los demás, y no existe o detecta por el Tribunal ánimo o móvil espurio alguno, porque no puede desprenderse ninguno, así como que en la misma línea lo reconocen los Sres. Jesús y Lázaro.

Con respecto al valor que el Tribunal otorga a la declaración de la fase de instrucción al elevarla al plenario y comprobar las contradicciones hay que reseñar que:

*La declaración sumarial del coimputado y la contradicción con la prestada en el juicio oral. Criterios de valoración*

Por un lado, es preciso analizar la validez de la declaración que emitió el coimputado en la fase de instrucción; por otro, es preciso comparar esa declaración con la que después realiza en el acto del juicio oral. La importancia de esta cuestión radica en la posible contradicción existente entre ambas y la posibilidad de asumir la prestada en la fase de instrucción frente a la efectuada en el juicio oral.

En principio, es la regla general en materia de valoración de prueba la practicada en el plenario, pero la Jurisprudencia de esta Sala ha venido aceptando que se confronten esas dos declaraciones y que se efectúe una debida valoración siempre y cuando la declaración sumarial haya sido traída al juicio oral para permitir la contradicción y la publicidad que se requiere para que pueda ser valorada y tenida en cuenta, que es lo que en este caso ha llevado a cabo el Tribunal.

En efecto, esta Sala del Tribunal Supremo recoge en la sentencia de fecha 10 de enero de 2000, nº 1573/2000 que «Las declaraciones del coimputado se han admitido como prueba inculpativa desvirtuadora de la presunción de inocencia por el TC ( Autos del TC 479/1996 de 4 de junio, 293/1987 de 11 de marzo, 343/1987 de 18 de marzo, y STC 137/1988 de 7 de agosto), y por esta Sala (SS 870/1992 de 15 de mayo, 1818/1993 de 26 de julio, 399/1994 de 28 de febrero, 335/1995 de 10 de marzo, 146/1996 de 20 de febrero y 108/1997 de 23 de julio), aunque el Tribunal Penal habrá de ponderar la credibilidad de las afirmaciones heteroinculpativas, examinando las circunstancias de la coparticipación, la personalidad de los partícipes, sus relaciones con la persona a quien imputa y la posible presencia de móviles de auto-exculpación o sentimiento de odio o interés».

Además, el Tribunal Constitucional ( SSTC 1079/1993 de 12 de mayo, 1856/1994 de 17 de octubre, 2093/1994 de 20 de diciembre, 1070/1995 de 31 de octubre, 269/1996 de 25 de marzo y 377/1997 de 20 de marzo y 6 de mayo de 1998) también admite esta valoración de la declaración sumarial del coimputado frente a la que éste deponga en el juicio oral al recoger que: «El órgano de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla sea sometida en el juicio a contradicción. Se entenderá cumplido el requisito de la sumisión a contradicción de las diligencias sumariales cuando hayan sido incorporada al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre el contenido de las mismas».



En este tipo de casos hemos visto que el tribunal debe valorar los motivos de la contradicción existente entre ambas declaraciones, circunstancia que será objeto de interrogatorio en el juicio oral, ya que habrá que averiguar los motivos por los que en una de las declaraciones está faltando a la verdad y si existe alguna razón para articular alguna coartada a otro de los imputados, de enemistad, interés u otras razones para haber cambiado la declaración inicialmente efectuada en la fase de instrucción.

En consecuencia, los requisitos que viene exigiendo el TS ( STS de fecha 14 de enero de 2000, nº 1482/1999, rec. Nº 1333/1998) se centran en los siguientes:

- Que exista una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial, no simplemente declaración policial». En efecto, no se admite que esa valoración se verifique con relación a las declaraciones efectuadas en sede policial, sino que la confrontación se hace con relación a aquéllas estrictamente judiciales, es decir las que se han realizado a presencia del juez de instrucción.

- Que se proceda a la lectura de la declaración sumarial, a petición de cualquiera de las partes como establece el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio ( art. 708 párrafo segundo LECrim.)», o bien que se hagan constar las contradicciones entre las declaraciones sumariales y las del plenario, aspecto éste que destaca el Tribunal en su sentencia.

- Que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el coacusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral».

Es decir, que en la sentencia el tribunal hará mención de estas divergencias y de las razones que le llevan a inclinarse por valorar la prueba en un sentido determinado, como aquí se ha realizado. No es válido recoger una afirmación frente a otra sin explicar la razón de ciencia del motivo. Ello va entrelazado, o debe ir, con la cadena de la prueba que el tribunal valora y que le lleva a la convicción de que los hechos ocurrieron en la forma que relata en los hechos que son declarados probados por la Sala.

- No obstante la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del artículo 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna.

Este punto tiene su importancia por cuanto, en efecto, no es requisito exigible que se haya constar formalmente la necesidad de la lectura de las declaraciones sumariales, sino que si durante el interrogatorio del plenario salen a relucir las declaraciones sumariales frente a las que está realizando en ese mismo acto el tribunal podrá utilizar la contradicción y valorar una u otra en el sentido que estime conveniente, y razone debidamente, para declarar, o no, la responsabilidad penal del acusado.

Al mismo tiempo, una vez que se ha incorporado al juicio oral el contenido de lo que el coimputado declaró en la fase de instrucción y se comprueba la diferencia que existe en lo declarado en el plenario, el tribunal tiene dos exigencias inexcusables para que opere como «prueba de cargo» la declaración sumarial frente a la que ha realizado en el juicio oral.

El convencimiento del tribunal de que asume el contenido de la declaración sumarial tiene que tener un soporte acompañado por otras pruebas o circunstancias que llevan al tribunal a interpretar lo ocurrido de una forma determinada y que los hechos no pudieron ocurrir de otra distinta. Ello debe entenderse así por la falta de intermediación del tribunal respecto a la declaración sumarial ( SSTC 153/1997 y 115/1998, así como SSTS 14 enero 2000 y 14 mayo 1999). Así, señala la STC 14 enero 2000 que, «la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa del coacusado que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral».

Como venimos señalando es preciso un razonamiento expreso del motivo por el que el tribunal asume una declaración frente a otra. Más aún, como señalan las SSTS de fecha 22 diciembre 1997 y 14 mayo 1999, si «se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral, pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante».

La situación que contemplamos en virtud de la cual el tribunal puede valorar en mayor medida una declaración realizada ante el juez instructor antes que la que ante él mismo se ha practicado resulta, cuanto menos, de



una explicación profunda y razonada. El tribunal prefiere más una declaración de la misma persona que es distinta radicalmente a la que esta misma hace posteriormente ante el propio tribunal. En consecuencia, la STS de fecha 16 de febrero de 2000 señala que: «En definitiva se trata de constatar que no concurre ninguna tacha ni sombra en el testimonio dado, que pueda afectar a la credibilidad del mismo, ya que en definitiva, se está ante un problema de credibilidad y por ello esta cuestión debe ser examinada escrupulosamente por el Tribunal de instancia».

Y esto es lo que se ha llevado a cabo por el Tribunal con una explicación suficiente y razonada al respecto en la versión que dan los condenados antes citados en el FD nº 1 de la presente resolución, así como la cita de la advertencia de las contradicciones existentes expuestas por la acusación y apreciadas por el Tribunal.

#### *Medidas de autoprotección en la empresa*

Además, con respecto a la existencia, o no, de medidas de autoprotección en la empresa perjudicada que se alega por el recurrente no altera la esencia del delito de estafa en cuanto a la prueba tenida en cuenta por el Tribunal, ya que no puede apelarse al concepto de autotutela, como verifica el recurrente al apuntar que "no cabe en la cabeza que un clasificador de chatarra pueda causar un perjuicio relevante al primer productor de acero del mundo", o que "en cualquier momento el ingeniero Sr. Jose María o cualquier otro supervisor puede personarse en la campa de descarga y comprobar directamente y con sus ojos si se están o no "colando estériles" y exigir una mayor autoprotección a los sujetos pasivos de la estafa en esta actitud permanente", y, sobre todo, que "si se aplicarán las medidas de autoprotección resultaría imposible colar estériles como chatarra, lo cual abunda en el hecho de que no hubo engaño sino falta de control por parte de ARCELORMITTAL".

No puede admitirse que la inexistencia del debido control pueda conllevar la absolución del condenado recurrente por no implementar medidas de autoprotección.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 1015/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 593/2013 que:

"Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988, ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del "punto de vista" de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este "punto de vista", propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Las SSTS 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril de 2013, entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad



para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño". Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa".

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente



tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

No puede, por ello, introducirse el mecanismo de la "autotutela" como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima "por haber sido engañados", y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra u otras personas, como aquí se declaró probado. Así pues, una cosa es que la empresa española esté adoptando programas de compliance, cada vez más, con estos mecanismos de vigilancia, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar la empresa para protegerse, y que si no se hace en una elevada graduación de autotutela quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

Cierto y verdad es, sin embargo, que hemos señalado en otras ocasiones el problema que puede existir en el sector empresarial la ausencia de medidas o mecanismos de control, y más en casos como el aquí ocurrido, en el que se demuestra la facilidad con la que unos trabajadores, como se ha declarado probado, pueden llevar a cabo un daño relevante en su empresa, sin que se detecte, salvo que exista una denuncia anónima, como aquí ha ocurrido, que incite y provoque una investigación policial.

Hemos reseñado, así, en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y Sentencia 365/2018 de 18 Jul. 2018, que es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del *compliance* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

En este caso, el delito se ha cometido por empleados, pero ad intra, al igual que se cometen los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal que no entran en el arco de responsabilidad penal de las personas jurídicas, solo aplicable a la delincuencia ad extra. Pero en este caso la delincuencia lo ha sido hacia la propia empresa (ad intra) en la que trabajaban los condenados en colaboración con empresas que con ellos se relacionaban, pero la circunstancia de la inexistencia de una medida de "autoprotección" de la empresa con el programa de cumplimiento normativo, no puede conllevar más que un propio error interno de la empresa que no ha seguido las recomendaciones que al respecto se están haciendo de implementar estos programas para aplicar la cultura del cumplimiento del derecho en la empresa y de las buenas prácticas que eviten la actividad delictiva tanto hacia dentro como hacia afuera. Pero, indudablemente, para evitar conductas internas como las aquí probadas y que, entre otros factores, a raíz de una denuncia interna puso en alerta a los responsables para llevar a cabo la investigación que acaba con el descubrimiento de los hechos. En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante". Y en este caso, éste lo fue.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos, el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de estafa por los propios empleados a su empresa, cobrando comisiones de terceros, pese perjudicar a su propia empresa, y para beneficiarse ellos, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que producirse una denuncia interna, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente, para depurar las responsabilidades penales; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de



bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra.

Se cuestionan, también, las conclusiones de la prueba pericial apreciada por el Tribunal, pero el razonamiento del Tribunal al respecto ya se ha explicado y supone una argumentación extensa y de alto grado motivador, al explicar, examinando todas las periciales, cuál es el resultado final que resulta como perjuicio, ante el volumen de actividades llevadas a cabo y la constatación de ese fraude y de ese perjuicio debidamente cuantificado. No pueden aceptarse las quejas del recurrente en orden a la valoración de la pericial, porque la explicación antes destacada en el FD nº 1 es suficiente.

La cuestión del robo que sufre el recurrente y las motivaciones y situaciones dadas entre los intervinientes en el delito es una cuestión interna que subyace a los hechos probados, pero que no es elemento determinante de la autoría ni de la prueba tenida en cuenta, suponiendo un suceso colateral a los hechos probados, y que en modo alguno puede suponer una situación exculpatoria frente a la prueba tenida en cuenta por el Tribunal. Y ello, aunque se incida en que Jesús, se declara responsable de los hechos recogidos en la sentencia, pero no del delito de inducción al robo.

*Valor de las declaraciones inculpatorias de coimputados.*

Ya hemos explicado que el Tribunal ha motivado de forma debida las declaraciones inculpatorias en sede judicial con todas las garantías. Pero, además de ello, sobre el valor de la declaración del coimputado como prueba de cargo ya señaló esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 675/2017 de 16 Oct. 2017, Rec. 10039/2017 que:

1.- Valoración de pruebas personales.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si se incorpora esta versión a la contradicción del plenario en los términos expresados en el artículo 714 de la LECRIM, posibilitando así el adecuado ejercicio del derecho de defensa, el Tribunal puede contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios conforme a su recta conciencia y, en cuanto tal, extraer del relato presente o previo, la convicción que entienda que se ajusta a lo verdaderamente acontecido.

2.- Suficiencia de las declaraciones de los coimputados.

Respecto a la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia, cuando estas declaraciones se presentan como únicas pruebas de cargo, diferentes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, han consolidado una importante doctrina al respecto.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 258/2006, de 11 septiembre ( con cita de la Sentencia 160/2006, de 22 de mayo) decía: «Tal como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos [contenidos en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3], cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, F. 4; 98/1990, de 24 de mayo, F. 2; 50/1992, de 2 de abril F. 3; y 51/1995, de 23 de febrero, F. 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpativos, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE.

3.- Al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997 de 29 de agosto, F. 6; 49/1998, de 2 de marzo, F. 5; y 115/1998, de 1 de junio, F. 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ( art.24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de



inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

#### 4.- Exigencia de corroboración en la declaración del coimputado.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FF. 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, F. 4; 182/2001, de 17 de agosto, F. 6; 57/2002, de 11 de marzo, F. 4; 68/2002, de 21 de marzo, F. 6; 70/2002, de 3 de abril F. 11; 125/2002, de 20 de mayo, F. 3, y 155/2002, de 22 de junio, F. 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 1, o 312/2005, de 12 de diciembre, F. 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes.

Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, F. 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4, estableció que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena.

La STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, F. 4, precisó que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero,

F. 5, y 30/2005, de 14 de febrero, F. 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurran excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 5, y 165/2005, de 20 de junio, F. 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos». En parecidos términos se expresa la STC 125/2009, de 18 mayo.

3. En el mismo sentido, esta misma Sala ha recogido con reiteración (SSTS 60/2012, de 8 de febrero, 84/2010, de 18 de febrero o 1290/2009, de 23 de diciembre entre otras) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio.

#### 5.- El coimputado no comparece como testigo, sino como acusado.

Puede mentir.

Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene ( STC 115/98 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre).



#### 6.- Reglas en la declaración del coimputado como prueba.

En todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando ( SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia - cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

#### 7.- La corroboración.

Surge así, como cuestión esencial, cuándo debe considerarse mínimamente corroborado el contenido de la declaración del coimputado que inculpa, en orden a enervar el derecho a la presunción de inocencia de un acusado y respecto de una acusación concreta.

Y si la jurisprudencia de esta Sala refleja que para ello deben aportarse hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido, una visión respetuosa con el núcleo esencial del derecho constitucional afectado, no pasa por que la demostración de veracidad se proyecte sobre cualquier extremo del relato sometido a análisis, sino sobre un punto de la declaración que esté específica y directamente relacionado con los hechos punibles.

Dicho de otro modo, por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostenga la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de los extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado ( STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4).

En este caso, el Tribunal ha explicado de forma debida esta corroboración, razonando la concreción con que se producen las tres declaraciones de los recurrentes Sres. Jacinto , Jesús y Lázaro explicadas por el Tribunal y que constan en el FD nº 1 de esta resolución, así como que apunta el Tribunal en orden a la corroboración que:

"La mínima corroboración a la que, en la misma, se hace referencia respecto de las declaraciones de los coimputados viene determinada por la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral como fue:

1.- La declaración de Sonia , encargada de recursos humanos y quien puso la denuncia en Comisaría de Policía la cual se ratificó en su declaración prestada en el Juzgado de Instrucción en el sentido de que recibieron un anónimo obrante al folio 156 de la causa donde se advertía que los clasificadores, en connivencia con los proveedores, ponían mas estériles en la carga que la admitida.

2.- Por su parte Segundo , Ingeniero y Director Gerente de la empresa, que también se ratificó en lo manifestado en fase de instrucción en el sentido de que, tras un descenso en el rendimiento de producción durante el periodo que duró la investigación llevada a cabo por la empresa, cuando los proveedores cesaron en sus puestos se produjo de nuevo un crecimiento en dicho rendimiento".

#### 3.- Prueba pericial:

Sobre esta prueba apunta el Tribunal que:

"Pero sobre todo y fundamentalmente la pericia desarrollada por la acusación particular permite evaluar, un perjuicio derivado de la mecánica del fraude indicado lo que objetiva las manifestaciones de los coimputados al amparo de la doctrina expuesta previamente, y que como tal se configuran como prueba suficiente para



entender superado el derecho a la presunción de inocencia de los considerados autores de la infracción criminal de Estafa por la que se acusa pública y particularmente".

#### 4.- Denuncia anónima.

Señala el Tribunal en el FD 7º que: "Se recibe un anónimo en la persona de la responsable de Recursos Humanos y testigo Sonia en fecha 13/03/2013 en donde se advertía de la existencia de un fraude de chatarra, no han alcanzado a nuestro juicio la eficacia exigible ante situaciones como la relatada.

Dicho anónimo, obrante al folio 156 de las actuaciones, dice expresamente: "*Buenas, En primer lugar quiero que entiendan porque me mantengo en el anonimato para no tener represarías hacia mi persona después de lo que voy a exponer. Quiero darle a conocer un posible fraude que se esta produciendo en el parque de chatarra entre clasificadores y chatarreros en especial a Don Ernesto , beneficiando a varios chatarrero en las clasificaciones de chatarra, cambiando categorías de calidades o poniendo mucho menos residuo del que lleva. Esto se hace a varias horas pero en general cuando este señor va de turno de mañana y el viaje o viajes se recepcionan de 6:00 h a 7:00 h de la mañana. A cambio de esas clasificaciones este señor se beneficia económicamente con importantes cantidades de dinero. Aquí le dejo constancia, y ahora esa en sus manos. Atentamente". (sic)*

El Tribunal ha entendido suficiente la prueba existente y la corroboración de entidad suficiente, motivando de forma adecuada la sentencia.

#### *Importancia de la denuncia interna presentada como "notitia criminis"*

Importancia tiene la denuncia llevada a cabo y en la que, con la inexistencia de un programa de cumplimiento normativo interno, sí que resulta notablemente interesante que en el periodo de los hechos probados se lleve a cabo una mecánica de actuación ad intra en el seno de la empresa que ha sido recientemente regulada en el denominado "canal de denuncias interno" o, también denominado *Whistleblowing*, y que ha sido incluido en la reciente Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En efecto, se hace constar en esta Directiva comunitaria que *los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos.... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo.*

Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como "notitia criminis" se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciante, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia.

En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma.

En el caso ahora analizado una denuncia interna, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio económico que se ha considerado probado. Resulta, pues, necesaria la correlación entre el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ad intra, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad, como aquí ocurrió perjudica a la propia empresa, y, al final, a los propios trabajadores, si el



volumen de la irregularidad podría poner en riesgo y peligro hasta sus propios puestos de trabajo, pero más por el propio sentimiento de necesidad de la honradez profesional y evitación de actividades delictivas, o meras irregularidades en el seno de la empresa, circunstancia que de haber existido en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que por su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente.

Con todo ello, el proceso de valoración de la prueba y su razonamiento y explicación por el Tribunal debe considerarse suficiente.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de las circunstancias atenuantes de reparación del daño, artículo 21.5 y cooperación, artículo 21.4 y 21.7 del Código Penal.

*Atenuante de confesión:*

Se postula la aplicación de la atenuante de confesión, cuando pese a haber reconocido los hechos en sede de instrucción y previa policial, los niega en sede de juicio oral, postulando la no aplicación de la valoración de esa primera declaración autoinculpatoria.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan:

1º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial;

4º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial;

5º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla;

6º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante ( SSTS 477/2016, de 2 de junio).

Señala sobre ello el Tribunal que "si bien es cierto que Jacinto en un principio declaró que los hechos por los que ahora se le enjuicia eran ciertos, también lo es que dichas manifestaciones las hizo cuando ya la investigación inicial estaba en marcha y fue detenido y, por otra parte, dichas manifestaciones no fueron mantenidas a lo largo del proceso pues en el acto del juicio, oral se desdijo de las mismas. Por todo lo cual no le es de aplicación dicha circunstancia atenuante".

La jurisprudencia de esta Sala ha sido, por ello, uniforme y pacífica a lo largo del tiempo, pues siempre ha entendido que el procedimiento judicial se inicia con la instrucción del atestado por parte de los funcionarios policiales.

Como dicen las SSTS, Sala 2.ª, de 22 septiembre 1999; núm. 1459/2002 de 10 septiembre; núm. 663/2003 de 5 mayo y, núm. 1073/2004 de 6 octubre, el procedimiento judicial supone no sólo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sea sumario, sea diligencia previa o indeterminada, sino también las que a la Policía correspondan, concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho «procedimiento judicial».

La expresión «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él» debe interpretarse como «antes de ser sorprendido por los órganos encargados de la represión judicial de hechos delictivos, incluyendo:

a.- Tanto las actuaciones instructoras que realiza la autoridad judicial como

b.- La investigación que realiza la policía judicial ( art. 126 CE) para la investigación de un hecho delictivo» ( STS núm. 1619/2000, de 19 octubre)".

Con ello, y tras lo expuesto por el Tribunal debe otorgarse carta de naturaleza a lo que podríamos denominar la "confesión mantenida" por coherencia con la objetivación de la misma, la cual se desdibuja si la confesión supone una retractación y postulación del mantenimiento de una declaración contraria a la que expuso al confesar los hechos, una vez el procedimiento ya estaba abierto a raíz de la investigación policial, además de producirse ésta después.

*Atenuante de reparación del daño:*



Respecto a la atenuante que se postula de reparación del daño debe desestimarse igualmente, dado que, como señala el Tribunal "Respecto a la otra atenuante invocada cual es la reparación parcial del daño tampoco es posible aplicarla pues ni la defensa de Jacinto especificó en qué ha consistido la reparación ni la misma se ha sido probada".

Además, como sostiene el Ministerio Fiscal, el acusado, como se dice en el escrito del recurso, consignó 3000 euros el 19 de abril de 2017, manifestando que lo hacía en concepto de reparación del daño (folios 5476 y 5477). Ahora bien, el dinero fue ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, lo que es muy distinto que entregarlo al perjudicado. Y, lo que es más importante, se realiza una vez que se ha abierto el juicio oral por Auto de 3 de abril de 2017 (folios 5431 y sig.) en el cual se requiere a Jacinto a prestar, en el término de una audiencia, fianza por la cuantía de 15.000.000 euros para cubrir las responsabilidades pecuniarias (folio 5442). La consignación, por una mínima cantidad de los daños estimados (que posteriormente la sentencia cifró en 796.990,93 euros, intereses y costas aparte), no es sino consecuencia de la medida de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del ilícito penal ( art. 764 LECrim) impuesta por el Juzgado.

Hay que recordar que para la apreciación de esta atenuante la reparación debe ser voluntaria. Resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Pero esta colaboración del autor de los hechos a la reparación del daño ha de ser voluntaria, de modo que, por mucha objetivización que se pretenda dar a la atenuante no puede admitirse cuando, por ejemplo, se satisface la indemnización por requerimiento judicial vía arts. 589 y 783.2 LECrim.

Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta «personal del culpable». Ello hace que se excluyan:

- 1.- Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio
- 2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.
- 3.- conductas impuestas por la Administración.
- 4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente".

En cualquier caso, debe tratarse de un pago relevante del daño causado, lo que aquí no ha ocurrido, ya que la consignación judicial es de tan solo 3.000 euros, cuando el perjuicio fijado asciende a la suma que es objeto de condena que antes se ha citado, lo que no cubre en modo alguno ni el concepto de "reparación parcial" en ningún caso.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 117/2019 de 10 Ene. 2019, Rec. 1168/2018 que:

"Recordábamos en la STS 125/2018, de 15 de marzo que: "La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art.

21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril).

Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso.

Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito ( SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre).

Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante.

Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante ( SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

No obstante, también tenemos declarado que la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño solo es aplicable cuando la referida reparación es suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado ( STS, 544/2016 de 21 de junio, entre otras).

Aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante ( STS núm. 601/2008, de 10 de octubre; 668/2008, de 22 de octubre; 626/2009, de 9- 6; y 251/2013, de 20-3, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 268/2016 de 5 Abr. 2016, Rec. 1343/2015 que "Hemos de tener presente que la atenuante resulta operativa como ordinaria, cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica".

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** 3.- Por quebrantamiento de forma ex artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 855 de la misma ley.

La escasez argumental del motivo conlleva la desestimación, ya que solo se hace mención a unos folios y documentos sin mayor extensión argumental o qué apartados del factum entiende que se ha producido el error que llevaría a un cambio en el fallo de la sentencia.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Por infracción de Ley ex artículo 248.1 por aplicación indebida de este artículo del Código Penal y de los artículos 249 y 250.5 y 74 todos del Código Penal.

Se vuelve a incidir en este punto a que "Existiendo además de los clasificadores básculas, cribas, maquinas limpiadoras y grabaciones de vídeo monitorizadas incluso en las tablet de los ingenieros y responsables de ARCERORMITTAL y ante la posibilidad efectiva de vigilar por parte de los jefes en cualquier momento, entendemos que no existe engaño ni perjuicio ni por tanto delito de estafa" cuando ya hemos precisado en el FD nº 2 que la indebida adopción de medidas de autoprotección no conlleva la exculpación de los acusados por un delito de estafa.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Javier

**SEXTO.-** 1.- Por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución en base al art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ:

Frente al alegato relativo a la presunción de inocencia se ha reflejado en el FD nº 2 la doctrina de la Sala al respecto, entendiendo que, a tenor de la valoración del Tribunal sobre la prueba practicada, existe prueba bastante y de cargo debidamente valorada por el Tribunal.

Así, hay que recordar que sin apreciarse ningún ánimo espurio en su declaración, el Tribunal reconoce que Jacinto prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza (folios 1572- 1574) tras ser informado de sus derechos y en presencia de su Letrado. En dicha declaración reconoció los hechos denunciados, manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban Jesús y Javier , que hablaban entre los tres. Que siempre hay una carga que llevan los transportistas que es estéril. Que el beneficio que solía sacar de media eran 1000 euros cada uno de los proveedores y en este último año 2000. Los proveedores eran RECICLARTE y SAN JUAN. Que quien le entregaba el dinero por RECICLARTE era Leoncio , y por SAN JUAN, Lázaro . Y que en esta mecánica también actúan Jesús y Javier , siendo los proveedores RECICLARTE Y CHATARRAS SAN JUAN: Para realizarse el pago -1000 euros al principio, 2000 después- quedaba, por la empresa San Juan, con Lázaro , y lo hacía en una cafetería o en la propia empresa, y por San Juan quedaba con el jefe de la empresa Leoncio .

Jesús declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.

Y Lázaro , encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1591) también reconoció los hechos ratificándose en las declaraciones hechas en



Comisaría manifestando que sabía que los clasificadores y los proveedores tenían un apañío y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban el Demoliciones San Juan para ellos.

Con ello, se ha señalado la idéntica declaración que se efectúa en torno a fijar el modus operandi desplegado por los tres clasificadores en orden a llevar a cabo las irregularidades de acuerdo con las empresas que mezclaban la "cascarilla" para obtener un beneficio económico por el que compensaban a los tres trabajadores y un corolario perjuicio a la empresa.

Frente a lo expuesto por el recurrente las declaraciones solo fueron cambiantes en sede de plenario, pese a lo cual ya se ha explicado en el FD nº 2 la referencia a la posibilidad de que el Tribunal pueda valorar las declaraciones en sede sumarial en estos casos, y no puede predicarse en su favor que algunos acusados hayan sido absueltos, por cuanto frente a ellos no se ha encontrado prueba bastante para condenar, lo que evidencia la pulcritud en el análisis de la valoración probatoria, a fin de no condenar a aquellos contra los que se entendió que no existió prueba bastante y la insuficiencia de indicios incriminatorios que no se entendieron suficientes para condenar, lo que no atrae a los tres clasificadores condenados.

Se ha hecho ya mención en el FD nº 2 a la argumentación en cuanto al valor de las declaraciones de los coimputados y la opción de considerar la comparación entre declaraciones en sede de instrucción y plenario, así como la suficiencia de la corroboración existente, entendiendo el Tribunal que ha quedado concretada perfectamente la participación del recurrente en torno a la directa colaboración y participación en los hechos con los otros dos clasificadores condenados, ya que no solo le implican los dos recurrentes condenados, Sres. Jacinto y Jesús, sino, también, Moreno que era el encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno, sin que tenga que suponerse ninguna animadversión contra el recurrente en declarar como lo hizo.

Además, del relato de hechos probados, recogido en el FD nº 1 antes expuesto, pese a la distinta opinión del recurrente, sí que se desprende su directa participación en cuanto consta que *desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto, Jesús y Javier, todos ellos clasificadores de Arcelormittal, enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación. A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.*

Pese a que el recurrente alude a la existencia de contradicciones, o que alegue que no tenía el mismo horario, se le implica en los hechos por el resto de condenados, sin que ello fuera necesario, porque no se hace lo mismo con otros trabajadores y sí se hace con él, además de coincidir en ello quienes reconocieron los hechos en un primer momento, aunque se desdigan después. Su responsabilidad está individualizada, porque pese a las dificultades que puedan existir en estos casos los coimputados lo identifican en su directa participación, y no solo sus dos compañeros de trabajo, que no tenían por qué hacerlo, sino el tercero ajeno a la empresa Sr. Lázaro antes citado al referirse a los clasificadores que lo recibían.

Incide el recurrente en las declaraciones del plenario, pero ya se ha puesto de manifiesto que el Tribunal ha tenido en cuenta estas en comparación con las de instrucción, por lo que las dudas que suscita en torno a las contradicciones están ya resueltas en el FD nº 2 antes expuesta en cuanto a la valoración del Tribunal de esas diferencias, y el valor otorgado a la previa incriminación en los hechos de los tres clasificadores.

Se alega que existía enemistad entre el Sr. Jacinto y el recurrente al acusar el primero a éste por delito de robo, pero no ocurre lo mismo con el Sr. Jesús quien también le cita como partícipe, además de que existe autoinculpación también, y no se trata de culpar al resto de partícipes y aminorar la propia, como ocurre en algunos supuestos de delación. Respecto de las declaraciones de otros acusados no han sido tenidas en cuenta, ya que el Tribunal entiende que respecto a los absueltos no hay prueba bastante que les incrimine en su posible participación en los hechos, pero no puede excluirse de la valoración del Tribunal la intervención del recurrente, bien argumentada y construida por el Tribunal, quien lo incluye en los hechos probados argumentando la prueba de cargo de modo suficiente.

El Tribunal incide en que "Las manifestaciones de los coacusados señores Jesús, Javier y Jacinto, realizada en sede de instrucción con las debidas garantías procesales y constitucionales, oportunas y procedentes, en el sentido y que hemos expuesto en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución indican la mecánica previamente expuesta que viene avalada por la prueba pericial que posteriormente se desarrollará en aras a



determinar el quantum indemnizatorio a que se viene obligado por imperativo de lo dispuesto en el artículo 116. del Código Penal, y ello por cuanto la introducción de un exceso de estériles junto a la chatarra que se deposita en las llamadas "cestas" que luego se introducen en el horno de fundición, produce una merma en la producción de acero o "palanquilla" que no se habría producido si dichos estériles no son introducidos en el horno." De esta manera, la mecánica explicada por los acusados Sres Jacinto y Jesús y la corroboración del sr. Lázaro que servía el producto, como se ha explicado se cohonestaba con el proceder que había fijado la denuncia anónima en los mismos términos con los dos testigos ya citados en el FD nº 1 y 2 y con la pericial practicada y valorada en su conjunto por el Tribunal con sumo detalle descriptivo, y que conlleva el proceder llevado a cabo y la intervención del recurrente en los hechos, aunque pretenda ofrecer dudas sobre su horario, ya que las declaraciones efectuadas y valoradas por el Tribunal le ubican y posicionan en los "tres clasificadores" que participaban en el modus operandi defraudatorio llevado a cabo.

Con respecto a las intervenciones telefónicas reconoce el recurrente que "Dado que la Sala Sentenciadora ha señalado en el Fundamento de Derecho Primero que no ha fundado su convencimiento en el resultado de las conversaciones telefónicas, entendemos que no procede formular motivo por la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española. Dicha nulidad fue solicitada por esta representación, porque se consideraba y se sigue considerando que las intervenciones telefónicas practicadas en este procedimiento se realizaron con vulneración de derecho fundamental. Pero reiteramos dado que la Sala Sentenciadora no las "utiliza" como medio de prueba carece de sentido realizar cualquier consideración sobre ese extremo ninguna prueba se derivaba del resultado de las mismas, y desde luego que si después de seis meses de intervenciones telefónicas, de las mismas no se desprende la participación de mi defendido, queda más avalada aun su presunción de inocencia".

Sin embargo, el hecho de que una persona guarde silencio o no intervenga en un reconocimiento expreso ante la comisión de un hecho delictivo si existe una intervención telefónica, no por ello no puede entenderse enervada la presunción de inocencia si existen otros indicios que corroboran la existencia de prueba suficiente para la condena, como aquí ha ocurrido y se ha reflejado.

Lo mismo cabe decir del hecho de que siempre haya mantenido su inocencia, ya que existen otras pruebas ya expuestas que reflejan su autoría.

Respecto al incremento patrimonial no es este un dato en el que se haya apoyado el Tribunal para dictar la condena, ya que no está entre los elementos probatorios tenidos en cuenta, y la circunstancia de no realizar una externalización de sus ingresos indebidos procedentes del delito, no con ello se debe evitar que pueda valorarse la prueba de cargo que haya sido tenida en cuenta, por cuanto quien recibe comisiones por actividad delictiva bien puede no ingresarlo en su cuenta corriente, o exteriorizarlo, lo que determinaría un grave error en su proceso de ocultación de su autoría y ejecución de sus ingresos ilícitos, o no realizar adquisición de bienes inmuebles o muebles que determinaría un delito de blanqueo de capitales, lo que sería un plus delictivo respecto a la conducta delictiva ya cometida, ya que puede gastarlo en bienes de consumo, sin que ello se refleje en un informe patrimonial, por lo que no se trata de un contraindicio el alegado que evite la condena, como se ha explicado. Se reconoce, así, que se expone que *No se aprecia en el informe emitido por el grupo de policía indicios que presupongan indicio alguno de delito de blanqueo de capitales.*

Sin embargo, que no se afloren los resultados de la actividad delictiva previa no quiere significar que ésta no se cometa, sino que no existe delito de blanqueo de capitales, lo que no es lo mismo.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 2.- Por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

Con respecto a los documentos que se citan hay que recordar que sobre la vía de la utilización del art. 849.2 LECRIM hay que tener en cuenta que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestran 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).

Así pues, con respecto a los horarios, señalar que la tabla Excel sobre horarios y turnos de trabajo del recurrente, realmente no acredita nada que esté en contra de lo expresado en los hechos probados, ya que en éstos no se cita referencia horaria, sino llevanza de la conducta desplegada del fraude de acuerdo con los que actuaban por las empresas antes citadas en el FD nº 1. Según el recurrente, "el elemento esencial a acreditar, es que efectivamente el horario de trabajo del recurrente era de ocho a cinco, y que tan solo de forma muy excepcional (casos de bajas) cubría las horas de seis a ocho, horas en las que se producía el supuesto fraude". Pero hemos reflejado que en ningún lugar de los hechos probados, ni de la sentencia, se dice en qué horario se producía el fraude, ni las tablas acreditan la imposibilidad del recurrente de realizar los hechos, sino que el hecho se cometió y tuvo participación el recurrente.

Con respecto al informe con numero de referencia 125790/2015 emitido por el Grupo de Blanqueo de capitales, Brigada Regional de Policía Judicial adscrita a la Jefatura Superior de Aragón obrante a los folios 566 a 637 señalar que ya se ha hecho mención en el FD anterior que no se cita este informe patrimonial como prueba de cargo, y las razones antes apuntadas de que el autor de un delito patrimonial puede no realizar movimientos de blanqueo que evidencien la actividad delictiva previa. Y que no lo hagan no quiere decir que esta actividad delictiva previa no se haya cometido si existe prueba bastante, como aquí ya se ha reflejado.

El motivo se desestima.

**OCTAVO.**- 3 y 4.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º LECrim, por denegación de diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes se considere pertinente, y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 de la Constitución.

Señala el recurrente que "ha solicitado reiteradamente que la mercantil ARCELORMITTAL-ZARAGOZA aportara al procedimiento Informe conteniendo los datos crudos en formato digital asociados a todas las entradas del listado de horarios, y certificado de la empresa de que esos datos eran reales, de todas las jornadas de trabajo que había realizado en cada una de las distintas áreas profesionales, tanto en el Parque de Chatarra como en el Horno, desglosado por áreas, días y horarios, para poder acreditar su horario de trabajo habitual de 8 a 17 horas.

Por Providencia de fecha 7 de diciembre de 2016 se admite la práctica de la prueba (folio 4796). Por escrito de fecha 3 de febrero de 2017, es decir, casi 5 meses después de aquella solicitud, Arcelormittal Zaragoza presenta un cuadrante de servicios en PDF. Al considerar esta parte que dicho cuadrante no respondía a la prueba solicitada, y que era totalmente distinto a lo que se solicitó, con datos modificables, que no se ajustaban a la realidad, con fecha 13 de febrero de 2017, se reitera la necesidad de que nuevamente se requiera a dicha mercantil, personada como acusación particular a que aporte la prueba solicitada.

Dicha prueba fue nuevamente solicitada en el escrito de conclusiones provisionales, llegando la defensa a solicitar como cuestión previa la suspensión del juicio por dicho motivo".

Pues bien, esta Sala ha señalado en la sentencia 307/2019 de 12 Jun. 2019, Rec. 931/2018 que entre los presupuestos que deben analizarse alrededor del análisis sobre la denegación de prueba hay que atender, también, a dos presupuestos básicos, a saber:

- 1.- Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.
- 2.- La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa.



Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016, "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

El análisis en estos casos parte de un juicio ex post de la sentencia, no ex ante al momento de producirse. Y en este caso MEGASIDER presentó documentación de fechas, sección, turno y "fichajes" de Don Javier (folios 5089 y siguientes), pero de la que disiente el recurrente y vuelve a solicitarlo y la petición es nuevamente reproducida en su escrito de calificación provisional, pero no se deduce qué es lo que pretende acreditar con tal prueba por lo que el Auto de la Audiencia Provincial de 7 de noviembre de 2017 deniega tal petición, ya que, en efecto, los datos solicitados han sido objeto de amplia prueba, documental, testifical y pericial, y si el recurrente considera que los datos presentados son inciertos, tal cuestión deberá ser dilucidada con las pruebas ya existentes, ya que el hecho esencial del delito no consiste en acreditar los horarios de uno u otro de los recurrentes, sino si cometieron o no los hechos relatados en los escritos de las acusaciones, ahora recogidos en los hechos probados de la sentencia, en donde se ha explicado de forma suficiente la intervención en los hechos del recurrente, ya que teniendo especial interés en la recepción del material de las empresas con las que habían pactado estaba claro que es reconocida su colaboración por varios de los intervinientes en el proceso operativo, y ese interés lo era por las comisiones que se percibían por él y por los otros dos clasificadores, por lo que pese a haber sido respondida por la empresa la petición, aunque disienta de ello el recurrente, el juicio de este análisis ex post determina la ineficacia impugnativa.

Los dos motivos entrelazados se desestiman.

**NOVENO.-** 5.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 de la Constitución (falta de motivación de la sentencia).

Frente al alegato del recurrente acerca de la falta de motivación de la sentencia y la prueba de descargo que refiere hay que reseñar que se ha expuesto que en modo alguno ha pecado de falta de motivación el Tribunal, sino que en el proceso de valoración de la prueba, en el que tiene privilegio el tribunal de instancia por su inmediación se ha dado virtualidad probatoria a la prueba que se ha expuesto en los FD nº 1 y 2 antes citada.

Pero ello no es ausencia de motivación, sino proceso de valoración de la prueba. Falta de motivación sería dictar la sentencia sin hacer mención a qué pruebas son las tenidas en cuenta para dictar una condena. Pero no ocurre en este caso así, sino que el Tribunal describe cuáles son esas pruebas, cuales son las declaraciones de los coimputados, la valoración que lleva a cabo el Tribunal entre las efectuadas en sede de plenario y de instrucción, la "notitia criminis" de la denuncia anónima, las testificales tenidas en cuenta por el Tribunal y el exquisito detalle de motivación de la prueba pericial que arroja claramente el fraude llevado a cabo y la cuantificación de su resultado, para con el privilegio de la inmediación, y ateniéndose a las reglas de valoración de la prueba del Tribunal de instancia ya expuestas con anterioridad validar que esa valoración es acertada.

El Tribunal de instancia cumple con la exigencia de reseñar qué pruebas son las tenidas en cuenta, y cita el rechazo de las pruebas de descargo expuestas por el recurrente, lo que es corolario de la aceptación de las de cargo. Pero rechazar las de descargo propuestas por la defensa no conlleva a una vulneración de la tutela judicial efectiva, porque este principio no se significa, como parece pretenderse por la estimación, en cualquier caso, de las pruebas de la defensa, sino por motivar por qué asume las de la acusación, es decir por la motivación.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 376/2015 de 9 Jun. 2015, Rec. 1273/2014 ya hicimos mención a que:

"La STC 145/2005, de 6 de junio dice a este respecto: "existe una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada". La identificación no es absoluta por más que algunos razonamientos contenidos en una nutrida jurisprudencia pudieran abonar esa conclusión.





Conceptualmente y también muchas veces de facto cabe deslindar los territorios de ambos derechos procesales fundamentales. Es pensable que una motivación impecable venga acompañada de una vulneración de la presunción de inocencia (prueba valorada racionalmente, pero insuficiente por no ser concluyente o carecer de corroboraciones que cierren el paso a otras hipótesis alternativas con igual nivel de probabilidad). También lo es que una condena idealmente correcta desde la perspectiva de la presunción de inocencia a la vista del abundante material probatorio de cargo acumulado, merezca censura por pobreza en la justificación del juicio histórico (se omite toda referencia a las pruebas de descargo practicadas; ausencia de motivación fáctica;...). No siempre ambas cuestiones se confundirán, pero en algunos casos será así. Por eso es una correcta opción metódica en ocasiones el abordaje conjunto de ambas denuncias y una única respuesta.

La falta de exhaustividad de la motivación, a diferencia de otros ordenamientos, no aparece como motivo de casación en nuestro proceso penal. Eso no obsta a que por la puerta de la necesidad de motivación proclamada por el art. 120 CE y enlazada con el art. 24.1 en la forma que se ha expresado, pueda revisarse por la vía del art. 852 LECrim si la motivación fáctica de la sentencia alcanza unos mínimos estándares. El derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de motivación de las decisiones judiciales no significa que el Tribunal deba detallar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de la parte (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 -asunto RUIZ TORIJA; de 29 de agosto de 2000 -asunto JAHNK y LENOBLE o 12 de febrero de 2004 -PEREZ C. FRANCIA- ). Eso es deseable pero no indispensable. Basta con que la lectura de la sentencia muestre los fundamentos probatorios de la convicción del Juzgador y las razones por las que ha rechazado otros argumentos o pruebas de signo inculpativo. La aceptación de aquéllas, en muchos casos puede suponer ya implícitamente el rechazo de esta. Sí es imprescindible que en lo que son los núcleos básicos del debate exista la correspondiente respuesta judicial explicitada. Ese estándar no está superado aquí. No se desarticulan -ni siquiera se intenta- los alegatos exculpativos blandidos y respaldados por prueba documental que luchan por acreditar que hay cantidades doblemente contabilizadas, que otras extracciones responden a una legítima restitución, que los otros socios extrajeron también cantidades a cuenta de beneficios (extracciones que han venido a admitir), o que fue el denunciante quien dispuso de alguna de las cantidades cuya apropiación se le atribuye.

El derecho a la presunción de inocencia invocado está configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (STC 68/2010, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas.

Sintetizando su doctrina, puede decirse que se lesionará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena:

- a) en ausencia de pruebas de cargo;
- b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales;
- c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías;
- d) sin motivar la convicción probatoria;
- e) sobre la base de pruebas insuficientes; o
- f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- las quejas vertidas se refieren a la insuficiencia tanto de la prueba como de la motivación fáctica: ausencia de una justificación de la certeza de la Sala convincente y concluyente.

La ausencia de motivación fáctica es algo más que un defecto formal; puede ser también la exteriorización de deficiencias en el proceso de valoración probatoria y decisión, de quebras en la lógica del razonamiento que no solo se subsanarán en ocasiones con el enriquecimiento de la fundamentación fáctica de la sentencia, sino eventualmente con una decisión distinta resultante de la disciplina mental motivadora. Esta es mucho más que



un deber de "cortesía" con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es fórmula idónea para minimizar los desaciertos.

No es necesario remontarse a un análisis de los fundamentos de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales o la evolución experimentada sobre este punto a nivel legislativo, doctrinal y, especialmente en la praxis judicial. Detrás de la exigencia de motivación se detecta la necesidad de que el justiciable - en primer lugar- y también la Sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparece como un fruto del raciocinio y no como algo arbitrario o producto exclusivo de la voluntad. Se consigue así tanto que el afectado por la resolución tenga la posibilidad de combatirla con eficacia, pudiendo rebatir sus argumentaciones como que, eventualmente, el órgano llamado a revisarla por vía de recurso, pueda ejercer una labor de auténtico control o fiscalización de la decisión. Esa tarea no sería factible o se dificultaría en extremo si no se exteriorizasen las razones de la decisión. Además, el deber de motivación ejerce también una función disciplinaria del proceso mental decisorio.

Esa pluralidad de funciones, sintéticamente apuntada, ha hecho al Tribunal Constitucional enlazar el deber de motivación de las resoluciones judiciales ( art. 120 CE) con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Se ha dado lugar así a una profusa jurisprudencia (por todas, SSTC 116/1998, de 2 de junio, 185/1998, de 25 de septiembre o 209/2002, de 11 de noviembre), que no es necesario exponer por ser bien conocida y estar suficientemente asentada, también a nivel de jurisprudencia ordinaria.

En abstracto, la ausencia o insuficiencia de la motivación puede ser esencial -material , por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o formal, es decir muestra del incumplimiento de un deber constitucional impuesto a quienes ejercen tareas jurisdiccionales vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva ( arts. 120 y 24 CE ).

En el primer caso, podríamos hablar, advirtiendo del riesgo de una excesiva conceptualización, demasiado artificiosa y por tanto empobrecedora, de inmotivación. Ese es el supuesto de casi plena identificación entre ausencia de motivación y violación de la presunción de inocencia. La insuficiencia de la motivación no sería más que la manifestación externa de la insuficiencia esencial de la prueba. La casación de la sentencia abocaría a un pronunciamiento absolutorio.

En el segundo caso -deficiencias en la plasmación de la motivación fáctica en la literatura de la sentencia- la respuesta no podrá ser tan drástica: se impondrá la anulación para que el defecto sea subsanado, única manera de verificar si se trata de un supuesto de ausencia de prueba suficiente; o por el contrario existe probanza apta para destruir la presunción de inocencia pero ha sido presentada con un déficit motivador que debe ser corregido (vid. STS 457/2013, de 13 de abril).

La falta de motivación es subsanable; la falta de prueba es insubsanable. Cuando la falta de motivación aparece como expresión de la falta de prueba será también materialmente insubsanable.

Algunos casos de insuficiencia de motivación (v.gr., no valoración de elementos de descargo que se contraponen a la prueba incriminatoria) discurren normalmente por sendas paralelas a la presunción de inocencia. No se produce tan fácilmente esa convergencia. Pero puede aparecer cuando, como en este supuesto, la prueba de descargo alimenta una hipótesis alternativa a la inculpatoria que se presenta con un grado probabilístico semejante o al menos serio y fundado. En esos casos despreñar sin más esa prueba de descargo, silenciarla puede ser la expresión, el signo, de que la prueba de cargo es insuficiente por no ser concluyente; es decir, por dejar abiertas otras hipótesis alternativas tan probables al menos como la incriminatoria".

Ahora bien, la motivación de las resoluciones judiciales, que opera como un elemento preventivo de la arbitrariedad, no requiere una amplitud en el razonamiento, pues no existe un derecho fundamental a una determinada extensión en la motivación de la sentencia, simplemente que sea razonable y tenga sentido lógico y común con el caso concreto que se presenta.

Otra de las garantías que toca la doctrina del error, está relacionada con uno de los ejes rectores que gobierna el régimen de la prueba, como es el principio de la inmediación. Elemento de legalidad ordinaria, se configura como la facultad y el poder que tiene el Tribunal de Instancia, de recibir las pruebas presentadas por las partes en el Juicio oral y proceder a su práctica, siendo que sólo el juzgador está legitimado para verlas y oírlos directamente. Así, el Tribunal de Casación carece de inmediación respecto de la ejecución probatoria, al no corresponderle la facultad de valorar y revisar de nuevo las pruebas realizadas ante el Tribunal de Instancia, puesto que únicamente a este órgano jurisdiccional le corresponde esa función valorativa.

Pero en este caso se ha explicado debidamente el proceso de valoración, y no se entiende que exista déficit de motivación. Existe clara exposición de qué pruebas han convencido al Tribunal.



En consecuencia, el Tribunal de enjuiciamiento ha recogido con claridad la prueba que ha tenido en cuenta para llegar a una convicción de la autoría.

Se refleja que la prueba de descargo se ha analizado, pero no quiere decir que "no se tenga en cuenta", sino que no tiene la virtualidad que se pretende para alterar el proceso de convicción del Tribunal.

Se incide en que existe prueba que desvirtúa la que el Tribunal valoró, pero se trata de llevar a cabo un proceso de comparación de la prueba de cargo de la acusación y la de descargo de la defensa. Y tras este proceso de "comparación", el Tribunal lleva a cabo la convicción final de cuál es la prueba que le convence acerca de lo que realmente ocurrió, lo que no tiene que significar que "no se tenga en cuenta", sino que no tiene el rango real, eficaz y efectivo de descargo.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba. Y sobre ello, se ha realizado un adecuado análisis en el FD nº 1 de esta sentencia.

Pero en este caso se constata la "suficiencia de la prueba" y la contundencia en los reconocimientos de las víctimas respecto a la intervención del ahora recurrente, cotejado con el resto de prueba que se cita. No existe una remisión "genérica" a la autoría del recurrente, sino que se le cita de modo expreso en los hechos probados, como partícipe en los hechos probados con contenido delictivo.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Jesús

**DÉCIMO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim y del 5.4 LOPJ, en relación con la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 CE, al haberse infringido en la sentencia recurrida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, a su través, a la presunción de inocencia, así como a un juicio con todas las garantías, cuya máxima expresión es la decisión judicial plasmada en la sentencia ( art. 24.1 y 2 CE), por ausencia de prueba de cargo suficiente (no se cumple el "juicio de suficiencia") siendo, además, palmaria la falta de motivación del resultado de la valoración.

Pese a la impugnación del recurrente de la existencia de prueba bastante y de cargo, ya hemos hecho referencia en el FD nº 2 a las exigencias sobre la suficiencia de la prueba mantenidas por esta sala que en este caso se dan por cumplidas, ante el relato de hechos probados expuesto en el FD nº 1 y la prueba debidamente valorada expuesta en el mismo y que implica debidamente al recurrente en cuanto a su participación en los hechos y al reconocimiento de los mismos, ya que pese al cambio de declaración, hemos desarrollado la doctrina de la Sala en el FD nº 2 en cuanto a la posibilidad de que el Tribunal ante el que se practica la prueba pueda otorgar la debida valoración comparativa entre la declaración en sede sumarial adoptada con todas las garantías y la efectuada en el plenario. Y en concreto recordemos que existe reconocimiento de los hechos en cuanto el Tribunal ha reflejado que:

*Reconocimiento de los hechos de Jacinto en sede de instrucción.*

Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa.

En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier, que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro.

Reconocimiento de los hechos de Jesús.

Declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y *especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.*

*Reconocimiento de los hechos de Lázaro.*

Encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1591) también reconoció los hechos ratificándose en las declaraciones hechas en Comisaría manifestando que sabía que los clasificadores y los proveedores tenían un apaño y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban Demoliciones San Juan para ellos.



Todo ello, ha sido además debidamente corroborado por las testificales citadas en el FD nº 1, la denuncia anónima que también enlaza con todo ello y la pericial debidamente valorada, además del incidente relativo al robo.

Así, pese a que el recurrente cuestiona que no hay prueba bastante el Tribunal ha motivado debidamente su valoración probatoria, llegando a una convicción de la participación del recurrente, y hemos de precisar la suficiencia del proceso llevado a cabo por el Tribunal.

Con respecto a la denuncia anónima es un elemento más que coadyuva con todo el proceso valorativo y a ello se ha hecho referencia en el FD nº 2. En este tipo de casos no puede exigirse mayor detalle ni identidad, ya que su fórmula consiste en poner en conocimiento de las autoridades o de la propia empresa un hecho que es delito y sirve para poner coto a ellos ante la progresividad del ilícito penal y el propio daño que se causa a la propia empresa en la que podría trabajar el anónimo que es conocedor de lo ocurrido, y que inicia el proceso investigador, todo ello relacionado con lo sucedido con el robo, pero la suficiencia de la prueba es descrita por el Tribunal, y habiéndolo reconocido el propio recurrente ante letrado aunque luego lo desdiga.

El recurrente pretende la revisión casacional del proceso seguido por el Tribunal en orden a otorgar mayor valor a la declaración sumarial que a la del plenario, pero el privilegio de la inmediación en la práctica de la prueba y la motivación suficiente lleva al Tribunal a entender que no puede alterarse el hecho probado ni el proceso de motivación por su suficiencia ya explicado anteriormente.

Respecto de la comparación entre las declaraciones sumariales y la negativa del plenario a reconocer los hechos y el valor dado a las primeras que es cuestionado por el recurrente, hay que señalar que el Tribunal lo motiva adecuadamente al señalar que: "a la vista de las contradicciones en las declaraciones de algunos imputados en fase de instrucción y las vertidas en el acto del juicio oral y habiendo puesto de manifiesto tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular a los imputados de manera clara y persistente las contradicciones en las que han incurrido y no dando explicación satisfactoria los mismos en el acto del juicio oral de los motivos de tales contradicciones, sino que, por el contrario, en el plenario se mostraron en sus respuestas balbuceantes y dubitativos, alzaprima las declaraciones vertidas en la fase instrucción las cuales se realizaron con todas las garantías procesales en presencia del Juez y con asistencia letrada".

Resulta obvio que las contradicciones expuestas se refieren a lo que declararon en sede de instrucción en sentido exculpatario de las que se desdican en el plenario y estas contradicciones ante los interrogatorios expuestos por la acusación a lo que se refiere el tribunal determina un mayor convencimiento de éste en cuanto a lo primeramente relatado. La percepción del Tribunal ante la forma de las declaraciones del plenario de los acusados es valorada por el Tribunal y conectada sobre lo que ante el interrogatorio de la acusación y las contradicciones expuestas lleva a entender la suficiencia y corrección del reconocimiento previo.

Con ello, hemos expuesto en el FD nº 2 la validez de las distintas fórmulas de elevar al plenario las contradicciones existentes.

Respecto a las testificales están en conexión con lo ya expuesto y relatado en la línea de una denuncia anónima que relataba lo que estaba ocurriendo que coincide con lo expuesto con el recurrente y el Sr. Jacinto, así como lo relatado por el Sr. Lázaro. Y lo mismo cabe decir de la pericial valorada globalmente y que lleva a la convicción de que ese proceso de fraude existió y en una cuantía muy elevada, aunque con una fijación que se concreta en este caso en razón a las personas en este proceso implicadas, lo que lleva a fijar de modo suficiente los hechos y la autoría y participación, frente a la distinta percepción del recurrente. Y ello, teniendo en cuenta que el Tribunal entiende que frente a los absueltos no ha concurrido la suficiente carga probatoria que frente a los declarados culpables, lo que avala el proceso de diferenciación en la prueba practicada entre unos y otros.

Cuestiona el recurrente las conclusiones de los informes periciales, pero en este punto el Tribunal ha sido más preciso aún si cabe, efectuando un desglose de los extremos necesarios aportados que le llevan a la convicción del quantum del perjuicio real imputable en este caso, y no del global previsible ocurrido. Ya se ha hecho mención anteriormente a la suficiencia de esta valoración probatoria, no teniendo el efecto que pretende con la impugnación de la pericial tenida en cuenta por el Tribunal ante la concreción por el tribunal del proceso valorativo llevado a cabo.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO PRIMERO.-** 2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim y del 5.4 LOPJ, en relación con proscripción de indefensión establecida en el artículo 9.3 CE, al haberse infringido en la sentencia recurrida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia ( 24.2 CE) por haber integrado, en perjuicio de mi defendido y para condenarlo, el apartado de "Hechos Probados" con afirmaciones fácticas plasmadas en los "Fundamentos de Derecho".



Cuestiona el recurrente que no se haya hecho mención en los hechos probados a los extremos determinantes de los elementos del delito de estafa, pero razón tiene el Ministerio Fiscal cuando señala que la sentencia podría haber completado o sustituido el relato objetivo de los hechos probados, por lo que considera debido el recurrente, diciendo que los acusados, con ánimo de lucro utilizaron engaño bastante para producir error en Acelormittal, pero en tal caso seguramente se habría interpuesto recurso basado en el art. 851.1º por consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Se recoge en los hechos probados que:

*"Teniendo sospechas provenientes de un anónimo en el 2012 recibido en la empresa en el sentido de que se estaban realizando maniobras fraudulentas por parte de algunos proveedores de común acuerdo con los clasificadores de Arcelormittal y unido a ello el hecho de haber detectado una notoria merma en el proceso de producción de acero, se presentó denuncia en la Comisaría de Policía de Zaragoza abriéndose entonces una investigación que dio como resultado que desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte*

*S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto, Jesús y Javier, todos ellos clasificadores de Arcelormittal, enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro y acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.*

*A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000€*

*El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio, por medio de Lázaro, encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.). Lázaro cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan S.L., donde se mezclaba con una cantidad de estériles muy superior a la normal, y la portaba a Arcelormittal entregando el dinero a los clasificadores en sobres.*

*Los clasificadores, periódicamente, daban a los palistas y gruistas Juan Francisco, Juan Pablo, Carlos Alberto y Pedro Miguel, empleados de la empresa USD S.L. subcontratada por Arcelormittal, pequeñas cantidades como propina o gratificación extrasalarial por su trabajo sin que se haya probado que dichos palistas participasen en las maniobras fraudulentas descritas ni tuviesen conocimiento de las mismas.*

Así, como señala el Ministerio fiscal, no se trata de un engaño burdo y que es precisamente Jesús, como controlador al servicio de Acelormittal, una de las personas que con su conducta eludían los posibles medios de protección de la empresa, dando lugar a que el engaño fuese bastante.

Se puede comprobar que en los hechos probados concurren los elementos de la estafa que hemos reseñado de forma reiterada. Y así, en la sentencia del Tribunal Supremo 262/2019 de 24 May. 2019, Rec. 1924/2017 apuntamos que:

*"Sobre los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos civiles criminalizados, se pueden citar los siguientes:*

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.
2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.
3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.
4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.
5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de



que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6. El negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. Se exige dolo más engaño.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1997 proclama que el denominado por la doctrina negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno (en el mismo sentido las de 12 de mayo de 1998 y 17 de septiembre de 1999). En este sentido, el dolo no conlleva per se la concurrencia del ilícito penal, ya que en el marco del derecho civil es definido como vicio del consentimiento ( arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Por ello, por sí sólo no constituye ese engaño requerido por el tipo de la estafa, es decir, la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado o perjudicados, haciéndoles creer y aceptar lo que no es verdadero.

El delito de estafa hace preciso que concurra por parte del sujeto activo un medio engañoso de cualquier tipo que induzca a la víctima, por la vía del error, a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación, que persigue desde el inicio ese fin lucrativo; sus elementos son, por tanto, engaño, ánimo de lucro, perjuicio y relación causal ( SSTS 16 de junio y 16 de octubre de 1992, 18 de octubre de 1993, 15 de junio de 1995 y 31 de enero de 1996, entre otras).

Se exige, al mismo tiempo, un específico dolo que abarque esa voluntad en el sujeto de que, cuando realiza la actividad contractual con la parte perjudicada, no vaya a ejecutar la parte el contrato que al mismo le compete, unido ello a cualquier medio de engaño que lleve a la otra parte a aceptarlo por la vía de la creencia de que se va a producir ese cumplimiento que se le ofrece. El dolo por sí mismo entendido supondría aisladamente la existencia de un vicio en el consentimiento que tendría sus consecuencias en la órbita del derecho civil, pero que, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, no es aceptado para entender que ese incumplimiento del contrato tiene efectos y sanciones penales.

7. Idoneidad del engaño para entender cometido un delito.

Esta Sala del Tribunal Supremo recoge, en sus sentencias de 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000, que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

También declaramos a estos efectos, en la sentencia de 24 de marzo de 1999, que «no se estiman suficientes los artificios engañosos si el sujeto pasivo de los mismos hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño y si tal actividad de comprobación lo era exigible por su calificación empresarial».

Del mismo modo, se añade en la sentencia de 21 de septiembre de 1998 que «no se trata de afirmar por el Tribunal que existe un derecho al engaño, a modo del pretendido dolo bueno, sino de limitar el derecho penal a sus justos términos no convirtiéndolo en un instrumento de protección penal de aquéllos que no se protegen a sí mismos o de quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado».

8. Posibilidad del sujeto afectado de detectar la estafa.

En estos casos se suelen tener muy en cuenta las condiciones del afectado para admitir o inadmitir la concurrencia del delito y para separarlo del mero incumplimiento civil, ya que, si fuera asumible percibir la existencia del incumplimiento, dadas las condiciones profesionales del perjudicado, habría que acudir a esta vía civil.

Si el engaño no es suficiente al fin que se exigiría para entender cometido el ilícito penal, nos encontraríamos ante el ilícito civil. Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de exigir a la víctima el conocimiento de ese elemento intencional del sujeto activo, sino que sí, dada su condición profesional, hubiera sido posible detectar la situación venidera de incumplimiento, podríamos estar hablando de un ilícito civil, que no penal. De todas maneras, también nos movemos aquí en unos ámbitos estrictamente subjetivos que exigen que actuemos con suma cautela para evitar unos niveles de exigencia de previsión en la víctima que le obligaran a prever cualquier circunstancia o movimiento del sujeto activo aunque concurriera la condición de profesional en el perjudicado».

En este caso, pese a la disparidad del recurrente concurren los elementos de la estafa explicados debidamente por el Tribunal, como describe con detalle en el FD nº 2 de la sentencia la Audiencia Provincial, ya que la conducta de los propios clasificadores condenados constituía un auténtico engaño, y bastante, para su propia empresa con la connivencia de los otros condenados en una necesaria maquinación para la entrada de mercancía con un valor distinto al real, y con el corolario engaño a la propia empresa y de carácter bastante por



las dificultades en su detección, al ser los propios clasificadores los que hacían de "cortafuegos", al realizar ellos el proceso calificador de la entrada de mercancía, no obstante lo cual la denuncia anónima de lo que estaba ocurriendo y el proceso investigador supuso cortar el fraude detectado.

Los hechos probados reflejan de modo suficiente la concurrencia del engaño bastante y el error que padecía la propia empresa acerca de la calidad del material que entraba realmente con el subsiguiente enriquecimiento de los autores del delito y el perjuicio cuantificado por el tribunal en base a la valoración de la prueba pericial en su conjunto, como se destaca en los FD nº 1 y 2 antes expuestos.

Resulta evidente el ánimo de lucro de los intervinientes en el cobro de las comisiones y el enriquecimiento corolario de quien entregaba el material, siendo palmario el elemento del dolo que se cuestiona por el recurrente en el desarrollo de la conducta descrita anteriormente, señalando que la actuación descrita se lleva a cabo "con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto, Jesús y Javier", citando a continuación las percepciones recibidas por los clasificadores en orden a la compensación por su necesaria colaboración en un proceso en el que si no existiera su coparticipación sería imposible el fraude a la empresa, ya que hubieran alertado del exceso de material inservible, cuando es al contrario lo que llevan a cabo y se declara probado.

No se produce, como señala el recurrente, el proceso de integración en los fundamentos jurídicos, sino que el relato de los hechos probados es suficiente para concretar en los mismos los elementos del tipo penal de estafa, sin incurrir en la predeterminación del fallo tampoco.

Con respecto a las medidas de autoprotección ya se ha hecho mención a ello en el FD nº 2 a lo que nos remitimos, más aún cuando los responsables del hecho tenían la función de clasificadores. En cualquier caso, no se puede excluir en este tipo de casos la responsabilidad por la mayor adopción de un control interno, como se ha expuesto, aunque se cita en el FD nº 2 la necesidad de contar en las empresas con los programas de *compliance*, y los debidos canales internos de denuncias anónimas para permitir cortar de raíz este tipo de casos cuando ocurran, en lugar de hacerlos perdurar en el tiempo hasta que por alguna circunstancia se da la voz de alerta y se descubren los hechos, aunque, eso sí, con un importante perjuicio económico ya ejecutado.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- 3.- Por infracción de precepto legal, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en el aplicación de la Ley Penal, en concreto, los artículos 248, 72 y 74, todos ellos del Código Penal, por no ser los hechos constitutivos de un delito de estafa y, de serlo, no ser ésta de carácter continuado procediendo, además, una rebaja penológica, ora por esa falta de continuidad, ora por la total ausencia de motivación en cuanto a la determinación.

Se cuestiona la concurrencia del tipo penal de estafa, pero ello ya ha sido desarrollado en el FD nº 11 anterior, al que nos remitimos. Los hechos probados intangibles determinan la concurrencia de los elementos del tipo penal por el que ha sido condenado y que el tribunal explicita en el FD nº 2. En efecto, el proceso que se describe en los hechos probados determina una connivencia entre los condenados, por un lado, proveedores de la chatarra y clasificadores de la misma en Acelormittal, entre los que está el recurrente, y que se ponen de acuerdo para llevar la chatarra a la empresa perjudicada, mezclándola con una cantidad inusualmente alta de estériles o de cascarilla y, una vez que llegan a las básculas de Acelormittal, los clasificadores, entre los que está el recurrente, de forma consciente la califican como de más elevada calidad de la que realmente es, con lo que están realizando una maquinación que induce a la propia empresa a pensar que efectivamente es un producto más útil para generar acero de lo que realmente le están proporcionando, y en consecuencia, que debe pagar una cantidad superior a su real valor.

Resulta evidente que la propia empresa, Acelormittal utiliza en la recepción de la mercancía de la chatarra mezclada con exceso de material estéril a personas cuya función es, precisamente, lo contrario, ya que en lugar de fiscalizar lo que estaba ocurriendo y asegurar la calidad de lo recibido, lo que el Tribunal declara probado es la connivencia con las empresas que lo suministraban en las personas que han sido condenadas en la participación delictiva, con lo que el engaño es apto para producir error (error bastante) en el receptor, que es la empresa, y el desplazamiento patrimonial y el ánimo de lucro son evidentes, pues lo que se paga de más es repartido entre proveedores y clasificadores, existiendo una relación de causalidad notoria y notable entre los partícipes en el operativo descrito con detalle en los hechos probados.

Así, si, por un lado, se dan los elementos de la estafa del art. 248 CP, también concurre la continuidad delictiva desarrollada en el proceso descrito llevado a cabo desde el año 2012, y con el resultado del perjuicio causado descrito en el quantum fijado en la sentencia, describiéndose en los hechos probados el operativo llevado a cabo, y sin que constituya un hecho aislado, sino que, como se describe, se trata de una conducta reiterada que



da lugar a admitir que el delito es continuado, al llevarse a cabo mediante un plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión donde los ahora recurrentes realizan una pluralidad de acciones que ofenden a un mismo sujeto, como es la empresa perjudicada, y que infringen el mismo precepto penal, cual el art. 248 CP por el que son condenados.

Ahora bien, la sentencia dice (FD 4º) que tal calificación es inoperante a efectos penológicos al ser incompatible con el subtipo previsto en el artículo 250.1. del Código Penal.

El recurrente carece de razón cuando dice que no estamos ante un delito continuado y que por tal motivo debe ser rebajada la pena. Existe delito continuado, pero el Tribunal ya apunta que: (FD nº 4) "Ninguna de las concretas acciones defraudatorias se ha probado que constituya una estafa agravada por la cuantía, sino que cada una de ellas integra el delito básico del art. 248 Código Penal. Pero la suma global de todas ellas integra el subtipo de estafa agravada por el valor total de lo defraudado en el ejercicio de una actividad delictiva continuada. Por eso mismo esa continuidad delictiva que se valora y computa para calificar el conjunto de las acciones ilícitas como estafa agravada por la cuantía, no puede servir, además, para declarar la comisión de un delito continuado del subtipo agravado de la estafa y, por tanto para aplicar el art. 74 del Código Penal como otro factor agravatorio porque, en ese caso, se estaría castigando la misma conducta dos veces".

En efecto, esta Sala ya ha fijado, entre otras en sentencia del Tribunal Supremo 192/2019 de 9 Abr. 2019, Rec. 10632/2018 que:

"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".

Por ello, existe continuidad delictiva, pero sin agravación adicional por el motivo indicado. El criterio expuesto permite no imponer a los penados en casos similares al presente en donde la totalidad del perjuicio causado excede de 50.000 euros, como aquí ocurre, no imponer la pena en su mitad superior, pero en la mitad iría de un año a tres años y seis meses de prisión, por lo que en este caso la imposición de la pena en la de dos años de prisión está en los márgenes correctos, más aún cuando concurre la circunstancia del art. 250.1.5º, que es la que en combinación con el art. 74 no permite una mayor agravación, pero en su defecto se aplicaría el art. 74 CP, por lo que resulta improcedente la queja efectuada ante la graduación de la pena, que permitiría hasta tener en cuenta el art. 80 CP, en su caso, aunque ya diferido a la ejecución de sentencia y valorando el Tribunal su aplicación, o no, según las circunstancias concurrentes en este caso.

Pero lo que es evidente es que dadas las aplicables en este caso la pena está correctamente graduada de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitaron especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de ocho meses a razón de 8 € por día multa con la responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad de 4 meses en caso de impago fijada en el FD nº 11 de la sentencia de instancia, dada la totalidad de lo defraudado y con un fraude superior a los 50.000 euros.

El motivo se desestima.

#### **RECURSO DE Julio Y DE REICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN SL**

**DÉCIMO TERCERO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim, en relación con el artículo 24 CE, en su manifestación de derecho a la presunción de inocencia.

Frente al alegato referido a la presunción de inocencia, ya hemos expuesto en el Fd nº 2 las consideraciones al respecto de la existencia de prueba bastante, y en concreto a la circunstancia de que al recurrente le implican en los hechos probados tanto Jacinto como Jesús y Lázaro en la forma expuesta en los FD nº 1 y 2, declaraciones corroboradas por otros indicios valorados por la sentencia como hemos expuesto anteriormente.

Hemos expuesto anteriormente en el Fd nº 1 respecto a la intervención del recurrente que:

Empresas externas que colaboran en el delito de estafa:

- a.- *Las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y*
- b.- *La empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio*

Metodología a seguir:

*Las dos empresas antes citadas y en colaboración con los tres trabajadores antes expuestos de ACELORMITTAL enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de charrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.*



Compensación económica de las empresas que llevaban la chatarra a los tres trabajadores por hacer el descuento distinto al que el que debían hacer, dado el producto que entregaban.

Los tres trabajadores antes citados percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.

Ejecución del pago de las comisiones:

a.- El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y

b.- Cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio , por medio de Lázaro , encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).

Responsabilidad penal de los intervinientes: a.- Autores:

Señala el Tribunal que condena por delito de estafa y que de dicho delito son responsables en concepto de autores los acusados Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús y Javier , pues concurren en su conducta todos los elementos para la existencia del delito de estafa.

b.- Proveedores de la chatarra:

Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio , Julio , al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra.

c.- Connivencia con los clasificadores de la empresa:

Ello lo es en connivencia con los clasificadores Jacinto , Jesús y Javier , sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación.

d.- Beneficio económico y perjuicio patrimonial:

Ello llevaba el consiguiente desplazamiento patrimonial en su perjuicio (A Arcelormittal) y el beneficio correspondiente para los proveedores ( Leoncio , Julio ) extensible también a los clasificadores ( Jacinto , Jesús y Javier ) por el dinero que recibían por su actuación fraudulenta.

*Reconocimiento de los hechos de Jacinto en sede de instrucción.*

Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa.

En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier , que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año

2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro .

Reconocimiento de los hechos de Jesús .

Declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.

Cuestiona el recurrente el proceso motivador de la sentencia y que se haya dado mayor valor a las declaraciones sumariales, pero sobre ello ya nos hemos pronunciado en el FD nº 2 así, como a los elementos de corroboración, entendiendo que la prueba es suficiente para el dictado de la condena.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO CUARTO.-** 2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE en relación con el art. 24 en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Plantea en primer lugar el recurrente que "se debe entender que la instrucción del proceso debería haberse mantenido en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Zaragoza, donde se inicia la investigación de los hechos, a raíz



de un delito de robo con fuerza ocurrido en el domicilio de uno de los clasificadores encausados, Jacinto, y no haberse acordado la inhibición a favor del Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza que inicia con posterioridad una investigación por el mismo delito de robo con fuerza y lo amplía después a un presunto delito de estafa".

Sobre este punto señala el Tribunal de instancia en su sentencia en el FD nº 1 que:

"Se refiere fundamentalmente la cuestión a que debería haber sido el Juzgado de Instrucción Número 6 de Zaragoza el que entendiera y tramitara la presente causa al ser el primero en instruir diligencias previas y no el Juzgado de Instrucción nº 7.

A esta cuestión previa se dio cumplida respuesta por esta Sala al inicio de la vista a las defensas que la planearon en sentido negativo entendiendo la Sala que no se había producido ninguna vulneración.

Nos remitimos así a los argumentos expuestos en ese momento procesal y baste añadir ahora que, de la misma sentencia que la defensa de Leoncio invoca para fundamentar la vulneración mencionada y que es la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 27 de junio de 2014 se desprende claramente la falta de razón de las partes que invocan la mencionada vulneración.

En efecto en dicha sentencia se pone de manifiesto que..." El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebidamente o injustificadamente al órgano que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad".

Pues bien, como ya se dijo en, en su momento esta Sala considera que en absoluto por parte de los Jueces de Instrucción nº 6 y 7 de Zaragoza se han manipulado con manifiesta arbitrariedad el texto de las reglas de distribución de competencias.

Cabe añadir al respecto que cuando el Juez de Instrucción Número 7 de Zaragoza requirió al del Número 6 de inhibición, este último no puso la menor objeción a la misma ni tampoco ninguna de las partes personadas en la causa entre las que se encontraba la defensa de Leoncio y fue de manera sorpresiva y 48 horas antes del inicio de las sesiones del juicio oral cuando fue propuesta. Por todo lo cual procede la desestimación de dicha cuestión".

En efecto, no se infringe derecho constitucional alguno del recurrente que ambos juzgados hubieran llevado a cabo diligencias de investigación, ya que confluyen dos hechos, aunque relacionados entre sí relativos al delito de robo del que fue víctima uno de los recurrentes y que se relacionaba con los hechos de la estafa, y ésta misma, hasta que finalmente, el juzgado de instrucción nº 7 realiza el requerimiento de inhibición para conocer de los hechos, por lo que asume la instrucción quien ya la había iniciado. No se fija en qué medida se produce un perjuicio o pérdida de derechos del recurrente por esta medida, ni infracción de derechos fundamentales, ya que, precisamente, quien instruye finalmente las diligencias era quien ya la inició también por estos hechos, por lo que en nada se afecta o perjudica al recurrente y resto de condenados. No ha habido una sustracción indebida de las competencias para instrucción a un juzgado en modo alguno que le haga manifiestamente incompetente para el conocimiento de la causa, con independencia de que el órgano de enjuiciamiento era claramente el competente para ello.

Al respecto hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 237/2015 de 23 Abr. 2015, Rec. 1811/2014 que:

"La doctrina jurisprudencial, consolidada y constante, asocia la lesión del derecho fundamental aludido a la búsqueda intencionada de un Juez o Tribunal distinto al llamado previamente por la Ley a conocer del concreto asunto de que se trate, tratando tal búsqueda como algo nítidamente diferenciado de una mera infracción de las normas de competencia que regulan la jurisdicción ordinaria, cuya infracción nunca rebasaría la legalidad ordinaria.

Así, la STS nº 512/2004, de 28 de abril, razona que: "Tal planteamiento excluye de partida la vulneración del derecho constitucional enunciado en la medida que la Audiencia Provincial de Barcelona sería en todo caso el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos. Sólo si como efecto de dicha acumulación se produjese un cambio en la competencia objetiva de dicho órgano podríamos admitir la razón del recurrente. La Audiencia mencionada constituye conforme a la ley el Tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo en cualquier caso de los hechos instruidos tanto por un Juzgado como por otro. Igualmente no cabe hablar de dicha vulneración si se entiende que la acumulación debió producirse en la fase de instrucción pues *la consecuencia de ello no equivale a la nulidad de lo instruido por uno u otro Juzgado sino sencillamente a la inhibición correspondiente sin perjuicio de persistir la instrucción por cada uno de ellos mientras su competencia territorial no se fije definitivamente, y sabido es además que las cuestiones de competencia*



entre Juzgados adscritos a la Jurisdicción ordinaria no constituyen tampoco vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Por su parte la STS nº 757/2009 de 1 de julio dice que: "1.- En primer lugar hemos de diferenciar el derecho al juez ordinario respecto del derecho a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, el derecho a la imparcialidad del juez.

Aún cuando aquel derecho al juez ordinario legalmente predeterminado trasciende a la imparcialidad que exige la función jurisdiccional, la doctrina del Tribunal Constitucional, no sin previas vacilaciones, ha terminado por reconducir la exigencia de tal imparcialidad al contenido del derecho, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, a un proceso con todas las garantías.

Ya dábamos cuenta en nuestra Sentencia de 16 de febrero del 2007, de que el desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE. comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del TS. ( S.TC 145/88, TS. 16-10-98, 21-12-99, 7-11-00, 9-10-01) el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-48, en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4- 11-50 y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-66.

Esta tesis es acogida ya por la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público, con todas las garantías ( art. 24.2 CE) se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un juez imparcial "que constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de Justicia en un Estado de Derecho".

En cuanto al contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, ha sido constante la doctrina que excluye del mismo, en principio, los aspectos relativos a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales y a la integración personal de los mismos, aunque, respecto a esto, se haya dicho que, no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal ( STC 69/2001). Pero advirtiendo que aquella garantía se traduce en exigencias para el legislador, a quien se reserva la potestad al efecto, sobre el grado de concreción en el establecimiento de los criterios atributivos, y también para la jurisdicción que no puede hacer aplicación de dichas normas desde la arbitrariedad o absoluta falta de razonabilidad.

Conviene aquí recordar la doctrina del Tribunal Constitucional de la que es indicativa la Sentencia 156/2007 (Sala Primera), de 2 julio en la que dijo: "Es doctrina constitucional reiterada que dicho derecho exige, de un lado, la preexistencia de unas pautas generales de atribución competencial que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio ( SSTC 102/2000, de 10 de abril, F. 3; 87/2000, de 27 de marzo, F. 4; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4, y 115/2006, de 24 de abril, F. 9), salvaguardando así la garantía de independencia e imparcialidad de los Jueces que conforma el interés directo preservado por aquel derecho y, de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación y, finalmente, que por el régimen orgánico y procesal al que esté sometido no pueda calificarse como órgano especial o excepcional ( SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 2; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2; 102/2000, de 10 de abril, F. 3; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5; 170/2002, de 30 de septiembre, F. 10; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4).

Junto a ello, este Tribunal ha afirmado que las normas sobre competencia y, consecuentemente, la determinación del órgano judicial competente, son materias que conciernen exclusivamente a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria ( SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 2; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2, y 126/2000, de 16 de mayo, F. 4), de modo que al Tribunal Constitucional solamente le corresponde analizar si en el supuesto concreto la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario ( SSTC 136/1997, de 21 de julio, F. 3; 183/1999, de 11 de octubre, F. 2, y 35/2000, 14 de febrero, F. 2).

Línea jurisprudencial reiterada sin solución de continuidad por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en las SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 6; 55/1990, de 28 de marzo, F. 3; 6/1996, de 16 de enero, F. 2; 177/1996, de 11 de noviembre, F. 6; 193/1996, de 26 de noviembre, F. 1; 6/1997, de 13 de enero, F. 3; 64/1997, de 7 de abril, F. 2; 238/1998, de 15 de diciembre, F. 3, y 170/2000, de 26 de junio, F. 2; AATC 42/1996, de 14 de febrero, 310/1996, de 28 de octubre, 175/1997, de 27 de octubre y 113/1999, de 28 de abril".

En este sentido cabe citar nuestra STS 277/2003, de 26 de febrero, citada por la más reciente STS 55/2007, de 23 de enero, nos dice que "esta Sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que



distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley" ( STS núm. 1980/2001, de 25 de enero).

Así configurado el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, no cabe excluir su exigencia cuando se trata de un órgano jurisdiccional aunque éste intervenga en funciones de jurisdiccionalidad poco intensa. Como es el caso del Juez de Instrucción cuando no decide sobre cuestiones que afectan directamente a derechos fundamentales o sobre el denominado juicio de acusación, en los que su estatuto en nada puede desmerecer del propio del juez de enjuiciamiento.

En nuestra STS de 2 de noviembre del 2007, recordábamos los criterios fijados con anterioridad sobre las consecuencias que pueden derivarse de la asunción de competencias luego reconocidas como no correspondientes.

Como decíamos en la STS. 619/2006 de 5.6, el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos, en los que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones ( STS. 10.12.2003).

En esta dirección la STS. 275/2004 de 5 de marzo , en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda -competencia exclusiva Audiencia Nacional, art. 65.1 d), LOPJ- declaró que "Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo ( STC 81/1998, fundamento de derecho 2º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada".

La competencia asumida por el juzgado de instrucción nº 7 no conlleva vulneración alguna, además de no haberse cuestionado en su momento. Además, ya se ha hecho mención a que el Tribunal ha reflejado en el FD 1º que no ha fundado su convencimiento en el resultado de las conversaciones telefónicas, a lo que nos remitimos a lo expuesto en el FD nº 6 antes desarrollado sobre este punto, con independencia de exponer la validez del proceso de injerencia que el Tribunal valida en el FD nº 1 con independencia de su no utilización.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO.-** 3.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º LECrim y en relación con el art. 248.3 LOPJ, por cuanto la sentencia no expresa claramente cuáles son los hechos probados, entrando en manifiesta contradicción y consignando como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican determinación del fallo.

El motivo se interpone exclusivamente por el defecto de predeterminación del fallo ex art. 851.1º LECRIM, pero se realiza, en el apartado

A) de este motivo una valoración de las declaraciones realizadas por dos coacusados y en el apartado B) las dudas expresadas por la Sala de instancia sobre la existencia de otros proveedores. Sin embargo, el motivo debe referirse a una inconcreción de los hechos probados, o que estos predeterminen el fallo.

Ya se ha expuesto anteriormente en el FD nº 11 que el relato de los hechos probados es suficiente para concretar en los mismos los elementos del tipo penal de estafa, sin incurrir en la predeterminación del fallo tampoco, por lo que el defecto que se predica, al haberse interpuesto por la vía del art. 851.1º LECRIM no concurre, porque existe perfecta definición de cuáles son los hechos probados que se han descrito en el FD nº 1, sin que exista en modo alguno contradicción entre ellos, como ya hemos precisado al fijar claramente la comisión de un fraude en el que intervienen los condenados constitutivo de un delito de estafa, como se describe en la sentencia de instancia y en la presente en el FD nº 11. Pero es que, además, tampoco existe en la redacción de los hechos probados predeterminación del fallo, ya que la carencia que se alegaba anteriormente hubiera sido determinante de haberse aceptado el contenido del recurso del anterior recurrente en este extremo.

No pueden predicarse, por ello, bajo esta fórmula cuestiones atinentes a la discrepancia sobre la valoración probatoria, y en el apartado A) del motivo alude a declaraciones contradictorias, lo que queda fuera del motivo por esta vía ahora utilizada. Pero en cualquier caso, la circunstancia de que Lázaro se haya desdicho en el plenario de su declaración en fase de instrucción es un tema ya analizado por el Tribunal y al que nos hemos referido en el FD nº 2 de la presente resolución, en torno a la validez de la valoración de la declaración efectuada en sede sumarial. Y, además, una cosa es que a algunos acusados se les haya absuelto, y otra que se entienda concurrente prueba de contenido y carácter incriminatorio contra los ahora recurrentes.



Lo mismo cabe decir en el exceso e inadecuación por el uso de esta vía respecto a que se haya declarado probada la participación de dos proveedores, ya que es la prueba que se le ha ofrecido al Tribunal, no siendo relevante como cauce de exculpación de éstas que hubiera otras sobre las que no se hubiera declarado su colaboración en el proceso defraudatorio. El cauce utilizado no casa para dar viabilidad a los extremos contenidos en el motivo.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEXTO.-** 4.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del art. 24 CE en sus manifestaciones del derecho a un procedimiento con todas las garantías, al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, relacionada con la obligación de motivación de las sentencias, art. 120.3 CE.

Señala el recurrente que "La sentencia recurrida no motiva ni expone razonamiento lógico y objetivo que fundamente la condena de don Julio como autor, y ni de Reciclados y Demoliciones San Juan S.L., como responsable civil subsidiaria".

Sobre la motivación de la sentencia se ha desarrollado en el FD nº 9 de la presente resolución al que nos remitimos. Se ha expresado por el Tribunal, y a ello nos hemos referido en el FD nº 1, que Jacinto declaró que para la realización de los hechos, los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 €, Jesús declaró que llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan, y Lázaro que sabía que los clasificadores los proveedores tenían un apaño y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban el Demoliciones San Juan para ellos, declaraciones que han sido valoradas, junto con otras pruebas en el sentido también ya expresado más arriba.

Hay que recordar que es hecho probado donde se recoge la directa intervención del recurrente que tras *una investigación que dio como resultado que desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto, Jesús y Javier, todos ellos clasificadores de Arcelormittal, enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación. A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.*

*El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio, por medio de Lázaro, encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).*

Se ha reflejado por el Tribunal la directa relación entre proveedores y clasificadores, que estaban plenamente identificados, ya que:

Proveedores de la chatarra:

Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio, Julio, al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra.

Connivencia con los clasificadores de la empresa:

Ello lo es en connivencia con los clasificadores Jacinto, Jesús y Javier, sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación.

*Reconocimiento de los hechos de Lázaro.*

Encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1591) también reconoció los hechos ratificándose en las declaraciones hechas en Comisaría

manifestando que sabía que los clasificadores y los proveedores tenían un apañío y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban el Demoliciones San Juan para ellos.

Con ello, existe plena identificación del recurrente como proveedor de la empresa que participó en el hecho delictivo.

Señala el Tribunal en el FD nº 5º que: "Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio y Julio, al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra en connivencia con los clasificadores, sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación con el consiguiente desplazamiento patrimonial en su perjuicio y el beneficio correspondiente para los proveedores extensible también a los clasificadores por el dinero que recibían por su actuación fraudulenta".

Del mismo modo, la responsabilidad patrimonial de la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L., deriva de ser Julio representante de dicha entidad y actuar en su nombre, ya que, en efecto, señala el Tribunal en el FD nº 12 que en materia de responsabilidad civil: "De la cantidad de 340.650'66 euros responderán conjunta y solidariamente los acusados Julio, Jacinto, Jesús, y Javier y subsidiariamente el cómplice Lázaro y subsidiariamente a éste RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN S.L., y subsidiariamente a ésta, al ser la empresa a la que pertenece el acusador Lázaro TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L, y en su defecto la empresa que se haya subrogado en la anterior." Existe, pues, responsabilidad subsidiaria de la empresa para la que trabajaba el ahora recurrente ex art.120 CP, fijada por el Tribunal.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Leoncio

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** 1 a 5.- Con amparo en lo dispuesto en el artº 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva del artº 24.1, así como por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24.2 ambos de la CE.

Frente al alegato referido a la presunción de inocencia, ya hemos expuesto en el FD nº 2 las consideraciones al respecto de la existencia de prueba bastante, y en concreto a la circunstancia de que al recurrente le implican en los hechos probados tanto Jacinto como Jesús y Lázaro en la forma expuesta en los FD nº 1 y 2, declaraciones corroboradas por otros indicios valorados por la sentencia como hemos expuesto anteriormente.

Hemos expuesto anteriormente en el FD nº 1 respecto a la intervención del recurrente que:

Empresas externas que colaboran en el delito de estafa:

a.- *Las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y*

b.- La empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio

Metodología a seguir:

*Las dos empresas antes citadas y en colaboración con los tres trabajadores antes expuestos de ACELORMITTAL enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de charrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que Arcelormittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.*

Compensación económica de las empresas que llevaban la chatarra a los tres trabajadores por hacer el descuento distinto al que el que debían hacer, dado el producto que entregaban.

Los tres trabajadores antes citados percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.

Ejecución del pago de las comisiones:

a.- El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y

b.- Cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio , por medio de Lázaro , encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).

Responsabilidad penal de los intervinientes: a.- Autores:

Señala el Tribunal que condena por delito de estafa y que de dicho delito son responsables en concepto de autores los acusados Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús y Javier , pues concurren en su conducta todos los elementos para la existencia del delito de estafa.

b.- Proveedores de la chatarra:

Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio , Julio , al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra.

c.- Connivencia con los clasificadores de la empresa:

Ello lo es en connivencia con los clasificadores Jacinto , Jesús y Javier , sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación.

d.- Beneficio económico y perjuicio patrimonial:

Ello llevaba el consiguiente desplazamiento patrimonial en su perjuicio (A Arcelormittal) y el beneficio correspondiente para los proveedores ( Leoncio , Julio ) extensible también a los clasificadores ( Jacinto , Jesús y Javier ) por el dinero que recibían por su actuación fraudulenta.

*Reconocimiento de los hechos de Jacinto en sede de instrucción.*

Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa.

En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier , que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro .

Reconocimiento de los hechos de Jesús .

Declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.

Cuestiona el recurrente el proceso motivador de la sentencia, y que se haya dado mayor valor a las declaraciones sumariales, pero sobre ello ya nos hemos pronunciado en el FD nº 2 así, como a los elementos de corroboración, entendiéndolo que la prueba es suficiente para el dictado de la condena.

Sobre la correcta motivación de la sentencia que se cuestiona hemos hecho referencia a ello en el FD nº 9 de la sentencia entendiéndolo suficiente la motivación desplegada en la sentencia del Tribunal de instancia en los elementos suficientes que conforman la valoración de la prueba, pese a que el recurrente cuestiona que es incorrecta la conclusión de la pericia, pero en este caso es todavía más patente el proceso motivador en un exhaustivo examen del Tribunal acerca de las pericias llevadas a cabo y la evidencia de que había un claro perjuicio, aunque cuantificándolo atendiendo a las personas que intervienen en el procedimiento, no al quantum global, pero el perjuicio conectado a la metodología llevada a cabo es evidente, pese a la disparidad del recurrente.

Además, que del informe patrimonial, o las escuchas, no se obtuviera resultado incriminatorio no evidencia la exculpación, porque no todos los elementos de prueba aportados desde una investigación tienen que tener signo incriminatorio, llevando a cabo el Tribunal un examen de los que la prueba en su conjunto le ofrecen, porque en estos casos puede ocurrir que no existan evidencias que sean detectadas externamente en virtud de escuchas o desvíos patrimoniales, pero el Tribunal valora la prueba en su conjunto, a fin de valorar si existe prueba de cargo, lo que concurre en este caso y ha sido expuesta debidamente.





Se ha hecho ya referencia, también anteriormente, al proceso motivador de la sentencia y al análisis de la prueba de cargo y descargo conjuntamente, siendo descartado por el Tribunal que la de descargo altere la convicción del Tribunal pese al distinto parecer del recurrente.

La prueba de descargo suele significarse como el "reverso" de la aportada por la acusación para fundar una declaración de condena. Pero no quiere decir que cuando existan pruebas de descargo la condena es inviable, sino que la construcción de la prueba de descargo se enmarca en un proceso valorativo a llevar a cabo por el Tribunal, como en este caso se ha explicitado, en torno al peso probatorio de unas y otras pruebas, del que debe deducir y extraer el Tribunal un proceso valorativo que le lleve a concluir si la prueba de cargo es bastante para enervar la presunción de inocencia.

Ahonda, así, la doctrina en señalar que podemos convencionalmente calificar como prueba de cargo toda aquella que tienda a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes), por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes ( art. 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa y la de descargo a quien niega los hechos y el delito, pero que este la aporte no quiere decir que desvirtúe la fuerza probatoria de la de la acusación.

La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, y ha sido en este caso reseñada con detalle en el FD nº 1 en donde se especifica la que tuvo en cuenta el Tribunal aunque la defensa haya aportado prueba de descargo a la que le dé otro valor distinto al del Tribunal, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Cierto y verdad es que la defensa puede limitarse a negar los hechos, pero que aporte prueba de descargo no altera la fuerza de la prueba de la acusación. El Tribunal deberá valorarlas todas y compararlas en orden a admitir la existencia o inexistencia de prueba de cargo "suficiente", no desvirtuada por la aportada como de descargo.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba. Y en este caso el proceso motivador se ha considerado suficiente, aunque la recurrente cuestione de modo parcial el mayor peso de su prueba de descargo.

Ya hemos hecho referencia, también, a que la circunstancia de que existan acusados absueltos lo que evidencia es el detalle del análisis del proceso del Tribunal excluyendo de la condena a quienes no se consideraba que habían participado en el proceso, o aunque pese a que existieran dudas al respecto no existía una plena convicción de su responsabilidad, lo que ni ha ocurrido con los que han sido objeto de condena, por lo que las declaraciones de éstos operan en su beneficio, pero no llevan al punto de hacer dudar de la autoría de los condenados, porque indudablemente son manifestaciones exculpatorias. Y la circunstancia de que algunos testigos declararan que no escucharan nada sobre existencia de un fraude no determina que el Tribunal no pueda, en su proceso de convicción, efectuar la valoración global que ha llevado a cabo para sopesar la prueba de cargo que ha reflejado en la sentencia, frente a otras declaraciones, como las que expone el recurrente de sentido exculpatorio. Y lo mismo cabe decir de la referencia a los agentes policiales, según se ha expuesto antes.

Se incide en que las declaraciones del plenario no coinciden con las sumariales, pretendiendo dar mayor valor a las del juicio oral, pero sobre ello ya nos hemos pronunciado en el FD nº 2, sin que el Tribunal haya apreciado que las declaraciones sumariales derivadas de las precedentes hubieran sido forzadas, y no fuera libre y voluntaria, porque no hay constancia de ello, y consta debidamente reseñado lo que expusieron, aunque luego se desdigan en el plenario, y pese a que el propio recurrente siempre negara los hechos, pero ha habido prueba suficiente a tal respecto ya expuesta en el FD nº 1 y a lo largo de la presente resolución. Pese a que el Tribunal dude del proceso de valoración del Tribunal en orden a dar mayor credibilidad a las declaraciones sumariales y a su reflejo comparativo con las del plenario se ha explicado con suficiencia por el Tribunal en la apreciación de las contradicciones expuestas en el plenario y la valoración del Tribunal, una vez vistas y escuchadas ambas, como se ha explicado en el FD nº 9.

Lo mismo cabe decir de la referencia al anónimo, sobre lo que ya hemos hecho referencia en el FD nº 2, como dato corroborador y adicional que concurre con todos los datos tenidos en cuenta por el tribunal y que también



puso en alerta a la empresa de que una irregularidad podría estar ocurriendo, como así se comprobó, y se ha valorado por el Tribunal en cuanto al perjuicio tras el análisis de la pericial. Estos anónimos, admitidos en la actual situación y avalados por Directivas comunitarias, como se ha expuesto, pueden no contener identidades de hacia quien se refieren, pero sí alertar de la existencia de irregularidades para iniciar una investigación, como así ocurrió.

Los motivos 1 a 5 se desestiman

**DÉCIMO OCTAVO.-** 6.- Con amparo en lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 248, 249 Y 250.1. 5º del Código Penal y la jurisprudencia aplicable.

Señala el recurrente que, aun admitiendo el relato de hechos probados, no concurren los elementos del delito, pero sobre ello ya nos hemos referido de modo extenso en el FD nº 11, al que nos remitimos en razón a la concurrencia de los elementos de la estafa. Y lo mismo cabe decir sobre la referencia a las medidas de autoprotección sobre lo que también nos hemos pronunciado en el FD nº 2. Se ha entendido que la actuación del recurrente, al introducir en Acelormittal la chatarra con menor pureza se hacía precisamente gracias a la connivencia de personas al servicio de esta última entidad, antes ya citadas, constituyendo, en consecuencia, un engaño bastante, como se ha explicado con detalle en el FD nº 11.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO NOVENO.-** 7.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, habiendo producido indefensión, en relación con los artículos 9.3 y 120.3 de la C.E.

Se considera por el recurrente que las bases de cálculo de la responsabilidad civil atribuidas, así como su individualización, son arbitrarias, irrazonadas e ilógicas careciendo la resolución de una falta de motivación suficiente para determinar el fallo alcanzado, pero a ello se refiere el Tribunal en el FD nº 12 en relación a la valoración de la pericial conjunta que realiza en el FD nº 7, y que ha sido objeto de plasmación en los FD nº 1 y 2 antes expuestos en cuanto al proceso de valoración conjunta de la pericial, y el examen de las aportadas que ha llevado al Tribunal a fijar el quantum de responsabilidad en lo acordado, y de forma individualizada, como se desarrolla, además, con más detalle en el FD nº 28.

Refiere, así, el Tribunal de forma motivada que "siendo de equidad, ante la evidencia del aporte de estériles por la totalidad de las empresas suministradoras de chatarra que únicamente puede imputarse a los citados acusados el 22 por ciento de la cantidad de 6.154.750'359 euros y que asciende a la de 1.354.045'078 euros.

Esta última cantidad citada corresponde a la actuación supuesta de cinco empresas y que suponen el veintidós por ciento del perjuicio causado en total. Dos de ellas no están implicadas en las presentes diligencias lo que nos lleva a concretar el perjuicio a las tres quintas partes de 1.354.045'078 euros, que quedará reducida a la cifra de 812.427.046 euros.

Ahora bien, y conforme se dispone en el artículo 116.1 del Código Penal por el que "si son dos o más los responsables de un delito los jueces y tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno", el porcentaje de participación de las diferentes empresas involucradas en el fraude constatado es distinto, variando de año en año, dentro del Periodo Relevante, debiendo acudir al folio 3644 de las actuaciones en donde la pericia realizada por KPMG atribuye unos porcentajes concretos de responsabilidad a las empresas, por un lado, RECICLARTE cuyo responsable es el señor Leoncio y RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN cuyo responsable es el acusado señor Julio, y HIERROS y METALES DÍEZ es el acusado señor Amador, por otro, porcentajes que varían según sea el año de que se trate dentro del Periodo Relevante, motivo éste por el que estimamos que en razón del aporte de chatarra suministrada a AMZ por cada uno de ellos, debe de hallarse la media aritmética de los porcentajes reseñados en los cuatro años indicados al ser ésta la solución más aproximada a la realidad.

De esta manera RECICLARTE responderá de un porcentaje del 56'23% (52'19+56'93+63'89+51'91 dividido entre cuatro); RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN de un porcentaje del 41'93% (47'81+43'07+36'11+40'73 dividido entre cuatro) y HIERROS y METALES DÍEZ de un porcentaje del 1'9% (7'36 dividido entre cuatro puesto que sólo se hace constar un año en la pericia citada)".

Con ello, fija el Tribunal el quantum de la responsabilidad civil de la siguiente manera motivada: "En el sentido indicado y sobre la cantidad resultante de 812.427'046 euros, el acusado Leoncio responderá de la cantidad de 456.340'27 euros, el acusado Julio de la cantidad de 340.650'66 euros, y el acusado Amador de la cantidad de 15.436'11 euros pero como quiera que éste resultará absuelto de la acusación que se le formulaba tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular, la cantidad que al mismo le hubiera correspondido



abonar debe dejarse fuera del ámbito de la responsabilidad civil de esta sentencia pues la pericia atribuía un porcentaje de actuación que debe de quedar impune dejando a salvo la vía civil correspondiente, en su caso".

La motivación que lleva a cabo el Tribunal ya expuesta en la pericial valorada en el FD nº antes expuesto se considera suficiente. Se plantea el motivo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, habiendo producido indefensión, en relación con los artículos 9.3 y 120.3 de la CE. Pero en realidad estamos en una cuestión de valoración de la prueba, que ha sido analizado por el Tribunal en cuanto a la pericial, entendiendo suficiente el proceso motivador que se ha expuesto.

El motivo se desestima.

#### **RECURSO DE RECICLARTE 2007 SL**

**VIGÉSIMO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del artículo 24CE, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de Derecho a un proceso con todas las garantías, y a la presunción de inocencia, por la falta de motivación de la sentencia.

Dado que se remite al proceso de valoración de prueba en lo atinente a su responsabilidad nos remitimos a lo antes expuesto en el FD nº 17. Y la referencia al quantum se ha explicitado ya en el FD nº 19.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** 2.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim., por incorrecta aplicación del artículo 120 CP, en relación con el artículo 248.1 y 250.1. 5º del mismo texto legal. Los hechos declarados probados no constituyen la conducta típica del delito por el que se condena a Leoncio . Los hechos declarados probados no son subsumibles en el meritado precepto sustantivo.

Se ha expuesto lo relativo al proceso de subsunción de los hechos en el delito de estafa ya de forma desarrollada en el FD nº 11 al que nos remitimos. Y lo mismo en cuanto a las medidas de autoprotección, lo que ya se ha explicado en el FD nº 2.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** 3.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim., por incorrecta aplicación del artículo 120 CP, en relación con el artículo 248.1 y 250.1.50 del mismo texto legal. Los hechos declarados probados no constituyen la conducta típica del delito por el que se condena a Leoncio . Los hechos declarados probados no son subsumibles en el meritado precepto sustantivo.

Este motivo ya ha sido desarrollado en el FD nº 19 en cuanto al proceso motivador en cuanto a la distribución de la responsabilidad civil, que ha sido individualizado conforme se explica ya por el Tribunal y que fue explicitado en el FD nº 1 y antes en el nº 19.

El motivo se desestima.

#### **RECURSO DE Lázaro**

**VIGÉSIMO TERCERO.-** 1.- Por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24 de la Constitución con relación al art. 5.4 de la LOPJ.

Frente al alegato referido a la presunción de inocencia, ya hemos expuesto en el Fd nº 2 las consideraciones al respecto de la existencia de prueba bastante, desarrollando el proceso de valoración de la prueba en el FD nº 1.

Se destacan los siguientes factores: Responsabilidad penal de los intervinientes:

a.- Autores:

Señala el Tribunal que condena por delito de estafa y que de dicho delito son responsables en concepto de autores los acusados Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús y Javier , pues concurren en su conducta todos los elementos para la existencia del delito de estafa.

b.- Proveedores de la chatarra:

Por lo que se refiere a los proveedores de chatarra, Leoncio , Julio , al vender a Arcelormittal chatarra mezclada con unas cantidades de estériles superiores a las que normalmente lleva consigo la chatarra.

c.- Connivencia con los clasificadores de la empresa:

Ello lo es en connivencia con los clasificadores Jacinto , Jesús y Javier , sin cuya actuación el fraude no hubiese sido posible, pues ellos eran los que, a sabiendas, efectuaban al entrar la chatarra en la empresa acerera, un descuento por estériles muy inferior al que en realidad iba en las cargas de chatarra de manera que



Arcelormittal pagaba como chatarra útil para su transformación en acero materiales estériles no susceptibles de dicha transformación.

d.- Beneficio económico y perjuicio patrimonial:

Ello llevaba el consiguiente desplazamiento patrimonial en su perjuicio (A Arcelormittal) y el beneficio correspondiente para los proveedores ( Leoncio , Julio ) extensible también a los clasificadores ( Jacinto , Jesús y Javier ) por el dinero que recibían por su actuación fraudulenta.

e.- Cómplice:

El acusado Lázaro es también responsable de dicho delito pero no como autor sino como cómplice del mismo.

Con ello, la participación del recurrente se degrada a la categoría de cómplice por la menor relevancia de su participación, pero a diferencia de los acusados que han sido absueltos, su participación era de importancia, ya que consta en los hechos probados que *A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €.*

*El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo Reciclarte, por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio , por medio de Lázaro , encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES MORENO GRANEL S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES CARGA ROCK S.L.).*

*Lázaro cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan S.L., donde se mezclaba con una cantidad de estériles muy superior a la normal, y la portaba a Arcelormittal entregando el dinero a los clasificadores en sobres.*

Pese a que el recurrente afirma que no debe darse validez a su declaración sumarial no hay que evidencie lo que expone, ya que el Tribunal admite la validez de las mismas, habiéndose llevado a cabo con todas las garantías legales.

Señala el Tribunal al respecto que se reconoce que estas autoinculpaciones efectuadas en sede de instrucción a presencia letrada se desdican en el plenario y desarrolla la doctrina jurisprudencial acerca de la posibilidad del Tribunal ante quien se celebra el juicio de elevarse al plenario las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción realizadas con todas las garantías y su comparación con las llevadas a cabo en el plenario, pudiendo darle mayor importancia a las primeras al objeto de formar su proceso de convicción.

Argumenta, así, el Tribunal que "a la vista de las contradicciones en las declaraciones de algunos imputados en fase de instrucción y las vertidas en el acto del juicio oral y habiendo puesto de manifiesto tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular a los imputados de manera clara y persistente las contradicciones en las que han incurrido y no dando explicación satisfactoria los mismos en el acto del juicio oral de los motivos de tales contradicciones sino que, por el contrario, en el plenario se mostraron en sus respuestas balbuceantes y dubitativos, alzaprima las declaraciones vertidas en la fase instrucción las cuales se realizaron con todas las garantías procesales en presencia del Juez y con asistencia letrada".

Además, en cuanto a la admisión de hechos ya hemos hecho constar en el FD nº 1 que:

*Reconocimiento de los hechos de Jacinto en sede de instrucción.*

Prestó declaración el día 24 de septiembre de 2015 en el Juzgado de Instrucción Número 7 de Zaragoza que obra al folio 1522 de la causa.

En dicha declaración reconoció los hechos denunciados manifestando que se llevaban a cabo desde hacía 3 o 4 años, que participaban los tres clasificadores él mismo, Jesús y Javier , que los proveedores Reciclarte y Demoliciones San Juan le daban en principio 1000 € a cada uno y el último año 2.000 € y que el dinero procedente de Reciclarte lo entregaba Leoncio y el proveniente de Demoliciones San Juan venía por medio del transportista Lázaro .

d.- Reconocimiento de los hechos de Jesús .

Declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1639) reconociendo también los hechos y especificando que recibían dinero los tres clasificadores, que él llegó a cobrar 6.000 € al mes pero últimamente solo percibía 2.000 € al mes provenientes de Demoliciones San Juan y que el dinero se lo gastaba con la familia en comidas y en viajar.

e.- Reconocimiento de los hechos de Lázaro .



Encargado de los camiones de la empresa Transportes Moreno declaró en el Juzgado el día 24 de septiembre de 2015 (folio 1591) también reconoció los hechos ratificándose en las declaraciones hechas en Comisaría manifestando que sabía que los clasificadores y los proveedores tenían un apaño y que el dinero lo llevaba en unos sobres que le entregaban el Demoliciones San Juan para ellos.

Y además, los elementos de corroboración relativos a la testifical ya expuesta en el FD nº 1, la pericial y la alerta de la denuncia anónima sobre los hechos que estaban ocurriendo y que, a la postre, fueron reconocidos a presencia judicial y con asistencia letrada, aunque en sede de plenario lo desdigan.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** 2.- Infracción de ley al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 248.1 con relación a los artículos 250.1. 5º y 74 del Código Penal.

Niega el recurrente que los hechos sean delito de estafa y que haya una motivación suficiente al respecto en la sentencia, pero sobre ello ya se ha tratado de forma extensa en anteriores fundamentos, sobre todo en el FD nº 11 al que nos remitimos, así como a la ineficacia penal de exculpación de la ausencia de medidas de protección, aunque sean recomendables adoptar, como se ha expuesto en el FD nº 2.

El relato de hechos probados descrito en el FD nº 1 permite la subsunción de los hechos en el delito de estafa, como anteriormente se ha descrito y la colaboración de menor grado del recurrente, pero su incardinación en sede de complicidad al menos. No puede hacerse recaer, además, la culpa en la empresa que no fuera detectado en su momento la reiterada irregularidad que se describe en los hechos probados con fin exculpatorio de la responsabilidad de los autores y del cómplice.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** 3, 4 y 5.- Al amparo del art. 851, apartado 1º. 1 de la Ley Rituaria, se basa en que la sentencia no expresa de forma clara y terminante los motivos por los que considera que mi representado fue cómplice del delito de estafa continuado (motivo 3º), ni los motivos por los que considera probado que mi representado cargaba los camiones de chatarra de Reciclajes y Demoliciones San Juan, S.L., mezclados con una cantidad de estériles muy superior a la normal (motivo 4º), ni los motivos por los que considera probado que mi representado transportaba mercancía de chatarra consciente de que era acompañada con gran cantidad de estériles y hacía entrega de dinero que recogía de Reciclajes San Juan para dárselo a los clasificadores (motivo 5º).

Niega el recurrente que pueda incardinarse su conducta como cómplice, pero ello no tiene cabida por el art. 851.1 LECRIM, sino por la vía de la presunción de inocencia que ya se ha tratado en cuanto a la existencia de prueba de cargo que ya ha sido reflejada para entender que existe la misma. La redacción de los hechos probados es correcta, y no da lugar a irregularidad, sino que incluye al recurrente en los hechos y la consecuencia de la subsunción jurídica en el delito de estafa, aunque explicando en los razonamientos jurídicos de la sentencia por el Tribunal que su colaboración se degrada a la categoría de complicidad.

La colaboración que prestaba el recurrente en el proceso de metodología citado en el FD nº 1 de esta resolución es cuestionado también, pero ya se ha especificado que hay prueba bastante contra él, aunque cuestione esta convicción del Tribunal, sin que el alegato que expone del análisis de muestras pueda ofrecer dudas ante la prueba de cargo concurrente ya expuesta.

Por ello, la alegación de estos motivos atañe más a la presunción de inocencia que a un defecto formal de la sentencia, que, repetimos, solo puede darse en el seno interno del relato de hechos.

Los motivos se desestiman.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** 6.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al entender que se ha producido un error en la valoración de la prueba.

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. Con ello, no tiene cabida cuestionar en esta sede por esta vía las declaraciones llevadas a cabo, y en cuanto a la pericial ya se ha expresado anteriormente de forma expresa (FD nº 2) el proceso de análisis detallado que ha llevado a cabo el Tribunal en cuanto a la pericial practicada en sus distintas exposiciones y la conclusión a la que lleva el Tribunal. Se cuestiona el proceso de valoración de la pericia y las propias declaraciones de los sres. Jacinto y Jesús , pero ya hemos expuesto que no tienen cabida por el estrecho margen del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

#### **RECURSO DE MEGASIDER ZARAGOZA SAU**

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** 1.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apartado 1º, inciso "o resulte manifiesta contradicción entre ellos", en relación con la determinación de los importes de la responsabilidad civil.

El recurrente utiliza en primer lugar esta vía para impugnar la determinación de la responsabilidad civil, pero hay que recordar que esta vía se refiere tan solo a los hechos probados y a la existencia de contradicción entre ellos, no a referencias a la fundamentación jurídica de la sentencia.

En este sentido, lo que afecta a la responsabilidad civil consta en los hechos probados al afirmar que *Como consecuencia de todo lo descrito hasta aquí el perjuicio global causado a Arcelormittal por parte del Grupo Reciclarte*

*S.L. asciende a 456.340 € y el causado por parte de Reciclados y Demoliciones San Juan asciende a 340.650 €.*

Es decir, que el cauce utilizado solo permite el examen de esta determinación, no análisis que consten en los fundamentos jurídicos, y en lo expuesto no se aprecia contradicción alguna o falta de claridad ex art. 851.1º LECRIM, ya que consta el quantum fijado y distribuido entre los responsables penales.

No puede admitirse este motivo, pero, sobre todo, porque no se cumple el presupuesto de que no se fijen cuáles son los hechos que se consideran probados o exista contradicción entre ellos, defectos que no se dan en el presente caso.

Debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013, Rec. 10145/2012 que:

"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos ( STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo ( STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

- 1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de



una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;

2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;

3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y

4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo ( STS núm. 360/2010, de 22 de abril)".

En este caso ( Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" ( Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016).

Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia;

b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia;

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico;

d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias;

e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" ( Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005, 1024/2005, 248/2007, 474/2009 o 229/2016).

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino fijada claramente la distribución de la responsabilidad civil, por lo que no tiene cabida la vía utilizada.



El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO OCTAVO.-** 2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim., y 5.4 LOPJ, ambos en relación con los artículos 24, apartado 1º, y 9.3 de la Constitución Española, en cuanto "a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", en relación con la determinación de los importes de la responsabilidad civil.

Expone el recurrente que la suma de las mencionadas condenas asciende a la cantidad de de 796.990 €, muy inferior a la cantidad de 9.208.782

€ reclamada por la acusación particular, realizando su exposición acerca de que se niega el argumento de que el fraude estaba extendido y, por ello, no se debe aminorar el quantum indemnizatorio fijado en la condena a la responsabilidad civil, señalando que existe error y contradicción en la fundamentación de la determinación de la responsabilidad civil.

Se ha expuesto por el Tribunal sobre la responsabilidad civil sobre el acceso de camiones a la empresa con chatarra mezclada con inusual componente de estériles que determina una menor producción por la empresa que:

"La actividad efectuada por los acusados condenados conlleva a la racional consideración de que permitir el acceso de camiones cargados de chatarra con un inusual componente de estériles, cuyo descuento realizado por los clasificadores de AMZ es netamente inferior al real aporte de estériles en la chatarra transportada, y de que toda chatarra no es limpiable, ya que solamente un veinte o un veinticinco por ciento de aquélla lo es tal y como se concreta unánimemente por todos los peritos a los que se les pregunta sobre ello, permiten admitir que *al horno de fundición entraba una cantidad a veces mayorde estériles que no se podían eliminar y que nada producen*, salvo escoria, y ello supone una *merma en la producción de acero* (palanquilla), por lo que sí podemos concluir, sin duda, la existencia de perjuicio en el denominado *PeriodoRelevante*.

Si bien el funcionamiento y rendimiento del horno de fundición de la acería es esencial pues se constata un descenso de su rendimiento real en relación con la chatarra que se le suministra con un exceso de estériles no limpiables dada su naturaleza, tal funcionamiento forma parte de un complejo proceso de producción que no podemos perder de vista y que fue reiteradamente analizada en el Plenario".

Con ello, hay dos factores que provocaban el beneficio de los responsables de las empresas condenadas y los clasificadores y el perjuicio de la empresa:

- a.- Al horno de fundición entraba una cantidad a veces mayor de estériles que no se podían eliminar y que nada producen, salvo escoria, y
- b.- Ello supone una merma en la producción de acero por ARCELOR MITTAL Zaragoza (AMZ).

Tras las diversas pruebas periciales llevadas a cabo el Tribunal fundamenta el perjuicio que cifra en los siguientes argumentos:

#### *Admisión de la pericia económica efectuada por la Acusación Particular mediante la entidad KPMG*

"Esta sentencia se basará por unánime convencimiento, como lo fue del Ministerio Fiscal, en la pericia económica efectuada por la Acusación Particular mediante la entidad KPMG, pues en la misma se valora un perjuicio y se cuantifica el mismo, siendo que las contrapericias no ofrecen una concreción fiable totalmente del perjuicio, o incluso del superávit, alcanzado en el Periodo Relevante tras la crítica a los conceptos empleados por la pericia de la parte acusadora, limitándose a manifestar su incorrección, e incluso que en el citado Periodo Relevante se producen ganancias con carácter general.

#### *Variaciones a la pericial de KPMG de la que discrepa el recurrente*

*Fijación del perjuicio real adaptado a la determinación de la responsabilidad civil que afecta a los condenados, dejando al margen en el quantum a todos los que no lo han sido en determinación de responsabilidad penal por no ser juzgados en su caso o por falta de pruebas de cargo respectoaal hecho objeto de acusación.*

En tal sentido, y partiendo de la pericia realizada por KPMG se irán introduciendo modificaciones a la misma en base a las contrapericias efectuadas y de las que esta Sala entiende que tienen lógica y sentido, al objeto de concretar una indemnización que, por debida, no debe de alcanzar el rango de la solicitada al considerarse a todas luces excesiva, lo que provocaría un enriquecimiento injusto, máxime cuando las medidas de autoprotección que deben de ponerse en juego por la empresa perjudicada, que recibe un anónimo en la persona de la responsable de Recursos Humanos y testigo Sonia en fecha 13/03/2013 en donde se advertía de la existencia de un fraude de chatarra, no han alcanzado a nuestro juicio la eficacia exigible ante situaciones como la relatada.





Dicho anónimo, obrante al folio 156 de las actuaciones, dice expresamente: "Buenas, En primer lugar quiero que entiendan porque me mantengo en el anonimato para no tener represalias hacia mi persona después de lo que voy a exponer. Quiero darle a conocer un posible fraude que se está produciendo en el parque de chatarra entre clasificadores y chatarreros en especial a Jacinto, beneficiando a varios chatarreros en las clasificaciones de chatarra, cambiando categorías de calidades o poniendo mucho menos residuo del que lleva. Esto se hace a varias horas pero en general cuando este señor va de turno de mañana y el viaje o viajes se recepcionan de 6:00 h a 7:00 h de la mañana. A cambio de esas clasificaciones este señor se beneficia económicamente con importantes cantidades de dinero. Aquí le dejo constancia, y ahora esa en sus manos. Atentamente" (sic).

El objeto de esta sentencia debe de concretar una indemnización acorde con la justicia material que se sustancia en base a los criterios que se exponen a continuación.

*a.- Perjuicio total en el Periodo Relevante de 9.208.782 euros en términos de globalidad. Detracción del beneficio que debiera haberse producido en AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015*

*a.1.- 7.665.186 euros por el descenso de la producción de acero a.2.- 1.543.596 euros por costes directos*

*a.3.- La cantidad que se estima en perjuicio de AMZ en el Periodo Relevante deberá ser la de 7.665.186 euros. Si el gasto es fijo el mismo se produce tanto si se introducen estériles con la chatarra como si no, y si el estéril no produce acero, ningún coste debe atribuirse al mismo.*

La pericial efectuada por KPMG por medio del perito señor Luis Miguel, en sus pericias de tres de Febrero de 2016, diecinueve de Julio de 2016 y veinticuatro de Enero de 2017, y sobre datos contables esencialmente, constata una pérdida en el beneficio de la producción en el Periodo Relevante de 2012 a 2015, en relación con el periodo inmediatamente anterior (Periodo I), de un 1'23% pese a introducirse en el proceso en 2011 una máquina cribadora o limpiadora, y en relación con el periodo inmediatamente posterior (Periodo II) de un 1'34% (folio 3643 de las actuaciones), concretando un perjuicio total en el Periodo Relevante de 9.208.782 euros, desglosado en 7.665.186 euros por el descenso de la producción de acero, más 1.543.596 euros por costes directos (folio 5 del informe de fecha 24 de Enero de 2017 y folio 3646 de las actuaciones), cantidad solicitada por la Acusación Particular como indemnización y menor de las constatadas en la pericia efectuada por el perjuicio total causado.

En el mismo último informe, y asimismo al folio 3646 citado, existe un montante de tierra cribada de 29.643 toneladas métricas cuyo coste admitido por la propia Acusación Particular es de 7€/tm.

Los criterios contables empleados por KPMG para valorar el perjuicio causado, y puesto en duda por las contrapericias efectuadas, ante la plena convicción de este Tribunal de la existencia de una estafa como así hemos argumentado y expuesto por la introducción en exceso de materiales estériles como chatarra, lo que se traduce en la inusual presencia de tales estériles introducidos en las cestas de chatarra que se introducen en el horno de fundición, debe de ser objeto de corrección a fin de llegar a un pronunciamiento certero sobre responsabilidad civil, obligación impuesta por el mandato contenido en el artículo 116 del Código Penal.

La cantidad de la que debemos partir es la constatada por KPMG de 9.208.782 euros, que choca con la inicial estimación de AMZ obrante a los folios 911 y siguientes de las actuaciones donde se evalúa un perjuicio de poco más de seis millones y medio de euros, perjuicio evaluado como detracción del beneficio que debiera haberse producido en AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015, y ello además por cuanto las contrapericias efectuadas no han concretado una cantidad, siquiera como beneficio positivo, durante el citado periodo, y ante la racional conclusión del descenso en el rendimiento de la producción del horno de fundición.

A la cantidad fijada deberá deducirse el gasto fijo de 1.543.596 euros, así constatada en el informe pericial de KPMG tomado como referencia, por cuanto si tal gasto es fijo el mismo se produce tanto si se introducen estériles con la chatarra como si no, y si el estéril no produce acero, ningún coste debe atribuirse al mismo (pericia de los señores Lucas y Maximino), y éste es un dato que por racional produce convicción en este Tribunal.

Por ello, la cantidad que se estima en perjuicio de AMZ en el Periodo Relevante deberá ser la de 7.665.186 euros.

Siguiendo el criterio de corrección expuesto previamente, y observando el sistema de producción de AMZ en donde los clasificadores de chatarra juegan un relevante papel a la hora de controlar la mercancía que recepcionan, se comprueba que, con carácter general o de manera estandarizada, aplicaban un descuento por camión cargado de chatarra de un 2% a un 5% por los estériles incorporados a la chatarra transportada, y atribuible a los aproximadamente 124 proveedores de la misma a la multinacional perjudicada como así expondremos más adelante.



Por otro lado, se objetivan 29.643 toneladas métricas de tierra cribada que, en principio, descontada del cinco por ciento antes citado, se vende a terceros por importe de 7 €/tm, lo que hace un total de 207.501 euros que AMZ recupera en el Periodo Relevante.

Debe de tenerse en consideración el indicado valor, pues la tierra cribada entra dentro de la fórmula empleada por la pericia efectuada por KPMG para evaluar el perjuicio, siendo éste un dato contable impugnado en las contrapericias efectuadas, en concreto en la realizada por el perito señor Claudio , y también por el señor Bruno , por lo que ante su inclusión, dado que nos encontramos en un proceso productivo complejo conforme a la propia pericia de KPMG, optamos por corregir tal cuestión descontando su valor del importe indemnizatorio que deba de ser objeto de resarcimiento.

De esta manera entendemos que, en aras a esa corrección de la cantidad reclamada que debemos hacer, deberá detrarse de los 7.665.186 euros, el cinco por ciento de la misma aplicando el descuento máximo imputado usualmente por los clasificadores de AMZ, puesto que a partir de 2014 no sólo aplican a los proveedores el citado descuento, sino que se introducen penalizaciones, dato expuesto por el testigo señor Narciso (Jefe de Compras de AZM).

Ese cinco por ciento se traduce en la cantidad de 383.259'30 euros a la que deberá sumarse el valor de la tierra cribada en el Periodo relevante y que asciende a la cantidad de 207.501 euros.

El resultado total de 590.760'30 euros deberá descontarse de la cantidad de 7.665.186, por lo que el perjuicio corregido conforme a este criterio será de 7.074.425'70 euros.

Como ya hemos expuesto, la compra como chatarra con un exceso de estériles propiciado y consentido por los seleccionadores ya es un evidente delito de Estafa al concurrir los elementos objetivo y subjetivo para su apreciación, y tras su criba se introduce en el horno de fundición mermando su producción de acero (palanquilla).

Pericialmente se ha constatado, y así lo exponen los peritos señores Luis Miguel de la Acusación Particular y Vidal de la defensa del acusado señor Julio , que el peso total de palanquilla que sale del horno de fundición es siempre ligeramente inferior al peso de la chatarra introducida en un trece por ciento, merma que deberá ser objeto asimismo de corrección a la cantidad ya concretada de 7.074.425'70 euros, por lo que tal porcentaje que se evalúa en el trece por ciento de la cantidad antes referida (919.675'341 euros), reducen la precitada cantidad a la de 6.154.750'359 euros.

Se ha expuesto, y nadie lo ha contradicho, que los proveedores de chatarra de AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015 eran ciento veinticuatro, y solamente tres, o dos a tenor del relato de hechos probados, de ellos están acusados, siendo de muy difícil comprensión para este Tribunal, si no imposible, que únicamente tres del largo centenar de proveedores sean los responsables directos del perjuicio causado a la empresa perjudicada cuando los vídeos proyectados en el Plenario a instancia de la Defensa del acusado señor Leoncio , se observa que de manera indiscriminada TODOS los camiones que descargan chatarra en la campa de AMZ, junto a aquélla, levantan gran cantidad de polvo, dato corroborador de que toda chatarra lleva incorporada material estéril, y que objetiva las dudas que se plantean al Tribunal en cuanto a la imputación de todo el perjuicio únicamente a los acusados responsables de las empresas RECICLARTE por parte del acusado señor Leoncio , RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN por el acusado señor Julio , y HIERROS y METALES DÍEZ por el acusado señor Amador .

Tales dudas vienen a su vez confirmadas por el hecho de que conforme a la pericia efectuada por KPMG, el total de la chatarra suministrada por la empresa SAN JUAN, participada por el señor Julio , en el Periodo relevante supera las 800.000 toneladas métricas de chatarra, cuando únicamente lo ha sido en la cantidad de 130.000 toneladas métricas, dato puesto en evidencia por los peritos de la Defensa señores Casimiro y Cesareo de la entidad GRANT THORNTON, y corroborado en el Plenario por el propio perito de la Acusación señor Luis Miguel de KPMG.

Por otro lado la pericia realizada por los peritos señores Bernardino y Blas constata que la manera de determinar las empresas que transportan más estériles de los debidos son cinco, circunstancia que se puede corroborar observando el informe de AMZ obrante a los folios 911 y siguientes de las actuaciones, entre las que se encuentran las tres implicadas concentradas en las personas de los tres acusados señores Leoncio , Julio y Amador y que suponen el veintidós por ciento del total de la chatarra transportada en el Periodo Relevante a AMZ, siendo de equidad, ante la evidencia del aporte de estériles por la totalidad de las empresas suministradoras de chatarra que únicamente puede imputarse a los citados acusados el 22 por ciento de la cantidad de 6.154.750'359 euros y que asciende a la de 1.354.045'078 euros.

Esta última cantidad citada corresponde a la actuación supuesta de cinco empresas y que suponen el veintidós por ciento del perjuicio causado en total. Dos de ellas no están implicadas en las presentes diligencias lo que



nos lleva a concretar el perjuicio a las tres quintas partes de 1.354.045'078 euros, que quedará reducida a la cifra de 812.427.046 euros.

Ahora bien, y conforme se dispone en el artículo 116.1 del Código Penal por el que "si son dos o más los responsables de un delito los jueces y tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno", el porcentaje de participación de las diferentes empresas involucradas en el fraude constatado es distinto, variando de año en año, dentro del Periodo Relevante, debiendo acudir al folio 3644 de las actuaciones en donde al pericia realizada por KPMG atribuye unos porcentajes concretos de responsabilidad a las empresas, por un lado, RECICLARTE cuyo responsable es el señor Leoncio y RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN cuyo responsable es el acusado señor Julio y HIERROS y METALES DÍEZ es el acusado señor Amador, por otro, porcentajes que varían según sea el año de que se trate dentro del Periodo Relevante, motivo éste por el que estimamos que en razón del aporte de chatarra suministrada a AMZ por cada uno de ellos, debe de hallarse la media aritmética de los porcentajes reseñados en los cuatro años indicados al ser ésta la solución más aproximada a la realidad.

De esta manera RECICLARTE responderá de un porcentaje del 56'23% ( $52'19+56'93+63'89+51'91$  dividido entre cuatro); RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN de un porcentaje del 41'93% ( $47'81+43'07+36'11+40'73$  dividido entre cuatro) y HIERROS y METALES DÍEZ de un porcentaje del 1'9% ( $7'36$  dividido entre cuatro puesto que sólo se hace constar un año en la pericia citada).

Se corregirá a la baja en un 0'6% el mayor porcentaje del 56'23% al sobrar ese porcentaje y cuantía de la suma total, quedando concretado en un 56'17%.

En el sentido indicado y sobre la cantidad resultante de 812.427'046 euros, el acusado Leoncio responderá de la cantidad de 456.340'27 euros, el acusado Julio de la cantidad de 340.650'66 euros, y el acusado Amador de la cantidad de 15.436'11 euros, pero como quiera que éste resultará absuelto de la acusación que se le formulaba tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular, la cantidad que al mismo le hubiera correspondido abonar debe dejarse fuera del ámbito de la responsabilidad civil de esta sentencia pues la pericia atribuía un porcentaje de actuación que debe de quedar impune dejando a salvo la vía civil correspondiente, en su caso".

Pues bien, pese a las quejas del recurrente en torno a la existencia de errores y contradicciones en la determinación del quantum indemnizatorio debe entenderse que el cálculo ofrecido derivado del proceso motivador es correcto en su exposición, en tanto en cuanto:

*Desarrollo argumental que lleva a la fijación final del quantum indemnizatorio:*

Perjuicio total en el Periodo Relevante de 9.208.782 euros en términos de globalidad. Detracción del beneficio que debiera haberse producido en AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015

1.- 7.665.186 euros por el descenso de la producción de acero. 2.- 1.543.596 euros por costes directos.

3.- La cantidad que se estima en perjuicio de AMZ en el Periodo Relevante deberá ser la de 7.665.186 euros. Si el gasto es fijo el mismo se produce tanto si se introducen estériles con la chatarra como si no, y si el estéril no produce acero, ningún coste debe atribuirse al mismo.

4.- De los 7.665.186 euros, el cinco por ciento de la misma aplicando el descuento máximo imputado usualmente por los clasificadores de AMZ.

5.- Ese cinco por ciento se traduce en la cantidad de 383.259'30 euros a la que deberá sumarse el valor de la tierra cribada en el Periodo relevante y que asciende a la cantidad de 207.501 euros.

El resultado total de 590.760'30 euros deberá descontarse de la cantidad de 7.665.186, por lo que el perjuicio corregido conforme a este criterio será de 7.074.425'70 euros.

6.- El peso total de palanquilla que sale del horno de fundición es siempre ligeramente inferior al peso de la chatarra introducida en un trece por ciento, merma que deberá ser objeto asimismo de corrección a la cantidad ya concretada de 7.074.425'70 euros, por lo que tal porcentaje que se evalúa en el trece por ciento de la cantidad antes referida (919.675'341 euros), reducen la precitada cantidad a la de 6.154.750'359 euros.

7.- Se ha expuesto, y nadie lo ha contradicho, que los proveedores de chatarra de AMZ en el Periodo Relevante de 2012 a 2015 eran ciento veinticuatro, y solamente tres, o dos a tenor del relato de hechos probados, de ellos están acusados.

8.- El total de la chatarra suministrada por la empresa SAN JUAN, participada por el señor Julio, en el Periodo relevante supera las 800.1 toneladas métricas de chatarra, cuando únicamente lo ha sido en la cantidad de 130.000 toneladas métricas.



9.- La manera de determinar las empresas que transportan más estériles de los debidos son cinco, circunstancia que se puede corroborar observando el informe de AMZ obrante a los folios 911 y siguientes de las actuaciones, entre las que se encuentran las tres implicadas concentradas en las personas de los tres acusados señores Leoncio , Julio y Amador y que suponen el veintidós por ciento del total de la chatarra transportada en el Periodo Relevante a AMZ, siendo de equidad, ante la evidencia del aporte de estériles por la totalidad de las empresas suministradoras de chatarra que únicamente puede imputarse a los citados acusados el 22 por ciento de la cantidad de 6.154.750'359 euros y que asciende a la de 1.354.045'078 euros.

10.- Esta última cantidad citada corresponde a la actuación supuesta de cinco empresas y que suponen el veintidós por ciento del perjuicio causado en total. Dos de ellas no están implicadas en las presentes diligencias lo que lleva a concretar el perjuicio a las tres quintas partes de 1.354.045'078 euros, que quedará reducida a la cifra de 812.427.046 euros.

11.- En el folio 3644 de las actuaciones en donde al pericia realizada por KPMG atribuye unos porcentajes concretos de responsabilidad a las empresas, por un lado, RECICLARTE cuyo responsable es el señor Leoncio y RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN cuyo responsable es el acusado señor Julio y HIERROS y METALES DÍEZ es el acusado señor Amador .

12.- RECICLARTE responderá de un porcentaje del 56'23% (52'19+56'93+63'89+51'91 dividido entre cuatro); RECICLADOS Y DEMOLICIONES SAN JUAN de un porcentaje del 41'93% (47'81+43'07+36'11+40'73 dividido entre cuatro) y HIERROS y METALES DÍEZ de un porcentaje del 1'9% (7'36 dividido entre cuatro puesto que sólo se hace constar un año en la pericia citada).

13.- Se corregirá a la baja en un 0'6% el mayor porcentaje del 56'23% al sobrar ese porcentaje y cuantía de la suma total, quedando concretado en un 56'17%.

14.- Sobre la cantidad resultante de 812.427'046 euros, el acusado Leoncio responderá de la cantidad de 456.340'27 euros, el acusado Julio de la cantidad de 340.650'66 euros, y el acusado Amador de la cantidad de 15.436'11 euros, pero como quiera que éste resultará absuelto de la acusación que se le formulaba tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular, la cantidad que al mismo le hubiera correspondido abonar debe dejarse fuera del ámbito de la responsabilidad civil de esta sentencia pues la pericia atribuía un porcentaje de actuación que debe de quedar impune dejando a salvo la vía civil correspondiente, en su caso.

Por todo ello, debe estarse al proceso de cálculo efectuado por el Tribunal frente a la queja del recurrente, y poniendo de manifiesto que el Tribunal deja fijada la responsabilidad civil en este caso en cuanto a los condenados en vía penal, ya que en este caso debe sujetarse tan solo a la responsabilidad civil derivada del delito, no al exceso que se reclama, y que, por ello, es lo que aquí se acuerda.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO NOVENO.-** 3.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil imputada a las personas y entidades que han sido condenadas en la sentencia objeto del recurso de casación.

No obstante, el error al que se refiere el párrafo segundo del art. 849 LECrim. debe referirse a los hechos declarados probados, ya que la finalidad de este motivo casacional consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben, directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia ( STS 852/2015 de 15 de diciembre).

El párrafo al que se refiere el recurrente está no en los hechos probados sino en la fundamentación jurídica (concretamente, en el primer párrafo del folio 880 vuelto del Rollo de Sala). En el hecho probado quinto se dice: "Como consecuencia de todo lo descrito hasta aquí el perjuicio global causado a Arcelormittal por parte del Grupo Reciclarte, S.L. asciende a 456.340 € y el causado por parte de Reciclados y Demoliciones San Juan asciende a 340.650€".

Pero es que, además, no podemos olvidar, tampoco, que utilizando la vía del art. 849.2 LECRIM en este motivo se ha expuesto que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros



elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega ( art. 855, párrafo 3º LECrim).

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 inmediatez 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).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Con ello, se hace mención a actas de declaraciones que constan, lo que no puede ser analizado por quedar excluido en este motivo, ya que queda expresamente excluido del análisis por la vía del art. 849.2 LECRIM.

Se ha realizado un detallado análisis de la pericial por el Tribunal que la recurrente no acepta y combate, pero debe entenderse suficiente el proceso valorativo expuesto frente a la discrepancia del recurrente.

El motivo se desestima.

**TRIGÉSIMO.-** 4.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849.1º LECrim, por infracción por no haberse aplicado el artículo 570 ter.1 b) del Código Penal relativo al delito de integración en grupo criminal y no haber sido condenados por tal delito Leoncio , Julio , Jacinto , Jesús , Javier y Lázaro .

Se reclama por la acusación particular de nuevo que se condene a los también recurrentes condenados como integrantes de grupo criminal ex art. 570 ter,1 b) CP. Y sobre este tipo penal fueron absueltos por el Tribunal señalando éste en el FD nº de la sentencia que:

"Este Tribunal discrepa de dichas acusaciones y entiende que los hechos declarados probados no son constitutivos de dicho delito.

En efecto el artículo 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tiene por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

Por lo tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad, permanencia y estructuración jerárquica con reparto de funciones (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos requisitos, o cuando concurra uno solo.

Sentado lo anterior es importante destacar que, tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos.

Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.



... En el caso enjuiciado se estima acreditado que había un concierto previo de voluntades entre los acusados para llevar a efecto la estafa apreciada, con un reparto de funciones directamente dirigidas a la consecución del fin ilícito, pero no consta que hubiera una prolongación temporal de la existencia del grupo para la ejecución de varios delitos; lo único acreditado es la comisión conjunta por los mencionados acusados de un único hecho delictivo, el de estafa, no pudiéndose descartar que se tratara de un concierto puntual para la comisión inmediata del delito, supuesto de mera codelincuencia. Por ello la sentencia será absolutoria en relación con el delito de pertenencia a grupo criminal de todos los acusados en la presente causa".

En efecto, la motivación al respecto del Tribunal es suficiente y acertada, pero en cualquier caso la postulación del recurrente no puede llevar a su estimación por la inexistencia de reflejo en los hechos probados que evidencie que existiera un concierto más allá de una mera actuación de codelincuencia, ya que el relato que consta lo que describe es una coparticipación de los condenados en un mismo fin puntual que se desarrolló en el tiempo, y con un pacto interno entre clasificadores y proveedores condenados, pero sin que ello pudiera llevar a magnificar esa actuación al modo de integrar un grupo criminal.

Además, debemos recordar que esta pretensión tiene el límite de que la sentencia es absolutoria en este punto, y, por ello, este hecho de que el pronunciamiento cuestionado sea absolutorio exige hacer una primera consideración.

De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTs 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifiquen también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: «(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» ( STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4)».

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, «era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)».



En el marco expuesto, que impone la absoluta necesidad de respetar el hecho probado, que ha de mantenerse incólume, como presupuesto indispensable para la revocación en esta instancia de un pronunciamiento absolutorio, el recurso, como hemos adelantado, debe ser desestimado, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida.

En efecto, a la vista del factum de la resolución recurrida hemos de concluir que no se expresan en él con la suficiente claridad los datos fácticos precisos para concluir la existencia de un grupo criminal.

Señalamos, también, en la sentencia del Tribunal Supremo 591/2018 de 26 Nov. 2018, Rec. 10195/2018 que: "interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos".

El motivo se desestima.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.** - Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim).

## 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 A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados Jacinto , Javier , Jesús , Julio y Reciclados y Demoliciones San Juan, S.L., Lázaro , Leoncio , por el Responsable Civil Subsidiario Recliclarte 2007, S.L. y por la Acusación Particular Megasider Zaragoza S.A.U., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 2 de abril de 2018, en causa seguida contra los mismos y otros por delito de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular Megasider Zaragoza S.A.U. 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.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz